

EL MINISTERIO PÚBLICO
DE
GUATEMALA

LUDWIN VILLALTA

*“Sólo te pido a ti mi Dios Shaddai, Nissi, Jhire, Rapha..., humildad y temor de ti,
para andar por las sendas de tus caminos y ser un hombre de bien...”*

*Oh... Mi dios “Dales a nuestros hijos e hijas, que no encuentren desgracia ni
infortunio, que no se introduzca entre ellas y ellos el engañador. Que no caigan, que
no sean heridos, que no fornicuen, ni sean condenados por la justicia. Que no se
caigan en la bajada ni en la subida del camino. Que no encuentren obstáculos ni
delante ni detrás de ellos y ellas, ni cosa que los golpee. Concededles buenos
caminos, hermosos caminos planos, que no tengan infortunio ni desgracia”
 (“Pop Wuj”)*

EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA

SUMARIO:

INDICE:

Agradecimientos

Abreviatura.

Introducción.

PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES HISTORICOS.

Capítulo I. El Ministerio Fiscal y sus antecedentes Antiguos: Conceptualización del precedente, primeros antecedentes: Egipto, Civilización clásicas: Grecia y Roma, La Edad Media: Consideraciones generales, España, Francia, La edad Media y el Precedente relativo al Derecho canónico, La Edad Media y el precedente relativo al Antiguo Régimen Absoluto, La Edad Media y el Antecedente del Estatuto Funcional del Fiscal en la Monarquía absoluta.

Capitulo II: El Ministerio Fiscal dentro del Concepto y evolución histórica del Estado de Derecho. El Ministerio Público en el Estado de Derecho, El Ministerio Público en la Revolución Francesa, El Ministerio Público en el Imperio Napoleónico, El Ministerio Fiscal en el Estado liberal en España, El ministerio Fiscal en el transito de la crisis del Estado liberal y la consolidación del Estado social de Derecho.

SEGUNDA PARTE EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL DERECHO COMPARADO.

Capitulo III: El Ministerio público en el marco de los sistemas de defensa del interés público: El Ministerio Público en el Derecho Comparado, El Ministerio Público en relación con la esfera del Ejecutivo. El Ministerio Público en la Europa continental el Civil Law, el Ministerio Público en la concepción Francesa, el Ministerio Público en Portugal, el Ministerio Público federal Alemán, El Ministerio Público con referencia a otros países de la Europa continental, El Ministerio Público en Bélgica, El Ministerio Público en Dinamarca, El ministerio Público en Holanda. El Sistema Common Law: El Ministerio Público en Inglaterra y Gales, el Ministerio Público en los Estados Unidos de Norteamérica. El Ministerio Público asimilado al poder Judicial: el Ministerio Público de Italia. El Ministerio Público dependiente del Poder Legislativo: El Ministerio Público en la Antigua Unión Soviética, el Ministerio Público en el actual modelo de Rusia y los países de la orbita socialista y Cuba.

TERCERA PARTE

EL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL.

Capítulo III. El Ministerio Fiscal en España: Antecedentes del Ministerio Fiscal en España, La exégesis de la normativa constitucional que regula el Ministerio Fiscal español, El desarrollo legislativo del estatuto orgánico de 1981 en relación al Ministerio Fiscal, El ministerio Fiscal en la actual constitución en España, Las distintas concepciones o posiciones doctrinales en relación a la naturaleza del Ministerio Fiscal: El Ministerio Fiscal en torno del Poder Ejecutivo. El Ministerio Fiscal en torno al Poder Ejecutivo sobre la base del antecedente histórico, El Ministerio Fiscal en torno al Poder Ejecutivo Sobre la base de su independencia, El Ministerio Fiscal en torno al poder Ejecutivo debido a su legitimación democrática y responsabilidad política. El Ministerio Fiscal en torno al poder ejecutivo debido a su vinculación orgánica. El Ministerio Fiscal entorno al Poder Judicial: El Ministerio Fiscal en torno al poder judicial sobre la base de la tendencia histórica, El ministerio Fiscal entorno al poder judicial sobre la base de la magistratura postulante que tiende la constitución, El Ministerio Fiscal entorno al poder judicial sobre la base de una independencia interna y externa y la primacía de los principios de legalidad e imparcialidad. El Ministerio Fiscal entorno al Poder Judicial sobre la base de la estructura orgánica. El Ministerio Fiscal entorno al órgano Parlamentario, el Ministerio Fiscal entorno al concepto de ser un órgano del Estado, El Ministerio Fiscal en torno al concepto de ser un órgano constitucional, el Ministerio Fiscal entorno al concepto de su actuación en las bisagras del sistema político, el Ministerio Fiscal entorno al concepto de órgano del estado con autonomía funcional, El ministerio Fiscal Español de acuerdo con sus misiones funciones y competencias: El Ministerio Fiscal como órgano promotor de la justicia, el Ministerio Fiscal como órgano de defensa de la legalidad, El Ministerio Fiscal como órgano de defensa del interés público tutelado por la ley, El Ministerio Fiscal como órgano de promoción del interés social ante los tribunales, El Ministerio Fiscal como órgano de defensa de los derechos de los ciudadanos, el Ministerio Fiscal como órgano que vela por la independencia de los tribunales. La estructura Organizativa del Ministerio Fiscal Español: Introducción, Los órganos propios del Ministerio Fiscal, El Fiscal General del Estado, nombramiento del fiscal general del Estado, cese de la función del fiscal del estado, límites constitucionales y estatutarios en la designación del fiscal general del Estado. Órganos que asisten a la fiscalía general del Estado: Los órganos de apoyo, la secretaría técnica, la inspección fiscal, Los órganos de asesoramiento, la junta de fiscales de sala, el consejo fiscal. Las fiscaliza ante los distintos tribunales. Las fiscalías especializadas: Las fiscalías especiales antidrogas y anticorrupción, el proyecto de una fiscalía única Europea para los delitos económicos en el ámbito de la Unión Europea. Los principios orgánicos que rigen al Ministerio Fiscal: El principio de unidad de actuación, el Principio de dependencia jerárquica.

CUARTA PARTE

LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL MINISTERIO FISCAL.

Capítulo V: Los llamados principios funcionales en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público: Introducción. El Principio de legalidad: El Ministerio Fiscal y el principio de legalidad en el estado de derecho, El Ministerio Fiscal y las diferentes vertientes constitucionales del principio de legalidad, el Ministerio Fiscal y su sometimiento a la legalidad como principio funcional, El Ministerio Fiscal y la doble perspectiva de la legalidad como objeto de defensa y como principio informador de su actividad, El ministerio Fiscal y el principio de necesidad en el ejercicio de la acción penal pública, el Ministerio Fiscal entre la obligatoriedad y la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal. El Ministerio Fiscal el principio de legalidad en la acción penal y el sistema político, el Ministerio Fiscal el principio de legalidad y la oportunidad reglada, el Ministerio Fiscal y la Discrecionalidad implícita y la oportunidad reglada, El ministerio Fiscal y la conveniencia de introducir el Principio de oportunidad reglada en el sistema de justicia español a la luz de la experiencia de Guatemala. El Principio de Imparcialidad: El Ministerio Fiscal y una aproximación al concepto de imparcialidad como principio rector, El Ministerio Fiscal y la imparcialidad del juez e imparcialidad del fiscal, El ministerio Fiscal y los mecanismos de defensa de la imparcialidad, El ministerio Fiscal en el proceso penal de España: Introducción, El sistema de proceso penal mixto español, el juez de instrucción eje fundamental en el proceso penal en España, Crítica a las funciones del juez de instrucción en el proceso penal de España. El modelo de Guatemala una luz para la legalidad procesal de España en el sentido de dar al Ministerio Fiscal la facultad de ser el órgano de investigación oficial.

QUINTA PARTE

EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA

Capítulo VI: El Ministerio Público de Guatemala El Pasado del Ministerio Público de Guatemala: El Ministerio Público de Guatemala en el período Pre independiente, El Ministerio Público de Guatemala en el período Independiente, El Ministerio Público de Guatemala en el período contemporáneo, el Ministerio Público de Guatemala en el periodo de reformas. El Ministerio Público de Guatemala del presente: Definición, El Ministerio Público de Guatemala y su relación con los organismos del Estado: El Ministerio Público y su relación con el ejecutivo, el Ministerio Público y su relación con el organismo judicial, el Ministerio Público y su relación con el organismo legislativo. El Ministerio Público de Guatemala y la participación ciudadana. Principios funcionales del Ministerio Público de Guatemala. El Ministerio Público de Guatemala y el principio de objetividad e imparcialidad, El Ministerio Público de Guatemala y el principio de legalidad, el Ministerio Público de Guatemala y sus funciones como institución. El Ministerio Público de Guatemala como institución que vela por el estricto cumplimiento de las leyes, el Ministerio Público de Guatemala como institución que respeta los derechos humanos, el Ministerio Público de Guatemala como institución que ejerce la acción penal pública: El Ministerio Público institución que ejerce la acción penal pública. El Ministerio Público de Guatemala como institución que dirige a la Policía y

demás cuerpos de seguridad, El Ministerio Público de Guatemala como institución encargada de investigar los delitos de acción penal pública. El Ministerio Público de Guatemala y su actuación en la fase preparatoria del proceso penal, El Ministerio Público de Guatemala y su función en la fase intermedia y de juicio en el proceso penal, el Ministerio Público de Guatemala en la fase de impugnación, El ministerio Público de Guatemala en la fase de ejecución. El Ministerio Público de Guatemala y sus principios Orgánicos: El Ministerio público y el principio de unidad, el Ministerio público y el principio de jerarquía. Estructura orgánica del Ministerio Público de Guatemala: Los órganos principales o institucionales: El Fiscal general de la República, El consejo del ministerio Público, Los fiscales de distrito y sección. Los fiscales de sección, las Fiscalías de sección establecidas por la ley, Las fiscalías de sección creadas por el consejo del ministerio Público, Los fiscales especializados, los agentes especializados. Miembros del Ministerio Público: Agentes Fiscales, Fiscales especiales, auxiliares fiscales, Los Secretarios, Los síndicos: Órganos secundarios o de funcionamiento: La dirección de investigaciones criminalísticas, oficina de protección de sujetos procesales en materia penal, La unidad de capacitación, Órganos de administración y de información: La jefatura administrativa, La oficina de información. La carrera del Ministerio Público. El Ministerio Público de Guatemala del futuro: El ministerio Público de Guatemala y aspectos económicos, ampliación del presupuestos, el ministerio público de Guatemala y aspectos estructurales, ampliar la dirección criminalista con recurso humano y técnico. Crear fiscales del Ministerio Público en cada municipio, profesionalización técnica de los auxiliares fiscales. El Ministerio Público de Guatemala y los aspectos legales: Derogar la función e los síndicos municipales en funciones penales, Creación de los fiscales especiales por comisiones ad hoc.

Conclusiones.

Bibliografía.

INDICE:

**PRIMERA PARTE:
ANTECEDENTES HISTORICOS.**

Capítulo I. El Ministerio Fiscal y sus antecedentes Antiguos:	3.
1. Conceptualización del precedente	5.
2. Primeros antecedentes	7.
2.1 Egipto	7.
3. Civilizaciones clásicas	8.
3.1 Grecia	8.
3.2 Roma	11
4. La Edad Media	16
4.1 Consideraciones generales	16
4.2 España	18
4.3 Francia	24
4.4 La Edad Media y el Precedente relativo al Derecho canónico	26
4.5 La Edad Media y el precedente relativo al Antiguo Régimen Absoluto	29
4.6 La Edad Media y el Antecedente del Estatuto Funcional del Fiscal en la Monarquía absoluta.	37
Capitulo II: El Ministerio Fiscal dentro del Concepto y evolución histórica del Estado de Derecho.	42
1. El Ministerio Público en el Estado de Derecho	44
2. El Ministerio Público en la Revolución Francesa	50
3. El Ministerio Público en el Imperio Napoleónico	55
4. El Ministerio Fiscal en el Estado liberal en España	58
5. El Ministerio Fiscal en el transito de la crisis del Estado liberal y la consolidación del Estado social de Derecho.	69

**SEGUNDA PARTE
EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL DERECHO COMPARADO.**

Capitulo III: El Ministerio público en el marco de los sistemas de defensa del interés público:	79
1. El Ministerio Público en el Derecho Comparado	79
2. El Ministerio Público en relación con la esfera del Ejecutivo.	82
2.1 El Ministerio Público en la Europa continental el Civil Law	83
2.1.1 El Ministerio Público en la concepción Francesa	83
2.1.2 El Ministerio Público en Portugal	92

2.1.3 El Ministerio Público federal Alemán	99
2.1.4 El Ministerio Público con referencia a otros países de la Europa continental	107
2.1.4.1 El Ministerio Público en Bélgica	107
2.1.4.2 El Ministerio Público en Dinamarca	112
2.1.4.3 El Ministerio Público en Holanda.	113
2.2 El Sistema Common Law:	116
2.2.1 El Ministerio Público en Inglaterra y Gales	116
2.2.2 El Ministerio Público en los Estados Unidos de Norteamérica.	136
3. El Ministerio Público asimilado al poder Judicial:	147
3.1 El Ministerio Público de Italia.	148
4. El Ministerio Público dependiente del Poder Legislativo:	155
4.1 El Ministerio Público en la Antigua Unión Soviética	155
4.2 El Ministerio Público en el actual modelo de Rusia y los países de la orbita socialista y Cuba.	159

TERCERA PARTE EL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL.

Capítulo III. El Ministerio Fiscal en España:	165
1. Antecedentes del Ministerio Fiscal en España	165
2. La exégesis de la normativa constitucional que regula el Ministerio Fiscal español	186
3. El desarrollo legislativo del estatuto orgánico de 1981 en relación al Ministerio Fiscal,	194
4. El ministerio Fiscal en la actual constitución en España	215
5. Las distintas concepciones o posiciones doctrinales en relación a la naturaleza del Ministerio Fiscal	224
5.1 El Ministerio Fiscal en torno del Poder Ejecutivo.	227
5.1.1 El Ministerio Fiscal en torno al Poder Ejecutivo Sobre la base del antecedente histórico	229
5.1.2 El Ministerio Fiscal en torno al Poder Ejecutivo Sobre la base de su independencia	231
5.1.3 El Ministerio Fiscal en torno al poder Ejecutivo debido a su legitimación democrática y responsabilidad política.	234
5.1.3.4 El Ministerio Fiscal en torno al poder ejecutivo debido a su vinculación orgánica.	239
5.2 El Ministerio Fiscal entorno al Poder Judicial:	241
5.2.1 El Ministerio Fiscal en torno al poder judicial Sobre la base de la tendencia histórica	242
5.2.2 El ministerio Fiscal entorno al poder judicial Sobre la base de la magistratura postulante que tiende la constitución	243
5.2.3 El Ministerio Fiscal entorno al poder judicial Sobre la base de una independencia interna y externa y la primacía de los principios de legalidad e imparcialidad.	247

5.2.4 El Ministerio Fiscal entorno al Poder Judicial Sobre la base de la estructura orgánica.	250
5.3 El Ministerio Fiscal entorno al órgano Parlamentario	252
5.4 El Ministerio Fiscal entorno al concepto de ser un órgano del Estado	254
5.5 El Ministerio Fiscal en torno al concepto de ser un órgano constitucional	257
5.6 El Ministerio Fiscal entorno al concepto de su actuación en las bisagras del sistema político	260
5.7 El Ministerio Fiscal entorno al concepto de órgano del estado con autonomía funcional	267
6. El Ministerio Fiscal Español de acuerdo con sus misiones funciones y competencias	272
6.1 El Ministerio Fiscal como órgano promotor de la justicia	274
6.2 El Ministerio Fiscal como órgano de defensa de la legalidad	275
6.3 El Ministerio Fiscal como órgano de defensa del interés público tutelado por la ley,	282
6.4 El Ministerio Fiscal como órgano de promoción del interés social ante los tribunales	285
6.5 El Ministerio Fiscal como órgano de defensa de los derechos de los ciudadanos	287
6.6 El Ministerio Fiscal como órgano que vela por la independencia de los tribunales.	291
7. La estructura Organizativa del Ministerio Fiscal Español:	292
7.1 Introducción	293
7.2 Los órganos propios del Ministerio Fiscal	293
7.3 El Fiscal General del Estado	294
7.3.1 Nombramiento del fiscal general del Estado	295
7.3.2 Cese de la función del fiscal del estado	296
7.3.3 Límites constitucionales y estatutarias en la designación del fiscal general del Estado.	296
7.4 Órganos que asisten a la fiscalía general del Estado:	297
7.4.1 Los órganos de apoyo,	297
7.4.1.1 La secretaría técnica	297
7.4.1.1 La inspección fiscal	298
7.4.2 Los órganos de asesoramiento	298
7.4.2.1 La junta de fiscales de sala, el consejo fiscal.	299
7.4.2.2 El Consejo Fiscal.	300
7.5 Las fiscaliza ante los distintos tribunales.	301
7.6 Las fiscalías especializadas	303
7.6.1 Las fiscalías especiales antidrogas y anticorrupción	303
7.6.2 El proyecto de una fiscalía única Europea para los delitos económicos en el ámbito de la Unión Europea.	303
8. Los principios orgánicos que rigen al Ministerio Fiscal	304
8.1 El principio de unidad de actuación	304
8.2 El Principio de dependencia jerárquica.	308

CUARTA PARTE
LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL MINISTERIO FISCAL.

Capítulo V: Los llamados principios funcionales en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público:	311
1. El principio de Legalidad	312
1.1 El Ministerio Fiscal y el principio de legalidad en el estado de derecho	314
1.2 El Ministerio Fiscal y las diferentes vertientes constitucionales del principio de legalidad	317
1.3 El Ministerio Fiscal y su sometimiento a la legalidad como principio funcional	321
1.4 El Ministerio Fiscal y la doble perspectiva de la legalidad como objeto de defensa y como principio informador de su actividad	322
1.5 El ministerio Fiscal y el principio de necesidad en el ejercicio de la acción penal pública	325
1.6 El Ministerio Fiscal entre la obligatoriedad y la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.	331
1.7 El Ministerio Fiscal el principio de legalidad en la acción penal y el sistema político	341
1.8 El Ministerio Fiscal el principio de legalidad y la oportunidad reglada	346
1.9 El Ministerio Fiscal y la Discrecionalidad implícita y la oportunidad reglada	350
1.10 El ministerio Fiscal y la conveniencia de introducir el Principio de oportunidad reglada en el sistema de justicia español a la luz de la experiencia de Guatemala.	357
2. El Principio de Imparcialidad	378
2.1 El Ministerio Fiscal y una aproximación al concepto de imparcialidad como principio rector	378
2.2 El Ministerio Fiscal y la imparcialidad del juez e imparcialidad del fiscal	383
3. El ministerio Fiscal y los mecanismos de defensa de la imparcialidad	393
4. El ministerio Fiscal en el proceso penal de España	397
4.1 Introducción	397
4.2 El sistema de proceso penal mixto español	399
4.2 El juez de instrucción eje fundamental en el proceso penal en España	400
4.4 Crítica a las funciones del juez de instrucción en el proceso penal de España.	401
5. El modelo de Guatemala una luz para la legalidad procesal de España en el sentido de dar al Ministerio Fiscal la facultad de ser el órgano de investigación oficial	403

QUINTA PARTE EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA

Capítulo VI: El Ministerio Público de Guatemala	410
1. El Pasado del Ministerio Público de Guatemala:	410
1.1 El Ministerio Público de Guatemala en el período Pre independiente	410
1.2 El Ministerio Público de Guatemala en el período Independiente	411
1.3 El Ministerio Público de Guatemala en el período contemporáneo	412
1.4 El Ministerio Público de Guatemala en el periodo de reformas.	414
2. El Ministerio Público de Guatemala del presente	417
2.1 Definición	417
2.2 El Ministerio Público de Guatemala y su relación con los organismos del Estado:	419
2.2.1 El Ministerio Público y su relación con el ejecutivo	419
2.2.2 El Ministerio Público y su relación con el organismo judicial	422
2.2.3 El Ministerio Público y su relación con el organismo legislativo	423
2.3 El Ministerio Público de Guatemala y la participación ciudadana.	424
2.4 Principios funcionales del Ministerio Público de Guatemala.	426
2.4.1 El Ministerio Público de Guatemala y el principio de objetividad e imparcialidad	426
2.4.2 El Ministerio Público de Guatemala y el principio de legalidad	427
2.5 El Ministerio Público de Guatemala y sus funciones como institución.	430
2.5.1 El Ministerio Público de Guatemala como institución que vela por el estricto cumplimiento de las leyes	430
2.5.2 El Ministerio Público de Guatemala como institución que respeta los derechos humanos,	431
2.5.3 El Ministerio Público de Guatemala como institución que ejerce la acción penal pública:	432
2.5.4 El Ministerio Público institución que ejerce la acción penal pública.	434
2.5.4.1 El Ministerio Público de Guatemala como institución que dirige a la Policía y demás cuerpos de seguridad	434
2.5.4.2 El Ministerio Público de Guatemala como institución encargada de investigar los delitos de acción penal pública.	435
2.5.4.3 El Ministerio Público de Guatemala y su actuación en la fase preparatoria del proceso penal,	436
2.5.4.4 El Ministerio Público de Guatemala y su función en la fase intermedia y de juicio en el proceso penal,	438
2.5.4.5 El Ministerio Público de Guatemala en la fase de impugnación,	439
2.5.4.6 El ministerio Público de Guatemala en la fase de ejecución	440
2.6 El Ministerio Público de Guatemala y sus principios Orgánicos:	441
2.6.1 El Ministerio público y el principio de unidad,	441
2.6.2 El Ministerio público y el principio de jerarquía.	446
2.7 Estructura orgánica del Ministerio Público de Guatemala:	444
2.7.1 Los órganos principales o institucionales:	445
2.7.1.1 El Fiscal general de la República,	445
2.7.1.2 El consejo del ministerio Público,	448

2.7.1.3 Los fiscales de distrito y sección.	449
2.7.1.4 Los fiscales de sección,	450
2.7.1.4.1 las Fiscalías de sección establecidas por la ley,	450
2.7.1.4.2 Las fiscalías de sección creadas por el consejo del ministerio Público,	451
2.7.1.4.3 Los fiscales especializados,	452
2.7.1.4.4 Los agentes especializados.	452
2.7.2 Miembros del Ministerio Público:	453
2.7.2.1 Agentes Fiscales,	453
2.7.2.2 Fiscales especiales	453
2.7.2.3 Auxiliares fiscales,	460
2.7.2.4 Los Secretarios	461
2.7.2.5 Los síndicos:	462
2.7.3 Órganos secundarios o de funcionamiento:	463
2.7.3.1 La dirección de investigaciones criminalísticas,	463
2.7.3.2 La Oficina de protección de sujetos procesales en materia penal,	464
2.7.3.3 La unidad de capacitación,	465
2.7.4 Órganos de administración y de información	461
2.7.4.1 La jefatura administrativa,	465
2.7.4.2 La oficina de información.	465
2.7.5 La carrera del Ministerio Público.	466
3. El Ministerio Público de Guatemala del futuro:	467
3.1 El ministerio Público de Guatemala y aspectos económicos, ampliación del presupuestos,	467
3.1.1 El ministerio público de Guatemala y aspectos estructurales,	467
3.2 Ampliar la dirección criminalista con recurso humano y técnico.	468
3.2.1 Crear fiscales del Ministerio Público en cada municipio,	468
3.2.2 Profesionalización técnica de los auxiliares fiscales.	469
3.3 El Ministerio Público de Guatemala y los aspectos legales:	469
3.3.1 Derogar la función e los síndicos municipales en funciones penales,	470
3.3.2 Creación de los fiscales especiales por comisiones ad hoc.	471
Conclusiones.	473
Bibliografía.	509.

AGRADECIMIENTOS:

Es una gran bendición el poder culminar este trabajo, por lo que agradezco en el seno interno de mi espíritu a Dios y a sus ángeles que me han ayudado en cada paso que he dado. Agradezco a mis Padres Guillermo y Amparo todo su amor y la vida que me han dado que este trabajo sea un tributo por su afecto. Agradezco a la Facultad de Derecho de la Universidad de San Carlos de Guatemala el haberme dado esta oportunidad, A la Universidad Autónoma de Barcelona así como a sus profesores pues soy el producto de sus enseñanzas y de su formación.

Quiero agradecer fervientemente a cada Ciudadano Español que con sus impuestos ha contribuido para que pudiera estudiar en este programa, infinitamente mil gracias

INTRODUCCION:

El Presente trabajo principalmente se caracteriza por ser descriptivo-explicativo en relación al Ministerio Público de Guatemala, se ha convenido en utilizar un método deductivo partiendo de las consideraciones mundiales generales hasta llegar a los aspectos más puntuales, una institución del Ministerio Público guatemalteco con cara hacia el futuro.

En tal razón inicia tomando como base primordial los antecedentes históricos de la institución para tener un precedente histórico sobre la base del cual apoyarse en el transcurso explicativo del contenido del presente trabajo. Posteriormente se estudia el desenvolvimiento histórico de la concepción del Estado de Derecho con el fin de lograr establecer los vínculos que unen a este instituto con la concepción antes referida por lo que se podrá notar que el nexo existente entre los principios que regirán dicho instituto no son más que segmentos de una política estatal en general.

Con respecto a la parte relativa al derecho comparado aporta mucho argumento enriquecedor para solucionar algunos problemas actuales en Guatemala, todo cotejo de un tema con otro de una legislación comparada aporta sin lugar a dudas elementos novedosos y aspectos muy diversos que sirven para enriquecerlo y para tomarlos en consideración para futuras mejoras, de ahí se desprende que se ha utilizado para tal estudio la perspectiva del derecho continental o civil law reconocedor y defensor de un acusador público engarzado en el sistema de poderes del Estado y generalmente dependiente a uno de ellos así en donde se estudia el Ministerio Fiscal Alemán, Portugués, entre otros. Por otra parte también se toma la perspectiva del nominado sistema del common law donde el peso de la acusación recae sobre la víctima o el perjudicado, o por una institución cuya legitimación popular es a través del sufragio, por lo que aporta características importantes el estudio referente a la acusación en el sistema inglés y el sistema Norteamericano.

Los aportes que el sistema comparado aporta al presente trabajo son importantes para medir y comprender el Ministerio Público de Guatemala.

Seguido se encuentra una parte relativa al estudio del Ministerio Fiscal de España, mismo que se realiza con la mayor acuciosidad posible toda vez que gran parte del sistema penal de Guatemala y de su histórica jurídica ha sido devenida de la tradición española, cabe recordar que Guatemala fue hasta hace un par de siglos, colonia de la corona española

y muchas de sus instituciones legales, han sido pieza clave para comprender todo el sistema de Derecho guatemalteco, y por ende la figura del Ministerio Público, que tras largos años de operar pasivamente en un sistema semi inquisitivo o formal o mixto ha pasado a un sistema con mayor tendencia acusatorio, en donde ejerce un papel fundamental y decisivo en el que gira todo el andamiaje procedimental, circunstancia por la cual se hacen las acotaciones correspondientes para que se tomen en consideración con respecto a una reforma de la institución para España.

Existe una parte del presente trabajo donde se estudian los principios procesales comunes entre Guatemala y España con relación al ejercicio de sus funciones dentro del proceso penal como lo es el principio de legalidad y el de imparcialidad en donde se cotejan ambos principios y los mecanismos ad intra de la institución para no soslayarlos o tergiversarlos. Y por último se plantea un estudio del Ministerio Público de Guatemala, su pasado, su presente y su futuro realizando planteamientos para mejorar el mismo.

Cabe tener estudio nació principalmente de la idea final de consolidar las instituciones jurídicas en Guatemala, no cabe duda alguna que las mismas durante años anteriores se han venido erosionando y existe una unánime desconfianza de las mismas. Por lo que es importante coadyuvar al fortalecimiento de nuestras instituciones desde el punto de vista académico.

En la realización de este trabajo se ha encontrado dos óbices fundamentales en el Aspecto de Guatemala no existe literatura alguna que aborde el tema y con respecto a España existe una superabundante información cuya tarea ha sido ardua en poder sintetizar la misma.

Es pues con humildad como se presenta el presente trabajo.

PRIMERA PARTE
LOS ANTECEDENTES HISTORICOS

CAPITULO I.

EL MINISTERIO FISCAL SUS ANTECEDENTES ANTIGUOS

Mucho ha sido la literatura a los supuestos orígenes o antecedentes del Ministerio Fiscal, es sin lugar a dudas que el peso de la historia suele aparecer como una de las primeras causas que justifican la actual naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal¹. Algunos doctrinarios sostienen que la historia de la institución ha devenido marcada por un indeterminado origen y unos perfiles funcionales confusos así como una ambigua posición jurídico política², existen jurisprudencias que sostienen aconsejable dejar pasar por alto sus antecedentes históricos³ pero “querer restringir el problema del Ministerio Público simplemente a las puras fórmulas jurídicas o a la pura arquitectura estructural de los elementos que delimitan y justifican la acción en el dinamismo del proceso penal, sin indagar sobre el pasado de la institución ni sobre las condiciones históricas generales que lo encuadran en el vasto y agitado marco de la lucha por el predominio del Poder Ejecutivo en la confrontación del judicial, sin discernir el nexo esencial que existe en el devenir de esta lucha y la configuración actual de la misma, significa verdaderamente, alejarse de la realidad histórica y al mismo tiempo, alterar la verdad jurídica⁴”.

Es considerable y oportuno no dejar de prescindir del análisis histórico de la institución que nos interesa en virtud que la inclusión de contenidos históricos influye de un modo positivo o negativo, en la actual regulación política legal⁵.

En congruencia con lo anterior es interesante consignar lo que explica el autor italiano JANNACCONE “El aspecto crítico se impone por la especial naturaleza de la

¹ MARTIN GRANIZO, “El ministerio fiscal en España, (Notas para una futura construcción de dicha figura y estudio de su posición en el Derecho procesal español.) Separata de Documentación jurídica números 10 y 11, Madrid, 1974 Pág. 11

² MARTIN GRANIZO, “El ministerio fiscal en España...” Pág. 11. LORENTE HURTAD “Estatuto del Ministerio Fiscal “cuadernos de documentación del instituto nacional de prospectiva, Madrid 1980 número 4 Pág. 9 ha dicho “El Ministerio Fiscal ha cristalizado por aluvión de elementos históricos de dudosa homogeneidad que, sin embargo, han tenido más peso que las iniciativas racionalizadoras tendentes a hacer al Ministerio Fiscal el elemento institucional adecuado para el desempeño de su función”.

³ SERRA “Ministerio fiscal “ (voz) en Nueva Enciclopedia Jurídica Seis, Barcelona 1978 Pág. 403 y 404

⁴ GRANATA “Posizione costituzionale e funzione giuridica del Pubblico Ministero” en Archivio Penale, Vol. III parte I, 1947 Pág. 120. Citado por FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal en España” Pág. 30.

⁵ Como señalará JOSE SERRANO “Nueva organización d el Ministerio Fiscal y de los Tribunales” en Revista General de Legislación y Jurisprudencia Tomo XLVII 1875 Pág. 201.

institución, cuya colocación en el cuadro del ordenamiento del Estado es de frontera a frontera entre diversos poderes, frontera entre realidad social y aparato judicial, frontera entre política y derecho. Su regulación jurídica es una construcción política más que técnica, toda vez que a un cierto tipo de Estado corresponde un cierto tipo de Ministerio Público.

Donde por efecto de factores de tradición histórica o como producto de un estancamiento legislativo se registra una falta de sintonía entre los dos elementos, inevitablemente se verifican presiones de fuerzas políticas dirigidas a ponerlos nuevamente en conexión, adecuando la estructura organizativa del Ministerio Público y las reglas de su funcionamiento a las características del Estado del cual es su expresión...⁶.

Es por ello que sin olvidar que lo histórico y lo político⁷ coadyuvan a comprender la encrucijada en la que actualmente se encuentra la institución.⁸ Y tal como lo estableciera GOLDSCHMIDT, J. “Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de cada nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución...”⁹ convendrá dejar constancia del texto al inscribir los principales tránsitos de la figura que estudiamos, con la progresiva consolidación del interés público por la promoción de la justicia en defensa de la legalidad.

1. CONCEPTUALIZACION DEL PRECEDENTE.

Existen posturas que sobre los orígenes del Ministerio Fiscal retroceden a más de dos mil años en la búsqueda de la raíz del defensor de la justicia y los intereses generales.

En orden común nadie iría contra la idea en sus fundamentos válida, de que el juez juzga, el gobierno gobierna y el legislativo legisla. Así como pocos se atreverían a

⁶ JANNACCONE “Il Pubblico Ministero nel sistema costituzionale” en Il Pubblico Ministero nell ordinamento italiano, anno XVII, números 7-9 luglio settembre 1977 pág. 267 y 268.

⁷ Ver al respecto GIULIANI “Sintesi dei modelli storici delle procedure d accusa” en Accusa penale e ruolo del Pubblico Ministero (AA.VV.) Jovene Napoli 1991 Pág. 54.

⁸ FLORES PARADA “El Ministerio fiscal en España” Tiranto lo blanch, Valencia 1999 Pág.30.

⁹ GOLDSCHMIDTJ, J. “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal” Barcelona 1935 Pág. 67.

aseverar que el Ministerio Fiscal fiscaliza o que al menos, esta acción define en todo su sentido el cometido del fiscal¹⁰.

Pero previo a la dirección a asumir como requisito, sine qua non, debemos de considerar algunas mínimas características del Fiscal, y como las más precisas palabras de RUIZ GUTIERREZ podemos decir que es “el funcionario encargado habitual y primordialmente de llevar a cabo la acusación ante los Tribunales.¹¹”

Claro existirán algunas otras características asumibles al fiscal pero la principal es al menos o en principio la función de ejercer la acción penal con ciertas discrepancias en otros sistemas,¹²

Ahora bien con relación al Ministerio Fiscal, debemos como objetivo primo entenderlo como un órgano que aunque en el concierto de sistemas judiciales y políticos tenga características o directrices distintas: con respecto a sus poderes, su estructura, su papel social o político se concreta a la defensa del interés general ante los tribunales.

Esto es la obtención de la posición de parte a favor únicamente de los intereses públicos en el proceso¹³, y en materia penal el ejercicio de la acusación en interés de la sociedad

El profesor DIEZ PICAZO establece “Que el ministerio fiscal tiene una función constitucional mucho más amplia que la de ser el órgano de acusación del Estado en el proceso penal y todas sus actuaciones, incluidas las acusatorias, deben estar presididas por los (...) criterios objetivos de legalidad e interés público¹⁴.”

Es pues que tomando en consideración las características principales y en acotación con lo que MARTINEZ DALMAU al respecto comenta y establece que “el Ministerio fiscal ha de ser un órgano público organizado como cuerpo único y particular

¹⁰ MARTINEZ DALMAU “Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal” Tirant lo blanch, Valencia 1999 pág. 27.

¹¹ RUIZ GUTIERREZ, “ Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Público en España” Revista de Derecho Procesal, no. 3-1952 Pág. 407

¹² Hay que tomar en cuenta que en el sistema español la función de acusar no es hoy en día monopolio del Fiscal

¹³ Dice JIEMENEZ ASENJO “Organización judicial española” E. Revista de Derecho Privado Madrid, 1952 Pág. 368 “ Que la evolución histórica del Ministerio Fiscal es el producto de la evolución de dos ideas coordinadas, una idea histórica que le atribuyo la función de defensa de los derechos de la corona ante los órganos de justicia y la protección de los intereses públicos a aquella encomendada y una idea renovadora, que surgió al tiempo de las corrientes ideológicas que perfilaron un sistema jurisdiccional basado en el principio acusatorio conciliable con el respeto a los derechos personales del justiciable”.

¹⁴ DIEZ PICAZO “Régimen constitucional del Poder judicial” Cívitas, Madrid 1991, Pág. 158.

cuyo objetivo fundamental es la defensa de la aplicación legal de la norma y los intereses generales. Siendo su principal medio para desarrollar su función la acusación en el proceso¹⁵.” Otro aspecto importante podemos obtenerlo de lo que establece SERRA DOMINGUEZ al decir que el Ministerio fiscal es el órgano administrativo del Estado encargado de defender el interés público de la legalidad en la actuación de los tribunales interviniendo al efecto como parte en los procesos penales y en los procesos civiles no dispositivos y asesorando y corrigiendo a los tribunales en cuanto respecto a las normas orgánicas y procesales¹⁶,”

Es con estos parámetros fácilmente identificables los que nos dan las coordenadas específicas con relación a la figura que nos corresponde estudiar bajo la luz de una aproximación histórica que repase sus razones de aparición, evolución y actual planteamiento dentro del actual sistema constitucional y democrático de derecho.

2. PRIMEROS ANTECEDENTES.

2.1 EGIPTO.

El primer antecedente remoto lo encontramos en el Antiguo Egipto a merced que “la reorganización de los Tribunales, llevada a cabo por la dinastía Ptolomaica designó junto a ellos inspectores especiales que no intervenían en la determinación de la sentencia del Tribunal pero sin los cuales no podía seguirse proceso alguno.¹⁷” Al igual existen desde hace cuatro mil años los papiros Abbot y Amhurst que hacen mención de un funcionario que castigaba las rebeliones, reprendía a los violentos, protegía a los ciudadanos, encarnaba la función de acusar indicando las disposiciones de la ley a aplicar al caso e intervenía en las instrucciones destinadas a averiguar la verdad.¹⁸

¹⁵ MARTINEZ DALMAU “Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal...” Pág. 29. A tal respecto debe considerarse que el Monopolio de la Acusación penal en el proceso no es de obligatoriedad para el Fiscal toda vez que puede delegarla en delitos de acción privada o bien cuando existan otras personas que participan en el proceso como querellantes adhesivos o particulares.

¹⁶ SERRA DOMINGUEZ “El Ministerio Fiscal” Pág. 621.

¹⁷ DE MIGUEL “El Ministerio Fiscal, Magistratura de Amparo” en Revista de Derecho Procesal 1954 Pág. 545. Así también MARTIN GRANIZO “El Ministerio Fiscal en España...” Pág. 265 al igual que LORENTE HURTADO “Estatuto del Ministerio Fiscal”.... Pág. 9

3. LAS CIVILIZACIONES CLASICAS.

Como aspecto clave en el presente es sin lugar a dudas que las civilizaciones clásicas nos otorgan un paso de lo difuso de la defensa de legalidad hacia la aparición del interés público en la promoción de la justicia.¹⁹

Las consideraciones y preceptos que se formaron en estas civilizaciones con relación a la institución del Ministerio Público, ha influido en la reproducción de los sistemas continentales a lo largo del proceso de formación de los estados europeos.

Ha de enmarcarse que la transformación de un modelo jurídico político dirigido hacia la concentración y verticalidad del poder es lo que explica el tránsito en la concepción jurídico procesal de la promoción de la justicia.²⁰

Las civilizaciones clásicas nos han otorgado un valladar importante dentro de la actual concepción del derecho procesal penal moderno como lo es el principio **ne procedat iudex sine actore**, bajo la forma conocida como **sistema procesal acusatorio puro**. Claro esta como lo explica FLORES PRADA “Este sistema vendría a sufrir ciertas correcciones, tanto en el derecho griego como principalmente en el romano mediante la introducción de mecanismos que garantizaron, al menos para determinadas contravenciones, una suerte de acusación pública que comenzaría con la instauración de la acusación popular, derivando con la aparición de ciertos acusadores públicos, en un embrionario modelo acusatorio formal, desarrollado posteriormente en Europa tras la revolución francesa”²¹.

3.1 GRECIA:

Grecia y Roma civilizaciones cultas, letradas y clásicas arrancan de un modelo político común como lo fueron las ciudades estados, cuyo origen previo y concreto fue la

¹⁸ JANNACCONE “Il Pubblico Ministero...” Pág. 267.

¹⁹ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal en España”... Pág. 33.

²⁰ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal en España...” Pág. 33

²¹ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal en España”... Pág. 34

monarquía.²² Atenas se erigió como una República sobre la idea de “comunidad libre de Ciudadanos.”²³

Las bases de esta estructura jurídico política la constituía paradigmas tales como “que de los ciudadanos emanaba el poder” mismo que se ejercía temporalmente a través de las autoridades y consecuentemente a los ciudadanos también les correspondía la promoción y defensa de la legalidad.

El modelo griego ostentaba el sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio puro, como consecuencia del principio de soberanía y del derecho de acusar que pertenecía al pueblo por medio de la acción popular.²⁴

La Acusación ante la asamblea era sostenida en forma ordinaria por un ciudadano especialmente designado como representante de dicha acusación²⁵.

Posteriormente señala LOPEZ SERRANO “se llegará a reconocer ahí por el siglo VI y se comprenderá que el castigo del culpable interesa sobre todo a la sociedad, a la moral pública y que de ser impuesto a excitación del magistrado público²⁶.”

Es pues que durante este período aparecieron los llamados **tesmoteti o tesmodetas** cuya función era de vigilancia de las leyes. Sin embargo, esta función implicaba un deber de denuncia de carácter subsidiario²⁷ cuando no lo hacía el ciudadano²⁸. SAEZ JIMENEZ Y LOPEZ FERNAND consideran que las funciones de los **tesmoteti** se aproximaban a una función como de promoción de la acusación toda vez que efectuada la denuncia la

²² Ver al respecto Historia de las instituciones de la Antigüedad (trad. De Tomas y Valiente) Aguilar, Madrid 1970 Pág. 19

²³ CASAVOLA “PROFILO STORICO E COMPARATISTICO DEL Pubblico Ministero” en Il Público Ministero nell ordinamento italiano” V Congresso Nazionale Isola de Capo Rizzuto, actas publicadas en Rassegna dei Magistrati, Unionen Magistrati Italiani anno XVII número 7 1977. Pág. 351

²⁴ Ver CASAVOLA “Profilo storico e comparatistico...” Pág. 351.

²⁵ Ver CASAVOLA “Profilo storico e comparatistico...” Pág. 351

²⁶ LOPEZ SERRANO “El Ministerio Público” en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo LVII 1880-2 Pág. 270.

²⁷ Ver CASAVOLA “Profilo storico e comparatistico...” Pág. 351

²⁸ A tal respecto existe la fragilidad de las fuentes y principalmente tomando en consideración que el modelo político griego era de carácter horizontal y participativo, permiten albergar ciertas dudas razonables sobre la existencia de un verdadero órgano público que con carácter oficial y permanente estuviese encargado de la defensa de la legalidad y de la promoción de la justicia. Sin embargo hay que hacer notar la aparición de cierta corrección de sistema acusatorio puro, que comienza a apuntarse en los delitos de trascendencia pública con el fin de evitar que dichos delitos queden impunes. Ver para tal efecto MARCHENA GOMEZ “El ministerio fiscal su pasado y su futuro” Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Sociedad Anónima Madrid 1992 pág.22

acusación era mantenida por un ciudadano nombrado al efecto por el Senado o la Asamblea del Pueblo²⁹.

Las funciones de los de **tesmodetas** Según MARTIN GRANIZO era como miembros del **arcontado**³⁰ en donde predominaban: la vigilancia de la ley, se procuraba la unidad legislativa, se intervenían en todos los asuntos relacionados al poder legislativo y participaban en el examen de los tratados internacionales. Sin perjuicio de que desempeñaban ocasionalmente funciones de acusación pública, cuando el interés de la república entraba en juego³¹.

“No obstante, la preponderancia del sistema de acusación popular, la legislación ateniense presenta determinados indicios que permiten colegir la presencia de una intervención oficial tendente a impedir la impunidad de los delitos contra las personas en las ocasiones en que la víctima no tenía parientes o estos se mostraban negligentes en la persecución del crimen. En tales supuestos, el **Arconte**, encargado de conocer de estos delitos tenía el derecho de entregar de oficio al acusado ante sus jueces³²”

El **Arconte**,³³ era una institución empleada por Atenas en el período de expansión territorial cuando los órganos de una ciudad eran suprimidos y quedaban sustituidos por el **Arconte**. Constituyéndose en auténticos gobernadores con funciones de carácter judicial y policial.³⁴

Por otra parte existen autores como ERNESTINO SOUZA que consideran que en Grecia existieron los denominados **Eforos**, personas que componían el denominado

²⁹ SAEZ JIMENEZ Y LOPEZ FERNANDEZ “Compendio de Derecho Procesal civil y penal” Vol. II Santillana Editorial Madrid 1968 Pág. 9

³⁰ ver BORTOLOTTI “Il Digesto Italiano”(Voz Ministero Pubblico) Vol. XV, Parte 2 Febrero 1903, Pág. 527 “ en cualquier caso, parece cierto que se trataba de magistrados que formaban parte del arcontado, que entre dichos magistrados existía una división de funciones y que dentro de las correspondientes a la administración de justicia pudo incluirse ocasionalmente, la acusación oficial del magistrado cuando el delito fuera de los que afectan al interés público es decir contra el estado, forma política, cualidad del ciudadano o seguridad militar...”

³¹ MARTIN GRANIZO “El Ministerio Fiscal en España” Notas para una futura construcción de dicha figura y estudio de su posición en el Derecho procesal español. Separata de documentación jurídica números 10 y 11 Madrid 1974 Pág. 14

³² MARCHENA GOMEZ “El ministerio fiscal su pasado y su futuro” Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Sociedad Anónima Madrid 1992 pág.22

³³ MARTINEZ DALMAU, “Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal”... Pág. 32 apunta: “Los Arcontes eran magistrados que desarrollaban tareas de gobierno en Atenas otras ciudades griegas, u cuyos orígenes podrían situarse alrededor del siglo X a de Cristo. Si bien en un principio se reservaba este cargo a os nobles eupátridas, fue democratizado con las reformas de Solón en un primer momento y de Arístides hacia el 477 A de Cristo.

Eforato allá por la Esparta de los siglos VII al II antes de Cristo. Este órgano llegó a tener más poder aún que los mismos reyes y tuvo las funciones entre otras, de equilibrar las autoridades del Rey y del senado y controlar su poder, los **Eforos** constituyeron una figura creada en época de Licurgo que con el tiempo asumió las funciones de acusador y juez.³⁵

3.2 ROMA

La culta Roma con respecto a su historia y con relación a la institución del Ministerio Público pueden distinguirse tres etapas: la primera etapa es la MONARQUIA en torno a los siglos VIII A VI antes de Cristo, la segunda etapa la REPUBLICA y la tercera etapa la del IMPERIO³⁶.

En la etapa de la monarquía todavía no se cuenta con datos exactos en relación a la función de acusar únicamente en la etapa de la República gracias a que según notas, que hasta nuestros días son retrotraídas por MONTESQUIEU, “En Roma estaba permitido que un ciudadano acusase a otro. Se había establecido esto siguiendo el espíritu de la República en la que cada ciudadano debía observar un celo ilimitado por el bien público y donde se supone que cada ciudadano tiene todos los derechos de la patria en sus manos...”³⁷,

La etapa Republicana poseía preponderadamente un sistema penal acusatorio al igual que en Grecia, toda vez que la acción iniciaba por iniciativa de los ciudadanos sobre el fundamento de la soberanía del pueblo, existía la idea de que “no se consideraba el delito como algo que atañaba solamente al que había sido víctima de él, pues entrañando ofensa social, a efecto creaba derechos entre todos los ciudadanos y el estado no venía obligado a otra cosa que a vigilar la forma de juzgar por lo que la acusación a cargo de los particulares era el requisito indispensable para abrirse el proceso.”³⁸,

³⁴ Ver ELLUL “ Historia de las instituciones de la antigüedad: instituciones griegas, romanas bizantinas y francas, (traducción de Tomás y Valiente) Aguilar, Madrid 1970 Pág.106

³⁵ SOUZA FILHO “O Ministerio Público, órgão do estado e sua independéncia” en Anais do 1º. Congresso interamericano do Ministerio Público Pág. 550.

³⁶ Ver al respecto POLIBIO “Historia universal durante la república romana” vol. II Libro VI (fragmentos) versión castellana de Rui Bamba, Luis Navarro editor, Madrid 1884 Pág. 130.

³⁷ MONTESQUIEU “Del espíritu de las leyes” Tecnos Madrid 1993 Pág. 59.

³⁸ IGLESIAS “Derecho Romano, Historia e Instituciones” Ariel Madrid 1992. Pág.13

“Los **comicios centuriales**, suprema magistratura criminal en roma, se reunía bajo la presidencia de los cónsules o los dictadores, el acusador un simple ciudadano ya que el derecho de acusación pertenecía a todos, enunciaba ante la asamblea el crimen objeto del procedimiento y enunciaba la pena posible, el acusado se disculpaba y finalmente se llegaba al juicio³⁹”.

Algunos estudiosos del tema como LOPEZ SERRANO ha querido ver los precedentes del Ministerio Fiscal en ciertas magistraturas republicanas como los **Questores** funcionarios que desarrollaban sus competencias en diversas materias, entre las que pudo comprenderse la persecución de los homicidios.⁴⁰

Por su parte DE MIGUEL considera que algunos antecedentes del Ministerio Fiscal se pueden encontrar en la figura del **Tribunado**; en el que concurrían las misiones de defensa social y amparo junto con las de persecución y acusación penal⁴¹.

La etapa más particular cuando se empieza a gestar una función fiscal ministerial data a partir de la expansión territorial de Roma cuando su estructura estatal se convierte en vertical, ya no horizontal como la de los griegos, naciendo en consecuencia instituciones que fortalecieron el papel y la intervención estatal en la vida pública según afirmaciones de MONTANOS Y SANCHEZ ARCILLA “La crisis por la que había atravesado el sistema político romano durante el siglo I antes de Cristo había puesto de manifiesto la inoperancia de las viejas magistraturas republicanas y los principios en los que éstas se fundaban para gobernar y administrar el vasto imperio...⁴²” De ahí el nacimiento de la burocracia.⁴³

La burocracia nacida en esta etapa particular trajo por ende remotos órganos públicos con cierto grado de permanencia cuyo objetivo era la defensa del interés público y principalmente de los intereses del imperio tal es el caso de los **Praefectus Urbi o Praefectus Pretorio**.

La burocracia en forma progresiva sustituyó, a las antiguas magistraturas romanas por unos funcionarios a sueldo nombrados y separados por el emperador, que comienza con

³⁹ Ver al respecto POLIBIO “Historia...” Pág. 131.

⁴⁰ LOPEZ SERRANO “El Ministerio...” Pág. 271 así también ver ELLUL “Historia de las Instituciones...” Pág. 237.

⁴¹ DE MIGUEL “El Ministerio Fiscal...” Pág. 545.

⁴² MONTANOS Y SANCHEZ ARCILLA “Historia del derecho y de las instituciones” Volumen I, Dickinson , Madrid 1991 Pág.76.

⁴³ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 42

el nombramiento de los primeros delegados imperiales y que irá creciendo a medida que van apareciendo nuevas necesidades⁴⁴.

De esta etapa se consolidan los **Irenarcas**⁴⁵ con sus auxiliares los **curiossi**⁴⁶ y los **satationarii** estos funcionarios se acercaban más a la naturaleza policiaca como funcionarios no permanentes encargados de la instrucción preparatoria toda vez que la acción penal estaba en manos de particulares⁴⁷. Al respecto de los **curiossi** MONTESQUIEU consignó “ En tiempo de los emperadores romanos se siguieron las máximas de la República y se vio aparecer un tipo de individuos funestos, un ejército de delatores. Cualquiera que tuviese vicios y talentos, un alma bajo y un espíritu ambicioso, buscaba un delincuente cuya condena pudiera agradar al príncipe...⁴⁸”

El jurista e historiador HUET considera que existió una figura cercana a las competencias del Ministerio fiscal y que poseía funciones semejantes a las de un juez instructor y que se observaron en las administraciones provinciales y se instituyeron como los **defensores civitatis** cuya función era hacer frente a los posibles abusos de los lugartenientes imperiales⁴⁹.

Al finalizar el imperio cuando el sistema acusatorio romano viene cuestionado por la aparición de nuevos poderes y potestades desconocidos, es cuando se comienza a vislumbrar instituciones con cierto parecido al Ministerio Fiscal⁵⁰.

La acusación popular sobre todo en materia de delitos políticos llegó a generar una grave crisis en el Imperio, siendo fácil apreciar los orígenes del procedimiento de oficio como reacción ante tal situación⁵¹. En ese orden de circunstancias junto a la concentración de la autoridad política en manos del emperador precisaba un control efectivo sobre los tres

⁴⁴ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 45.

⁴⁵ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 23. “funcionarios encargados de misiones de investigación y castigo.”

⁴⁶ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 24 “ eran funcionarios encargados del descubrimiento del delito y del acopio de pruebas contra los delincuentes, cuyas funciones van a ser sensiblemente ampliadas por el emperador Justino en el siglo VI

⁴⁷ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 23.

⁴⁸ MONTESQUIEU “El espíritu de las...” Pág. 60.

⁴⁹ HUET “Algunas observaciones sobre lo que ha sido desde su origen el Ministerio Fiscal” Revista General de la legislación y jurisprudencia, Tomo XXXI, 1867. Pág. 150.

⁵⁰ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 46.

⁵¹ LOPEZ SERRANO “El Ministerio...” Pág. 271.

elementos básicos que sirven de sustento al poder como lo es la justicia, el ejército y la hacienda.⁵²

La hacienda era de sumo interés para el emperador con el objetivo de garantizar la recaudación y dar un ejemplo ante quienes incumplieran el pago de los tributos de esta manera se encuentran vinculadas muy íntimamente las infracciones fiscales a la materia penal y al interés público así como el castigo de tales incumplimientos otorgando la acción penal a funcionarios de confianza del emperador denominados **advocatus fisci**.

Los advocatus fisci⁵³ tenían una función básicamente como de garantizar el control político de las funciones de recaudación y quienes junto al **Delatore**⁵⁴, intervenían como representantes del emperador en el procedimiento cuando el acusado viniese denunciado no por vía de acusación particular o privada, sino por solicitud de la autoridad pública. Y en todo caso en defensa de los intereses del fisco⁵⁵.

Es pues que el modelo de enjuiciamiento criminal en este estadio histórico varía de un sistema acusatorio atraído a un modelo inquisitivo cuya base es la **cognitio extra ordinem** siendo el funcionario judicial la persona quien instruye e imputa valiéndose de su poder de policía, bien por denuncia de los ofendidos o incoada de oficio.

Para IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO. Consideran que el procedimiento penal público de Roma al final del imperio adopta en determinados extremos un esquema similar al procedimiento acusatorio mixto o formal, en cuanto que, aun siendo preceptiva la denuncia se establecieron determinadas atribuciones a funcionarios cuya misión consistía en continuar el procedimiento ante la falta de acusador que sostuviera la acción o bien asumir la persecución para delitos especialmente graves⁵⁶.

“Durante este periodo el principio que para el procedimiento ordinario era preciso que hubiese un acusador voluntario continuó manteniéndose.⁵⁷” Pero de hecho lo que aconteció fue que comenzó a considerarse tal procedimiento como cosa propia y exclusiva del magistrado y poco a poco este criterio vino a prevalecer conforme a su discrecional

⁵² FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 47.

⁵³ CASAVOLA “Profilo storico...” Pág. 353.

⁵⁴ MOMMSEN “Derecho penal...” Pág. 227.

⁵⁵ MARTINEZ GRANIZO, “El Ministerio...” Pág. 16

⁵⁶ IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO “Independencia y autonomía del ministerio fiscal en el proceso penal” Revista de Derecho Procesal abril junio 1967 Pág. 110.

⁵⁷ MOMMSEN “Digegno del diritto pubblico romano” Celuc Milán 1973 Derecho Penal Romano, Temis Bogotá 1976. Pág. 230.

arbitrio, no sometido a limitación legal podía resolver los asuntos por la vía de la inquisición⁵⁸”

La actuación de estos personajes señala RUIZ GUTIERREZ “ no se limitaba al campo penal sino que probablemente su actividad debió ser mayor en el civil pero no obstante, a medida que transcurría el tiempo fue paulatinamente aumentándose su actuación en los juicios criminales⁵⁹. Esto se debió al cambio de mentalidad en cuanto se refería a determinados delitos que si bien en un principio se consideraba que ofendía únicamente al lesionado o a sus parientes, posteriormente se consideró que ofendían a toda la sociedad, la cual estaba interesada en su castigo. De ahí que además de la pena que solía imponerse a favor del directamente ofendido por el delito, se fuera extendiendo en el ordenamiento romano la idea de imponer otras penas a favor de la sociedad o, en definitiva de su cabeza quien era el emperador.

Estas penas, que eran fundamentalmente de tipo pecuniario, eran ingresadas en el tesoro público o fisco. De aquí pues se deduce el interés del **advocatus fisci** en todas aquellas acusaciones en las que pudiera recaer una pena fiscal. Con ello se lograban varios fines públicos como por ejemplo los siguientes: 1) Por una parte se conservaba el sistema acusatorio aunque no existiera acusación por parte del ofendido ya que hacia sus veces el **advocatus fisci**. 2) Si en algún caso el particular retiraba la acusación el **advocatus fisci** la proseguía, con lo que se conseguía que, pese a cualquier intento de composición entre las partes, los delitos en que estaba afectado algún interés público no quedasen impunes; 3) Por último, con este procedimiento se lograban obtener sumas de gran consideración para el Tesoro Público por ello puede considerarse al **advocatus fisci** como el antecesor próximo del Fiscal⁶⁰.

⁵⁸ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 48.

⁵⁹ CORONAS “Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII Ministerio para la administraciones Públicas, Madrid 1992.Pág 37. “El **advocatus fisci** del derecho romano era el encargado de fiscalizar los intereses del fisco en aquellas causas, tanto civiles como penales, en las que hubiera penas fiscales. Esta prosecución de los intereses patrimoniales del fisco se advierte así mismo en la España Visigoda y medieval donde una serie de oficiales, sayón, procurator regis, ome del rey, etc. Se encargaban de recaudar la parte del rey en las composiciones y penas pecuniarias de los juicios. El interés en estos oficiales para asegurar la percepción de estas penas habría dado lugar a una cierta vindicta pública a lo largo del proceso para evitar la impunidad de los culpables, pergeñando de esta forma una función pública, complementaria de la patrimonial originaria de estos oficios, que hallará su confirmación en la legislación bajo medieval castellana”

⁶⁰ RUIZ GUTIERREZ “Algunas ideas...” Pág. 409.

También se ha determinado en este estudio la figura de los **Procuratores caesari** a quienes a juicio de DE FRANCISCI “eran funcionarios de la jurisdicción de la hacienda pública, encargados en las provincias imperiales de funciones judiciales como las de intervenir en cierto tipo de juicios o ejerciendo una jurisdicción especial en todo caso ligada a cuestiones fiscales, y que el emperador designaba en función de la confianza personal para la defensa de sus intereses económicos⁶¹.” Con respecto a esta misma figura MARCHENA GOMEZ considera que los **Procuratores caesari** se encargan de la denuncia de los delincuentes, persecución de los delitos y reclamación de daños y perjuicios que pudieran irrogar los delincuentes a los desvalidos⁶².

Aunque existan autores que consideren que las anteriores figuras públicas romanas no constituyen un antecedente primo del Ministerio Fiscal⁶³, si son las primeras formas de gestación de un autentico Ministerio Fiscal.

4. LA EDAD MEDIA.

4.1 CONSIDERACIONES GENERALES

La edad media es un periodo que abarca por lo menos diez siglos y que comienza con la caída del Imperio Romano,⁶⁴ debemos tomar en consideración para el presente estudio que el imperio romano no se desploma súbitamente. Se trata más bien de un proceso de descomposición que responde a diversas causas, principalmente la crisis interna del propio Imperio y al desbordamiento que sufren sus fronteras por las sucesivas infiltraciones e invasiones de los pueblos bárbaros.⁶⁵

⁶¹ DE FRANCISCI “ Sintesi storica del Diritto Romano” Mario Bulzzone editore, Roma 1968 Pág. 238.

⁶² MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 23.

⁶³ MARTINEZ DALMAU “Aspectos constitucionales...” Pág. 34: “ considera que tampoco el advocatus fisci y los procurator caesaris romanos parecen llamados a considerarse antecesores del Ministerio Fiscal, pues sus principales actividades estarían más en relación con lo que hoy denominaríamos hacienda Pública “ Los advocatis fisci” eran Abogados cuya función consistía en velar por los intereses del fisco, ejercitando en juicio las acciones pertinentes para la protección de esos intereses” siendo sus funciones más importantes aquellas relacionadas con los objetivos recaudatorios y de control, sólo de modo accesorio participarían en algunos juicios. Los advocati fisci, que aparecen regulados en varias Leyes del Título IX del código de Justiniano, podrían considerarse por todo ello como origen remoto de los actuales abogados del Estado”.

⁶⁴ La caída del Imperio romano de occidente se ha establecido en torno al año 476 d. C.

⁶⁵ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 54.

La estructura política romana después de su caída en algunos casos perdura y en otros se recuperan lentamente sus instituciones asimiladas por los pueblos invasores.⁶⁶

Los eruditos de la historia han dividido para su estudio la edad media en Alta y Baja Edad Media durante dicha evolución se vuelve a consolidarse en forma lenta, progresiva y expansiva la Monarquía, constituyéndose para el efecto el Estado absoluto.

Durante este estadio de tiempo el estado debió garantizar la iniciativa de la defensa de la legalidad sin renunciar a la característica de dualidad de partes en el proceso y la necesaria imparcialidad del juzgador⁶⁷.

La figura del **advocatus fisci** romano, es la base para el establecimiento de un órgano de naturaleza pública encargado de sostener las pretensiones u oponerse a las mismas ante los órganos jurisdiccionales en defensa de los distintos contenidos que gradualmente se van incorporando al interés público⁶⁸.

Es pues que el **advocatus fisci** inspiró la creación y conformación de la institución denominada **procurador fiscal**, que fue evolucionando y ampliando sus funciones desde la base de la representación del Monarca ante los tribunales, hasta la defensa del interés público en dos facetas claves del Estado absoluto: la administración fiscal y la represión de los delitos⁶⁹.

El período alto medieval goza de ciertas características particulares con relación al instituto a estudiar, por ejemplo se encuentra algunas figuras determinadas tales como el **actores referum fiscalium, personeros y defensores del patrimonio real**, muy parecidos al **advocatus fisci** romano, es pues que estas instituciones fueron una herencia dada de la vieja administración imperial romana a los nacientes monarcas visigodos

Estas figuras tenían como función defender y representar los intereses patrimoniales y personales del monarca allí donde éstos pudiesen resultar discutidos.

La naciente monarquía visigoda justifica su interés en mantener el control en un aspecto vital como lo es la subsistencia del poder por medio de la hacienda. Y el aspecto de la defensa del patrimonio del rey fue lo principal. La defensa pública de la legalidad

⁶⁶ ALONSO ROMERO "El proceso penal en Castilla (siglos XIII a XVIII) Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca 1982. Pág. 84.

⁶⁷ FLORES PRADA "El Ministerio..." Pág. 51

⁶⁸ FLORES PRADA "El Ministerio..." Pág. 52.

⁶⁹ CORONAS "Ilustración y Derecho..." Pág. 37.

fiscal fue también el primer paso para la defensa pública en el castigo de los delitos en el marco de la progresiva sustitución del proceso acusatorio por el modelo inquisitivo⁷⁰.

4.2. ESPAÑA

Ya en España en la monarquía visigoda aparecen figuras como los **Actore rerum fiscalium** cuyo parecido a los **advocatus fisci** es innegable⁷¹.

En el **Liber Iudiciorum**⁷² un cuerpo legislativo de fuerte tradición romanista y de indudable influencia posterior cuya aparición data en el año 654, se encuentra dos novedades que no deben pasar desapercibidas: en primer lugar no se alude ya a los **actores rerum fiscalium** sino a los personeros o defensores del patrimonio del Rey. Una denominación que subraya el carácter de representantes del monarca⁷³ y que se mantendrá hasta las Partidas donde junto a los personeros del rey se hablará del **Patronus fisci**⁷⁴ para pasar dichos cargos a ser denominados posteriormente **promotores fiscales**⁷⁵.

⁷⁰ ALONSO ROMERO “El proceso penal en Castilla...” Pág. 84

⁷¹ ver los concilios de Toledo y Sevilla de finales del siglo IV de C. Así también ALFONSO ROMERO “El proceso penal en Castilla...” Pág. 86

⁷² MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 28 “ La evolución histórica del Ministerio Fiscal en España sitúa el tratamiento legislativo de sus precedentes en el Fuero Juzgo que se refiere a los personeros reales o procuradores del Rey quienes presentaban en juicio al monarca defendiendo sus intereses. Se ha señalado cómo esa presencia del defensor de los intereses del monarca se iba a extender a todos aquellos supuestos en los que existiera, conforme a la legislación entonces vigente, pena pecuniaria a favor del fisco a fin de lograr una mayor eficacia en su recaudación. Así en el propio Fuero juzgo se detecta la presencia al menos, de dos casos concretos en los que la única respuesta punitiva es de carácter pecuniario a favor del Rey”.

⁷³ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 59.

⁷⁴ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 29 “ Las partidas se refieren a los representantes jurisdiccionales del Rey en el orden Civil denominados **PATRONUS FISCI** como “ome que es puesto par a razonar o defender en juicio a todas las cosas e los derechos que pertenecen a la Cámara Del Rey” tomado de la Cuarta Partida, Título XVIII; LEY XII Patronus fisci.”

⁷⁵ MARTINEZ DALMAU “aspectos constitucionales...” Pág. 36: “No obstante una parte de la doctrina si ha considerado que estas figuras medievales se encuentran el antecedente directo del Fiscal, si bien se ha tildado de antiguo y modesto, este origen del Ministerio Público. Sus ancestros serían los abogados y procuradores del Rey, que con anterioridad al siglo XIV, no eran sino representantes de los intereses privados del monarca. Los menos se remontan a Italia incluso al promotor fiscal de la inquisición española. Lo más al derecho francés. Estos antecedentes diseñan un fiscal que en general “Es un procurador del Rey, defensor de los intereses del Fisco o tesoro del Rey normalmente todas las cuestiones en que está interesado el fiscal son de derecho privado por lo que en definitiva el Fiscal es le protector de los intereses privados del Rey”. MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 30. establece: “En Castilla, la sentida necesidad de llevar a cabo una clara distinción entre los intereses de la Corona y los intereses sociales, llevó a los miembros de las Cortes de Briviesca, en el año de 1387 a postular ante Juan I la definición de una institución a la que años más tarde, las ordenanzas de Guadalajara van a denominar durante el reinado de Juan II “Promotor Fiscal”. Las ulteriores ordenanzas de Medina del Campo establecerían la necesidad de que, en cada Chancillería, hubiera un “Procurador Fiscal” LOPEZ SERRANO “El Ministerio Publico...” Pág. 289 “En las Cortes de Briviesca se dispuso “Porque los delictos, ni finquen sin pena y castigo para defecto de acusador. E porque el oficio de

Los actores rerum fiscalium eran los actores de los patrimonios del fisco, según RUIZ GUTIERREZ “dada la gran influencia romana en la legislación visigoda, el actor fiscal intervendría en las causas en las que las penas establecidas fueran pecuniarias a favor del fisco “en el propio **Liber iudiciorum** se encuentra por lo menos dos casos concretos en los que la única pena es de carácter pecuniario a favor del Rey... de estas leyes se desprende que se trata de delitos en que la única parte interesada es el Rey, puesto que la única pena impuesta es la de multa, exclusivamente a favor de éste”⁷⁶

Esto tiene lógica consecuencia que no habiendo particular que acuse el hecho, es el Rey el único que puede acusar. Más como éste está obligado (...) a litigar por procurador (...) en los negocios en que está interesado el fiscal deberá actuar aquél que tiene a su cargo el fisco u otro nombrado por el (...) nos encontramos aquí ante un funcionario que ejercita la acusación pero que en general dirige su actuación a la defensa de los intereses fiscales.⁷⁷”

Puede pensarse que en el marco de un sistema penal principalmente acusatorio, van apareciendo delitos públicos cuyas penas, en función del interés general, revisten el carácter de pecuniarias⁷⁸ y se dirigen a engrosar las arcas del estado⁷⁹.

“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 confunden en una misma persona. El imperium y el dominium no fueron distintos pues el

nuestro Procurador Fiscal es de gran confianza y cuando bien se ejercita se siguen de él grandes provechos, así en la ejecución de la nuestra justicia como en pro de la nuestra Hacienda, Por ende ordenamos y mandamos que en la nuestra Corte sean Diputados dos procuradores Fiscales promotores para acusar, o denunciar los maleficios perniciosos diligentes y tales que convengan a nuestro servicio, según que antiguamente fue ordenando por los Reyes nuestros progenitores, Ley 1 título XVI libro IV de la Nov Recopilación.”

⁷⁶ RUIZ GUTIERREZ “Algunas Ideas...” Pág. 412.

⁷⁷ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 29 “ La recepción del Derecho Romano plasmada en la ingente tarea legislativa de Alfonso X el Sabio va a traer consigo entre otros aspectos un auténtico auge de las penas pecuniarias, siendo difícil encontrar delito de los que integran el libro IV del Fuero Real que no prevea sanción de aquella naturaleza. Ello supuso una alteración funcional en las labores del Fiscal, toda vez que, si bien con anterioridad a esas fechas su actuación era más intensa en asuntos de naturaleza extrajudicial o en el orden jurisdiccional civil, ahora, por el contrario, va a convertirse en uno de los principales protagonistas de la jurisdicción penal”.

⁷⁸ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 28 “De tal tipificación se colige que la única parte interesada era el propio rey, puesto que la sanción impuesta al infractor consistía precisamente en una multa a favor del rey. La consecuencia lógica estriba en que, al no haber particular que se constituyera en acusación, era el monarca el que debía litigar por medio de su Procurador”

⁷⁹ RUIZ GUTIERREZ “Algunas ideas sobre...” Pág. 413.

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. El fisco cesó de ser una persona moral, una abstracción capaz de derecho, no tuvo per se existencia jurídica y se encarnó en la persona del príncipe. Estas ideas dominaron en todas las monarquías absolutas de Europa y a los tiempos modernos se reservó el despojar a la realiza de los elementos materiales y otorgar una personalidad jurídica al Estado y al fisco⁸⁰.”

Es pues interesante aseverar que en el alto medioevo las cuestiones penales y hacendistas venían íntimamente relacionadas como ya ocurriera en el derecho romano. El cargo de procurador fiscal era concebido como un cargo de confianza teniendo en consideración que en este periodo de tiempo se concebía la hacienda del rey y la hacienda pública como algo unitario.

En lo que a la evolución del Ministerio Fiscal se refiere, tendrá esta época una importancia decisiva en cuanto se prohíbe la intervención directa del rey en los pleitos en los que se ventilen asuntos relacionados con su ámbito o patrimonio. La imparcialidad del juzgador quedará garantizada por medio de personeros encargados, junto a los defensores del patrimonio, de velar por los intereses del rey en aquellos pleitos en que éste fuere parte⁸¹.

Lo importante en este punto es observar cómo el sistema penal va cambiando por la aparición de delitos públicos, para cuya acusación se usa del **advocatus fisci** en cuanto que las penas, al no existir ofendido concreto o al personalizarse el propio rey, revisten naturaleza fiscal o pecuniaria⁸², encomendándose la acusación al **advocatus fisci**.⁸³

La aparición de penas pecuniarias entre los bárbaros ha de relacionarse con el abandono de los sistemas penales de venganza privada.⁸⁴

En este sentido históricamente el Ministerio fiscal representó en el proceso los intereses y asuntos del rey e inevitablemente estas personas acabaron convirtiéndose en una suerte de funcionarios cuya presencia permitía formalmente un enjuiciamiento imparcial ya

⁸⁰ COVIAN “El Ministerio fiscal en la historia” en Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo 1921 Pág. 12

⁸¹ MARTIN GRANIZO “El Ministerio Fiscal...” Pág. 22.

⁸² DALLOZ Rep mehodique el alphabetique de legislation de doctrine et de jurisprudence, XXVIII, voz Instrucción Criminelle Pág. 139 citado por FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 57 expresa “ Una parte de multa impuesta al delincuente se aplica al fisco para pagar las costas procesales o remunerar la protección otorgada por el poder público por más que fuera imperfecta”

⁸³ MARTIN GRANIZO “El Ministerio fiscal...” Pág. 21

que se lograba diferenciar a la parte procesal de quien debía juzgar aun cuando ambos tuvieron en el monarca absoluto su legitimidad⁸⁵.

En lo que a nuestro estudio interesa, conviene advertir que ya en el “Fuero Juzgo” puede empezar a distinguirse con cierta claridad dos tipos procedimentales en materia penal. Por una parte, el clásico modelo acusatorio basado en la denuncia, en el principio de contradicción y en la posición pasiva del juez.

La función de averiguación de la verdad real, el prominente papel del juez, la atribución al órgano jurisdiccional de la función investigadora y la reserva del mismo para determinados delitos graves constituyen principios que apuntan a un nuevo modelo procesal basado en el creciente interés público por la persecución y castigo de los delitos⁸⁶.

De esta nueva filosofía inquisitiva puede citarse entre otros ejemplos, la obligación del juez de averiguar determinados delitos, decretando de oficio la prisión del presunto culpable. Y la misma obligación del juez de perseguir y castigar determinados delitos de que tenga conocimiento en relación con el ejercicio de la prostitución.⁸⁷

“No obstante, aun la función del fiscal como acusador público no aparece definida como tal, ya que la acusación estará bien en manos de los particulares, bien en manos del juez responsable de la pesquisa. Habrá que esperar al nuevo modelo procesal del Derecho real de influencia romano canónica y de impulso monárquico, para que a las funciones públicas de defensa patrimonial forense se vayan sumando de forma progresiva y gradual, las funciones de acusación en la figura de los llamados **promotores fiscales**.⁸⁸”

Estos nacen en Castilla entre los intereses de la Corona y los intereses sociales por lo que los miembros de las Cortes de Briviesca, en el año de 1387 llevó a postular ante Juan I la definición de una institución a la que, años más tarde las Ordenanzas de Guadalajara van a denominar durante el reinado de Juan II “ **Promotor Fiscal**” Las ulteriores ordenanzas de Medina del Campo establecerían la necesidad de que en cada

⁸⁴ LOPEZ SERRANO “El Ministerio...” Pág. 275.

⁸⁵ MORENO CATENA “Introducción al Derecho Procesal (con GIMENO Y CORTES) Colex, Madrid 1997 Pág. 225.

⁸⁶ FLORES PRADA; “El Ministerio Fiscal...” Pág. 66

⁸⁷ Ver al respecto Libro. VI, Titulo V, Ley XIV en Códigos Antiguos... y Libro II Titulo V Ley XVII en códigos Antiguos citados por FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 66

⁸⁸ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 66

Chancillería, hubiera un “**Procurador Fiscal**”⁸⁹ con respecto a este tema más adelante se comprenderá de mejor manera al analizar detenidamente las influencias del estado absoluto en la diagramación estructural y funcional de la Institución del Ministerio Fiscal.

Existió después de la invasión musulmana a la península Ibérica una pervivencia del Liber o como se ha traducido al castellano como Fuero Juzgo, existiendo una fuerte reacción contra los musulmanes desde distintos núcleos políticos que además se configuraron como unidades independientes entre sí.⁹⁰

Todo ello buscaba un apoyo claro esta de naturaleza política por parte de nobles y clérigos ante tal situaciones progresaron los núcleos urbanos que constituyeron factores en la diversificación del derecho. Una expresión de esta diversificación legal en cada uno de los núcleos urbanos lo constituye el fuero municipal⁹¹, y es una fuente representativa del derecho alto medieval

En los fueros municipales⁹² existió la exclusividad del procedimiento acusatorio puro.⁹³ “Que como denominador en común podría señalarse la enorme privatización de las

⁸⁹ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 30 “Se ha dicho que de Aragón que a través de la figura de los “Procuradores” conoció una genuina institución situada a mitad de camino o en el tránsito entre la acusación popular y el Ministerio Fiscal. Conviene recordar en efecto que en el fuero primero libro 2 Jaime II creó un Procurador General del Rey con la específica misión de intervenir en las causas que contra él pudieran promoverse, autorizándosele en el segundo fuero para que pudiera entender de los hechos criminales. La unificación política de España llevo consigo la creación de tribunales de amplia jurisdicción que obviamente, exigieron una redistribución de los papeles procesales hasta entonces asumidos por las distintas partes intervinientes en el Proceso.”

⁹⁰ TOMAS Y VALIENTE “Manual de Historia...” Pág. 126.

⁹¹ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 32. “La falta de presencia de Promotores Fiscales en los tribunales inferiores supuso el refuerzo, de una institución consuetudinaria, nacida en Castilla y Aragón y encaminada a suplir las carencias gubernamentales para asegurar el orden público. Así también expresa COVIAN “El Ministerio Fiscal en la Historia...” Pág. 37 y 38 “Las Hermandades, unificadas después con el nombre de Santa Hermandad, que no eran otra cosa que asociaciones de vecinos u hombres libres, que con origen en el siglo XIII se mantuvieron para reprimir el bandolerismo y los crímenes cometidos en poblado con tal que el delincuente procediera del campo o de una población extraña. También se ocupa de otras infracciones como el incendio de una casa habitada, la violación y la resistencia armada a la justicia. se ha dicho de tales hermandades que constituyeron un instrumento inestimable de policía que reunió el doble carácter de perseguidor y Tribunal, supliendo en buena medida la ausencia del promotor en las justicias inferiores.”

⁹² MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 29 “Los distintos fueros municipales contienen similares referencias al funcionario que, con una u otra denominación se encarga de inspeccionar la función de la justicia y de colaborar con ésta en la persecución y castigo de los delitos. En el fuero Viejo, por ejemplo se hace mención a un “ome del Rey” que “anda con el Merino” hallándose encargado de cobrar los porcentajes debidos al Rey en las costas de los juicios. Merece resaltarse además de la referencia clara del defensor regio, la designación del acompañante de aquél es decir, el Merino. Ello es así por cuanto que los Merinos eran los jueces nombrados generalmente por los señores feudales. Esa yuxtaposición funcional entre el comisario del Rey y el designado por el señor para administrar justicia, refleja la preocupación real por controlar la administración de justicia, realizada por los señores o sus delegados”.

formas procesales, bajo las que subyace la idea de que el castigo de quienes han atentado contra el orden de convivencia establecida ha de ser tarea primordial del particular ofendido. Por lo mismo, las diferencias entre proceso penal y civil son prácticamente inexistentes y el principio “nadie responda sin querrela” rige la actividad en la mayoría de los fueros⁹⁴,

Pero poco a poco comenzó a quebrarse sin embargo a partir de los siglos XII Y XIII la concepción de que determinados delitos afectan no solo al perjudicado sino al conjunto de la comunidad constituye el punto de partida del llamado procedimiento de oficio y un decisivo paso en la evolución de las funciones y naturaleza del promotor fiscal. A través del procedimiento de oficio se dará entrada a la función investigadora oficial (pesquisa) atribuida en un primer momento a una persona nombrada específicamente para cada caso, para pasar después a formar parte de las atribuciones judiciales.

En lo que a nuestro estudio interesa, conviene advertir que ya en el fuero juzgo se puede empezar a distinguirse con cierta claridad dos tipos procedimentales en materia penal, por una parte, el clásico modelo acusatorio basado en la denuncia, en el principio de contradicción y en posición pasiva del juez. De otra parte, se advierte la progresiva introducción de llamado procedimiento de oficio que, sin estar regulado de forma expresa aporta nuevos modos en cuya filosofía se distingue un renovado planteamiento en el modelo procesal.⁹⁵

A tal suerte señala ALONSO ROMERO que la función de averiguación de la verdad real, el prominente papel del juez, la atribución al órgano jurisdiccional de la función investigadora y la reserva del mismo para determinados delitos graves constituyen principios que apuntan a un nuevo modelo procesal basado en el creciente interés público por la persecución y castigo de los delitos.⁹⁶

No obstante aún la función del fiscal como acusador público no aparece definida como tal, ya que la acusación estará, bien en manos de los particulares, bien en manos del juez responsable como lo estableciera el Derecho real, de influencia romano canónica y de impulso monárquico, para que las funciones públicas de defensa patrimonial forense se

⁹³ VALDEVELLANO “Curso de historia de las instituciones Españolas de los orígenes al final de la Edad Media,” Alianza editorial, Madrid 1986 Pág. 556.

⁹⁴ ALONSO ROMERO “El proceso penal en Castilla...” Pág. 4.

⁹⁵ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 66

⁹⁶ ALONSO ROMERO “El proceso penal en...” Pág. 10.

vayan sumando de forma progresiva y gradual, las funciones de acusación en la figura de los llamados **promotores fiscales**⁹⁷.

4.3 FRANCIA.

En Francia a principios del siglo XIV hace concebir el origen del Ministerio Fiscal en las figuras de los **procuradores reales de Francia**. Por otra parte consideran como orígenes más precisos del Ministerio fiscal la ordenanza de Felipe el Bello en la Francia de 1302 que de modo alguno tiene presente las referencias **al personero al defensor del patrimonio del rey o al procurador fiscal**.

Con lo que respecta al origen del Ministerio Público francés se desarrollo una teoría interesante⁹⁸ como lo es “La transformación de los procuradores privados en procuradores del Rey instituidos como magistratura pública.”

Se puede explicar esta teoría con la transformación misma de la monarquía. Mientras que el rey es, un Primus inter pares, sus únicos intereses descasaban en el ejercicio de tan alta señoría, así como en la administración de sus dominios.

Sus procuradores tenían limitada su función a sus derechos fiscales y patrimoniales. Sin embargo cuando la monarquía se convirtió en el centro de los intereses del Estado debió ocuparse el rey de la tutela del orden en la represión de los crímenes para lo cual precisaba ante las nuevas funciones una organización funcionarial más completa y adecuada. Esto ha de entenderse como el origen del Ministerio Público.⁹⁹

La aportación francesa en las instituciones **del Procurateur du roi y del Avocat du Roi**, han sido clásicamente consideradas como aproximaciones medievales al Fiscal. Se trata de figuras desordenadas al servicio de los intereses del monarca encargadas de defender el patrimonio privado del Rey que surgen de un estado de civilización y la ley no la crea sino la adopta.¹⁰⁰

⁹⁷ FLORES PRADA “El Ministerio fiscal...” Pág. 67

⁹⁸ Esta teoría la establece MEYER en Institución jurídicas Tomo II Pág. 435 y 436 citado por BARTOLOTTI “Digesto...” Pág. 534.

⁹⁹ BARTOLOTTI “Digesto...” Pág. 534

¹⁰⁰ MARTINEZ DALMAU “Aspectos constitucionales...” Pág. 36.

A tal situación manifiesta RUIZ GUTIERREZ Quien defiende “el innegable parentesco” entre el **advocatus fisci** y el **procurateur du roi**- “Trátense en efecto de funcionarios encargados de los intereses fiscales y en consecuencia de ejercitar las acciones criminales en aquellos casos en los que existan tales intereses. No hay diferencia fundamental entre ambos¹⁰¹

El **procurador du roi** de la Monarquía Francesa del siglo XIII, comienza siendo un abogado cualificado para la defensa de los intereses patrimoniales de la Corona que sólo después de un proceso evolutivo que curiosamente no tenía el paralelo respaldo legislativo sino que iba surgiendo de facto según surgían las concretas necesidades, va a ensanchar su presencia en la jurisdicción penal. ¹⁰²

Según HUET Se apunta la creación de los tribunales permanentes en Francia como el inicio de una concepción del Ministerio Fiscal. Que desplegaría su influencia al resto de Europa¹⁰³. Los reyes van a establecer su representación en los parlamentos por medio de un Presidente y de un Procurador ¹⁰⁴

Con lo que respecto al sistema de justicia penal no existía institución alguna encargada de perseguir las infracciones sobre la base del interés público en la imposición de la pena, la progresiva ampliación del interés público en defensa de la legalidad desde los intereses meramente patrimoniales hacia el interés por garantizar la paz pública desde el poder monárquico asegurando la persecución y castigo de los delitos, provocaron un cambio que permitió entrever a finales de la alta edad media la gestación de los factores para la progresiva asunción de los procuradores fiscales vinculados con la promoción de la justicia en el ámbito criminal.¹⁰⁵

¹⁰¹ RUIZ GUTIERREZ “Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Público en España” revista de Derecho Procesal número 3-1952 Pág. 407.

¹⁰² RUIZ GUTIERREZ “Algunas ideas...” Pág. 410

¹⁰³ BARTOLOTTI; “Digesto...” Pág. 533 “Hacia la mitad del siglo XIV puede decirse que en Francia el Ministerio Público comienza a presentar una dimensión funcional y estructural próxima a concepciones modernas. Así unan ordenanza de 1344 dictado bajo el reinado de Felipe VI estable con claridad las funciones acusatorias que en las causas criminales competen a los procuradores del rey se sucederán a partir de este momento diversas ordenanzas (1355,1360 y 1367) de entre las que destaca la de 22 de noviembre de 1371 por la que se ordena a los procuradores del rey especial cuidado para que ningún súbdito sea encausado sin información previa debidamente realizada, esto es, analizada cuidadosamente con buena deliberación por los jueces ordinarios del lugar”.

¹⁰⁴ HUET “Algunas observaciones...” Pág. 153.

¹⁰⁵ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 63.

Afirma el autor ALONSO ROMERO que “con la recepción del Derecho canónico y el extraordinario desarrollo de las penas pecuniarias, se produce un cambio de orientación en la actuación del fiscal, antes las figuras más o menos relacionadas con el fiscal se consideraban, ante todo, protectoras de los intereses privados del Monarca.

La recepción y más en concreto en Castilla, de la obra Alfonso X desarrolla la idea de rey como protector de la comunidad con la vigilancia del cumplimiento de las normas emanadas de él mismo. A la función privada de esos presuntos antecedentes del fiscal se une también ahora esa función de carácter público que se atribuye al monarca, el cumplimiento de la justicia, la persecución de los delitos. Su función pública es, por tanto, consecuencia de los intereses públicos del monarca su representado.

Los intereses del rey van adquiriendo progresivamente un matiz público, al tiempo que se perfila el delito como un ataque a la comunidad y se toma conciencia del interés que para ésta representa su persecución. El fiscal empieza a definirse como un órgano que promueve el interés público en estos dos aspectos, vigilando el funcionamiento de la justicia del rey, y ello tanto en el campo civil como en el penal.

FILANGIERE expresa que “Después de estudiar detenidamente los códigos de las legislaciones bárbaras no puede encontrarse alguna en la que el derecho de acusar fuese negado a ningún ciudadano y donde la calumnia y las acusaciones maliciosas estuviesen más gravemente perseguidas. Por ello, la acusación debe entenderse mucho mejor regulada en dichas naciones que en cualquiera de los estados más cultos de la Europa actual.¹⁰⁶”

4.4. LA EDAD MEDIA Y EL PRECEDENTE RELATIVO AL DERECHO CANONICO

Han existido muchos factores, a tomar en consideración en esta etapa de la Edad Media, de mucha importancia para la institución que estudiamos. El proceso de incorporación de cometidos penales a las tradicionales funciones patrimoniales del promotor fiscal, responde a una causa y aun modelo. La causa obedece a la necesidad de asegurar para la corona por medio del fiscal la percepción pecuniaria que acompañaba bien

¹⁰⁶ FILANGIERE “Scienza della legislazione Vol III; Delle Leggi criminali, Parte 1 cap. II in fine Pág.34

de forma principal o subsidiariamente la condena penal consecuencia del delito¹⁰⁷. La ampliación de funciones de la figura se produce tomando como base los modelos por una parte del procedimiento de oficio¹⁰⁸ y por otra el proceso inquisitivo canónico.

No han faltado autores que estiman que el Ministerio Fiscal como institución nace, en sus perfiles esenciales en el ámbito del Derecho Canónico como es el criterio del CARDENAL LERGA¹⁰⁹. La aproximación al estudio evolutivo del proceso seguido en el fuero eclesiástico¹¹⁰ pone de manifiesto cómo el origen de la institución del Promotor de Justicia, coincide con la instauración de la inquisición “**cum prosequente vel promovente**” esto es, la inquisición perseguida por una persona pública o privada distinta del Juez.

MONTERO GUTIERREZ Comenta que: “en una primera etapa era el Obispo quien juzgaba asistido de su presbiterio, sin sujetarse a formas jurídicas determinadas, ello no obstante en el proceso penal quien pretendiera someter a alguien a la jurisdicción del

¹⁰⁷ RUIZ GUTIERREZ “Algunas ideas...” Pág. 415. “La recepción del derecho romano operado bajo el reinado de Alfonso X “Las penas pecuniarias cobran un desarrollo extraordinario y basta para comprobarlo echar una ojeada al Libro IV del Fuero Real, donde se observa que apenas existe delito en el que no exista pena a favor del fisco. No cabe pues duda que sin precepto legal expreso el aumentar en grado tan enorme el interés fiscal en los procesos penales el fiscal incrementara, en la misma proporción su actuación en tales juicios y que dicha actuación cobre una importancia primordial. De este modo vamos viendo de qué manera la función del fiscal queda ligada a la defensa de los intereses públicos en cuanto son de naturaleza los intereses patrimoniales del monarca. Y como su actuación en la jurisdicción encuentra progresivamente acomodo a medida que el sistema de enjuiciamiento penal alcanza este interés público bien que en este momento sea principalmente por la vía pecuniaria derivada de las penas de naturaleza patrimonial”.

¹⁰⁸ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 69 La introducción del procedimiento de oficio será la vía que acabará por consolidar la intervención del fiscal en materia penal...” ALONSO ROMERO “El Proceso penal en Castilla...” Pág. 15 “ El procedimiento inquisitivo tiene su origen en la necesidad de transformación del originario procedimiento acusatorio canónico, “ este modo de persecución de los delitos comenzó a perder importancia a partir del siglo XIII para dar entrada a otro medio mucho más enérgico y eficaz, perfilado durante el pontificado de Inocencio III (1198 : 1216) En el procedimiento inquisitivo instaurado con las Decretales (1234) las funciones de acusación quedaron atribuidas en su primer momento, bien a los propios obispos y arzobispos encargados también de pronunciar la sentencia, bien a inquisidores nombrados ad hoc con la misión de remitir, una vez conclusa, el resultado de la investigación.

¹⁰⁹ CARDENAL LERGA “Comentario sobre los juicios eclesiásticos” citado por MONTERO GUTIERREZ en su contestación al discurso pronunciado por PRIETO CASTRO el 20 de abril de 1953 con ocasión de su recepción pública de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Citado por MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 26.

¹¹⁰ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 68 establece: “Frente a la dispersión que se vivió en la Alta Edad MEDIA, LA Baja edad Media es un periodo caracterizado por la búsqueda de la uniformidad en lo político y en lo jurídico. De forma progresiva se van perfilando los elementos esenciales en a definición de la organización política, pueblo territorio y administración. A la evolución de este proceso contribuyen de manera decisiva dos factores, por una parte la elaboración y recepción del **ius connune** y por la otra la concentración del poder mediante el fortalecimiento de la institución monárquica. Conviene señalar además que en la Península este proceso sufre una aceleración cuyas causas se cifran en el hecho de la reconquista como factor en si mismo unificador, junto al hecho de que en España no existiese propiamente una organización jurídico feudal.”

obispo, había de amonestarlo previamente delante de dos o cuatro testigos”¹¹¹. Que esa acusación llamada “**denunciatio evangelica**” si bien no pertenecía propiamente al derecho penal influyó de manera especial en la “**denunciatio judicialis**”¹¹²

En el periodo de tiempo comprendido entre los siglos IV Y IX, la iglesia conoció la vigencia de la forma acusatoria. El acusador había de presentar un “**Libelus acusatorius.**” por otra parte, las normas procesales del derecho canónico acabaron imponiendo la innovación consistente en perseguir a los difamados por fama pública a fin de discernir si el rumor público tenía o no fundamento.

Con este último fin la iglesia usó dos medios distintos la “**Purgatio canonica**” propia del Derecho Germánico, en virtud de la cual, cuando no había prueba decisiva de la acusación podía el acusado librarse de la pena jurando con varias formalidades junto a otras personas que jurasen con él y la inquisición institución genuinamente eclesiástica.¹¹³

Con la llegada al pontificado de Inocencio III se inicia una nueva etapa en materia procesal que llevará a la superación de los dos procedimientos clásicos que, hasta entonces, servían de marco a la labor de la justicia eclesiástica: el procedimiento acusatorio y el procedimiento contra el difamado. En efecto, aquél pontífice va a introducir el procedimiento inquisitorial que, en buena medida, ya se había ido dibujando con anterioridad en la praxis de los Tribunales.

A lo largo del siglo XIV surgen los **Procuradores o Promotores**¹¹⁴ a quienes los obispos van a confiar la misión de denunciar y de perseguir los hechos delictuosos. A ellos se confía la defensa de los intereses episcopales, la represión de los delitos y la defensa de

¹¹¹ MONTERO GUTIERREZ “En su contestación....” citado por MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 27.

¹¹² MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 27 FLORES PRADA “El Ministerio ...” Pág. 74 “ Por cuanto respecto al enjuiciamiento penal, viene a recoger las partidas la convivencia entre el sistema acusatorio y un pujante procedimiento inquisitivo asentado sobre el fortalecimiento del poder real y acompañado de un creciente interés exhaustivo, resulta oportuna destacar, de una parte, cómo el deber de denuncia y a no llevar aparejada, en todo caso, la conversión del denunciante en parte acusadora, existe por el contrario un deber público tanto del rey como de los jueces de investigar aquellos delitos que tuvieron conocimiento a través de la denuncia pública. De otra parte conviene tener presente la estrecha relación que queda establecida entre los delitos de que tuvieron conocimiento el rey o los jueces por la vía citada con la apertura de una investigación oficial a través del procedimiento de la pesquisa

¹¹³ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 27.

¹¹⁴ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 71 “ Así parece oportuno recordar que del procedimiento inquisitivo canónico bien pudo servir como modelo para concretar o perfilar la intervención procesal del procurador fiscal en la jurisdicción ordinaria pero, como ya quedó puesto de manifiesto, tanto la figura del promotor fiscal (personero o defensor del patrimonio real) como su legitimación para intervenir

los huérfanos, de las viudas y de los oprimidos. En el siglo XVI desaparecerán los llamados “**testes sinodales**” confiándose a los **Fiscales episcoporum** la vigilancia del cumplimiento de las leyes¹¹⁵ y los delitos.¹¹⁶

Apunta MARCHENA GOMEZ que existe cierto paralelismo entre **El Defensor del Vínculo** de los procesos matrimoniales y relativos a las órdenes sagradas y **los Promotores de Justicia** si bien con distintos matices, en función de sus respectivas peculiaridades.¹¹⁷

El defensor del Vínculo fue creado por Benedicto XIX en su constitución “*Dei Miseratione*” de 3 de noviembre de 1741. Este nace ante la necesidad de superar las frecuentes declaraciones de nulidad de matrimonios canónicos con origen en la colusión de los litigantes y la negligencia de algunos tribunales eclesiásticos. Resultaba indispensable pues conformar un órgano procesal encargado de defender ex officio la institución matrimonial y de recurrir ante el Tribunal superior cuando el inferior dictaba sentencia declarado la nulidad del matrimonio.¹¹⁸

4.5 LA EDAD MEDIA Y SU ANTECEDENTE RELATIVO AL ANTIGUO REGIMEN DEL ESTADO ABSOLUTO.

“Con la victoria de los Reyes Católicos en la guerra civil de 1474 a 1480 se abrió así en Castilla la fase de afianzamiento definitivo de aquel modelo de organización política que propugnaba el fortalecimiento del poder real¹¹⁹ hasta el absolutismo.¹²⁰”

procesalmente en defensa del interés público datan de momentos históricamente anteriores a la instauración del procedimiento inquisitivo canónico”.

¹¹⁵ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 71. “Junto a la herencia del *Liber iudiciorum*, complementa las principales obras legislativas de la época los textos del *Espéculo*, el *Fuero Real* de (1252 y 1255) y *Las partidas* (1263) publicadas bajo el reinado del Alfonso X el Sabio. En el *Especulo*, obra marcada por e precedente romanista del *Liber* y de la que no se conservan los títulos referidos alas acusaciones y a las penas sí destaca, sin embargo, la continuidad de la institución en la mención aun personero que representa al Rey en los pleitos en los que deba ser parte. Junto al *Especulo*, conviene subrayar algunas notas sobre las funciones del procurador fiscal tanto en el *fuero Real* como en las *Partidas*. En el *fuero real*, las principales novedades se centran, más que en el propio texto que no modifica en mucho lo ya dispuesto en el *Fuero juzgo* en las llamadas leyes del *Estilo*, cuerpo de leyes de aplicación e interpretación del *Fuero real* y de las otras disposiciones del rey o de las Cortes, en las que se fomenta la pesquisa y el procedimiento de oficio en detrimento del procedimiento acusatorio”

¹¹⁶ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 27

¹¹⁷ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 27.

¹¹⁸ MONTERO GUTIERREZ “Contestación...” citado por MARCHENA GOMEZ en el “Ministerio...” Pág. 28.

¹¹⁹ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 69. “La importancia que para la evolución del Ministerio Fiscal representa esta etapa no debe resultar difícil de entender. El Ministerio Público dentro del Contexto Jurídico

Los Reyes Católicos imprimieron a este proceso dos características fundamentales. Por una parte su labor se concretó más que en innovaciones radicales, en fortalecimiento y desarrollo del aparato de gobierno que se había ido gestando durante la Baja Edad Media, al compás de los nuevos tiempos que a la sazón se inauguraron, ahora se dota de una efectividad inusitada a las viejas instituciones y experimenta un notable desarrollo el conjunto de oficiales que las sirve. Por otra parte, Hay que destacar el gran esfuerzo desplegado por estos monarcas para lograr la efectiva implantación del Derecho Real.¹²¹

Con lo que respecta a los fundamentos jurídicos políticos del Estado absoluto, se comenzará a partir de 1492 cuando bajo el reinado de los Reyes Católicos se instaura la unidad política y jurídica de España, sentándose las bases para la Construcción del Estado absoluto.

En este período la justicia en general y singularmente, El Ministerio Fiscal continuará siendo un instrumento de extraordinaria utilidad a los efectos de instaurar y mantener la unidad territorial y política bajo la Monarquía absoluta. De esta manera el despliegue de una Administración de justicia común a todo el territorio servirá como elemento de uniformidad para dar cohesión al nuevo Estado, monopolizar desde el poder el uso legítimo de la fuerza y asegurar el cumplimiento de las leyes como máxima expresión de la autoridad real.¹²²

político esbozado, acabará convirtiéndose en un instrumento al servicio tanto de a unidad como de la afirmación del poder real. Además será éste el período en que la institución amplíe sus funciones, incorporándose a las tradicionalmente desempeñadas en el ámbito hacendístico, las funciones de defensa pública de la legalidad en materia criminal como órgano que gradualmente irá incorporando a sus atribuciones el cometido de asegurar la persecución de los delitos mediante el ejercicio público de la acción penal. Así también al respecto. LOPEZ AMO MARIN “El derecho penal español en la baja edad media” en anuario de Historia del Derecho español XXXVI, 1956 Pág. 557 “ Es propio de esta época concebir el Derecho como una función del Estado esta concepción, e el campo del derecho criminal atribuye a la autoridad pública no sólo la jurisdicción y la ejecución de las penas, sino el exclusivo interés en el castigo del reo” La venganza se erradicará desde dos frentes, de un lado mediante la imposición de un sistema de penas de derecho pública, la segunda es la conquista del procedimiento inquisitivo pues e poder estatal se encuentra mutilado, si aunque sea él quien imponga la pena solo puede hacer a instancia del ofendido.” Señala también TOMAS Y VALIENTE “El derecho Penal de la Monarquía absoluta Tecnos 2da edición Madrid 1992 Pág. 156 “Se trataba de absorber la justicia penal entre partes, elevándola al ámbito de interés público y poniéndola bajo la tutela del poder real, se quería superarla verdad admitida entre las partes para perseguir la verdad material y se procuraba también con todo ello, obvio es decirlo, el fortalecimiento del poder del rey que con tan formidable instrumento a su alcance lograba ser temido y por ese camino conseguía imponer su voluntad y dominio en muchas ocasiones.”

¹²⁰ GARRIDA “La audiencia y las Chancillerías Castellanas (1371-1525) Centro de Estudios constitucionales, Madrid 1994. Pág. 131.

¹²¹ GARRIDA “La audiencia y las Chancillerías...” Pág. 131.

¹²² FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 86

Señala ALONSO ROMERO “Los Reyes y sobre todo Isabel y Fernando, ocupados de manera especial en fijar los contornos de esta institución –claro esta el Ministerio Fiscal- que hasta ellos no habían llegado claramente delimitados hicieron del **Procurador Fiscal** una institución directamente vinculada a los intereses de la monarquía en un triple aspecto, Patrimonial, de justicia y defensa de la realeza¹²³.”

A lo largo de este período histórico y hasta las transformaciones que darán lugar al Estado de Derecho, la institución avanza en la definición de su naturaleza, claramente vinculada a los intereses de la Monarquía.¹²⁴ Se organiza territorialmente sobre la base de los **Consejos y las Chancillerías** y finalmente amplía sus funciones asumiendo, junto a la tradicional defensa de los intereses públicos patrimoniales un claro protagonismo en el ejercicio de la acción penal.

Conforme a la norma general, desde los Reyes Católicos, el nombramiento de Procurador Fiscal tiene carácter indefinido. Los reyes católicos adscribieron dos procuradores Fiscales a los tribunales quienes recibieron el concreto encargo legal de ser portadores de la acusación pública¹²⁵

¹²³ ALONSO ROMERO “El Proceso penal en Castilla...” Pág. 148

¹²⁴ ALONSO ROMERO “El Proceso penal en Castilla...” Pág. 148

¹²⁵ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 31 “Los procuradores fiscales dotados estos de la nota de permanencia, La inicial asistencia de dos procuradores fiscales en el consejo real, fue extendida a las Chancillería primero la de Valladolid y después la de Ciudad Real, siendo está última trasladada con posterioridad a Granada. El nuevo sistema de adscripción de fiscales a los tribunales permanentes, se generalizó a los distintos órganos judiciales creados y que se fueron creando sucesivamente desde los primeros reinados de La Monarquía austríaca, como aconteció con las reales Audiencias de Galicia, Sevilla, Canarias y otras. Así también apunta LOPEZ SERRANO “El Ministerio Público...” Pág. 297. “Conviene sin embargo precisar cómo el órgano encargado de la acusación pública limita su presencia única y exclusivamente a los tribunales superiores de carácter permanente. Puede leerse en las Ordenanzas de Medina la visión que los Reyes Católicos tenían de la institución “porque según la confianza que hacemos de los Procuradores fiscales que han de estar en cada una de nuestras Chancillería, es muy cumplidero a servicio nuestro y ejecución de nuestra justicia que éstos entiendan solamente en causa a nos tocantes SE concretan en la Novísima Recopilación ley 4 título 17 libro V que a cada y cuando vinieran a las nuestras audiencias algunas apelaciones sobre la punición de otros pecados públicos y de otros crímenes y delitos en que nuestros corregidores y otras justicias proceden de su oficio el nuestro Procurador fiscal circunscrita a los Tribunales superiores creados por los Reyes católicos queda suficientemente explicativa en la Ley 6 título 33 libro 12 de la Novísima Recopilación. En la cual se dispone que “ ante las justicias ordinarias... no hayan ni se pongan ni nombren fiscales que generalmente tengan cargo de acusar y pedir... salvo...cuando algún caso se ofreciera que sea de calidad que convenga proceder en él de oficio, y que haya fiscal. Que entonces para aquel caso pueden poner y criar un promotor Fiscal que pueda proseguir y fenecer aquella causa y no más. De esta manera RUIZ GUTIERREZ “algunas ideas...” Pág. 467 “más ciudades y provincias sujetaron los Reyes católicos con el temor de la justicia, que con el rigor de las armas” añadiendo que “Las audiencias fueron un medio poderoso para avasallar la nobleza, porque compuestas de letrados, revestidas con toda la autoridad del rey, fuertes por su índole colectiva y lisonjeadas además con las honras y mercedes de la corona, no se dejaban gobernar por los grandes, ni les perdonaban sus cohechos ni consentían sus desafueros”

En un principio, había uno en cada Chancillería, pero desde 1503 se dispuso que residieron dos en Valladolid mientras que en Granada el titular de su única Fiscalía estaba facultado, cuando menos al final de período que estudiamos, para designar lugarteniente que coadyuvase en el ejercicio de sus atribuciones.¹²⁶

Con lo que respecta al desarrollo del Ministerio Fiscal en esta época en Francia siguió caminos paralelos a la trayectoria española. En el proceso de unificación político francesa suele citarse el establecimiento de los tribunales permanentes como el inicio de una concepción de Ministerio Fiscal que desplegará su influencia al resto de Europa. Como se ha dicho bajo el reinado de Felipe el Bello se instituyen los Parlamentos de París, Rouen y Toulouse, ante los cuales y en representación del rey se sitúa un presidente y un procurador.¹²⁷

Con lo que respecta a esta etapa en Francia la institución del Ministerio Público y con lo que respecta a la Justicia criminal se encontró completa y definitivamente instituido con **L Ordonnace criminelle** de 1670. Aunque en el siglo XVI bajo la influencia de la **Regalía** en Francia se encuentran noticias de ciertos funcionarios que, en las zonas donde aún se encontraba en vigor el derecho estatuario o municipal, desempeñaban las funciones del Ministerio Fiscal los llamados **prevot le comte** o **prevot monsieur**, quienes tenían como principal función el sostenimiento de la acusación ante la magistratura judicial en calidad de representantes del poder real.¹²⁸

Con lo que respecta a la **L Ordonnace criminelle** a los procuradores generales se les reconoce, entre otras atribuciones la iniciativa de la persecución criminal el derecho de consignar los testimonios, el conocimiento de toda información relacionada con la comisión de delitos y el carácter preceptivo de sus conclusiones en todo decreto emitido y en toda libertad concedida. Junto a las mencionadas atribuciones, el reglamento de 1684 completará la constitución del Ministerio Público sobre la base del principio de la dependencia jerárquica. Así los funcionarios del Ministerio Público dependían siempre y en todo caso de la autoridad superior de la cual emanaba su poder.

¹²⁶ GARRIDA “La audiencia y las Cancillerías...” Pág. 299.

¹²⁷ GARRIDA “La audiencia y las Cancillerías...” Pág. 299.

¹²⁸ BAUCHOND “La justice criminelle du magistrat de Valenciennes au mover áge, París 1904 Pág. 56 citado por BORTOLOTTI “Digesto...” Pág. 534

Un documento fechada en 1730 completa la dependencia con el principio de unidad al quedar fijada la obligación de los procuradores ante los parlamentos de rendir cuentas únicamente al rey del desempeño de su oficio¹²⁹.

En esta etapa que como antes quedó consignado se estudia a partir de los Reyes Católicos, el Fiscal participa de la articulación territorial de una administración de justicia permanente y de una delimitación de sus funciones, y parece ser como lo explica GARRIDA no existe ruptura con periodos anteriores en lo que se refiere a la creación de un órgano o institución nueva y desconocida tomando en consideración que la función del procurador fiscal era, genéricamente, la representación y defensa de los intereses del Rey en sus más variadas manifestaciones. De ahí que fuese un oficial de la Chancillería propiamente dicha y en consecuencia actuase en todos sus tribunales.¹³⁰

Según FLORES PRADA “puede establecerse con claridad una línea de evolución que une a los procuradores fiscales de la Baja Edad Media con los procuradores fiscales, promotores fiscales o simplemente Fiscales de su Majestad¹³¹,”

Lo importante a tener en consideración es que dentro del periodo del Estado absoluto se asiste una mayor elaboración en la organización y planta de la institución que estudiamos así como una cierta y más clara delimitaciones de sus funciones¹³².

Los Reyes Católicos dispusieron¹³³ que los Procuradores Fiscales no estuviesen sólo en la Casa y Corte del Rey sino también en las Chancillerías. Desde los inicios del Estado absoluto y en consonancia con una concepción de la justicia como función centralizada y

¹²⁹ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 89

¹³⁰ GARRIDA “La audiencia y las Chancillería...” Pág. 300

¹³¹ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 89

¹³² FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 89 establece “ En la ley 38 de las Cortes de Toledo antes citadas se contiene la siguiente disposición: “exercita, se siguen del grandes prouechos enla esecución de la nuestra justicia e nuestra hacienda, por ende ordenamos e mandamos que de aquí adelante los nuestros procuradores fiscales que estan o estouieren en la nuestra casa e corte e en la nues corte e chancilleria non pidan nin leuen derecho nin salario alguno de las partes nin del actor nin del acusado nin por desistencia que aya de fazer e que faga juramento con uno dellos, los de nuestra corte en el nuestro consejo e el de la nuestra chancilleria ante los uestros oydores, que usaran de sus oficios byen en fiel e deligentemente fasta los acabar e fasta queles sea mandado lo contrario por quien lo pudiera mandar, e que non ayudares en causas criminales a los reos nin en las causas ceuiles contra nos nin contra nuestro fisco nin en las causas que veresimiliter que presuma que pertenescen a la nustra camar nin contra alguna de lo suso dicho non vayan ni pasen...” Ver la ordenanza de Piedrahita de 1486 capitulo LVI y las Ordenanzas de Medina de 1489 capitulo 59

¹³³ En las cortes de Toledo en el año de 1480 ver Ley 36 de las cortes celebradas en Toledo

dependiente del poder Político, la figura del Fiscal irá extendiéndose de forma gradual a todos los Tribunales permanentes.¹³⁴

Un aspecto que no puede pasar inadvertido durante este período es lo relativo a la organización de los procuradores fiscales, si algo ha quedado claro es el principio de dependencia externa que constituyo un elemento implícito desde los orígenes de la institución.¹³⁵ Ahora bien con lo que corresponde al principio de unidad de actuación es incorporado hasta bien entrado el siglo XIX en virtud y a merced del adagio francés según el cual el Ministerio Público es uno e indivisible.¹³⁶

La influencia francesa que penetra en España con la dinastía Borbón y por ende determina uno de los puntos de inflexión en la trayectoria histórica del Ministerio Fiscal. La centralización de la administración en el modelo francés y con ella la justicia alcanza aunque solo transitoriamente al Ministerio Fiscal español¹³⁷ es por ello que en año de 1713 y aprovechando los vientos de uniformidad que inspiraron los decretos de nueva planta, el cuerpo quedará reducido a un fiscal general y dos abogados fiscales aunque años después fracasará dicha organización.¹³⁸

¹³⁴ HUET “Algunas observaciones...” Pág. 462. “En cuanto a la administración de justicia se refiere, las ya existentes Chancillerías de Valladolid y Ciudad Real está ultima trasladada a Granada en 1505 forman la base sobre la que se estructura una unidad judicial que progresivamente se va consolidando mediante la creación de tribunales superiores permanentes” MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 31 explica “Que el nuevo sistema de adscripción de fiscales a los Tribunales permanentes se generalizó a los distintos órganos judiciales creados y que se fueron creando sucesivamente desde los primeros reinados de la casa de Austria, como aconteció con las Reales Audiencias de Galicia, Sevilla, Canarias y Otras.”

¹³⁵ Así lo señala FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 91

¹³⁶ CORONAS “Ilustración y Derecho...” Pág. 44. “Con anterioridad a la instauración del Estado liberal en España tan sólo existió un intento para centralizar, jerarquizar internamente y dotar de unidad de actuación al Ministerio Fiscal. en este orden de ideas señala LOPEZ LOPEZ “Estructura Orgánica del Ministerio Fiscal español” en XI Congreso de la Unión Progresista de Fiscales, Sevilla, 17 al 19 de octubre de 1996. Pág 87 “Las ordenanzas del Consejo de Castilla de los siglos XVI y XVII reconocían al Consejo una Autonomía funcional muy apreciable, por lo que durante la monarquía de los últimos Austrias, llegó a adquirir un protagonismo inusitado, que levantó los recelos de los primeros borbones, de educación francés y centralista, una vez que accedieron a la Corona. Haciendo uso del viejo axioma “Divide y vencerás” el primer borbón Felipe V, por Decreto de 10 de noviembre de 1713 separó la presidencia del Consejo de Castilla en cinco, revocables e independientes, y de paso reorganizó la Fiscalía, poniendo al frente de ella a un Fiscal General que, con dos abogados generales, dos sustitutos del Fiscal y cuatro secretarios en jefe, dependía directamente del Monarca.” Menciona también CORONAS “Ilustración y Derecho...” Pág. 47 “Que en el preámbulo del citado decreto queda patente la finalidad de la reforma de la Fiscalía como “Una institución llamada a vertebrar un poder efectivo sobre el antiguo Consejo de Castilla, y que en este sentido, poco tenía que ver con los anteriores fiscales de quienes le separaba su primordial función política como agente del poder real en el Consejo.”

¹³⁷ CORONAS “Ilustración y Derecho...” Pág. 44.

¹³⁸ FLORES PRADA “El ministerio...” “Mal parece que se adaptaba España al centralismo de la nueva dinastía ya que sólo dos años después el Rey tuvo que dar marcha atrás y por Decreto de 9 de junio de 1715 se dispuso que la Fiscalía se restituyese a la antigua forma” ver al respecto también Ley II Titulo XVI libro IV

Puede decirse que durante esta época los fiscales de su majestad en los tribunales superiores ejercían su ministerio con absoluta independencia, sin más oficiales inferiores que e los auxiliares inmediatos en los Tribunales respectivos. Tampoco tenían comunicación entre sí ni subordinación verdadera los Fiscales en las Audiencias respecto de los del consejo.¹³⁹

Con respecto a la estructura orgánica de los procuradores fiscales, resulta oportuno señalar cómo, junto a la progresiva adscripción de Fiscales a los Tribunales permanentes tiene lugar, paralelamente y por causa de la progresiva ampliación y complejidad del aparato de la justicia, un crecimiento interno de la institución a través de la figura de los **sustitutos**, en este sentido debe señalarse que en estos años lo que pudiéramos considerar como la Fiscalía General del Estado estaba compuesta por un Fiscal, nombrado por el rey, y un nuevo variable de sustitutos, cuya actuación en el consejo, todo hay que decirlo no aparece que fuera vista de buen grado por los Consejeros pues enseguida propusieron al emperador Carlos V la necesidad de contar con dos fiscales de número, por considerar poco conveniente servir este oficio por meros sustitutos¹⁴⁰

Un dato clave con relación al desenvolvimiento histórico del Ministerio Fiscal data que tiempos de Felipe II¹⁴¹ consta el cambio de denominación de los **procuradores fiscales** por el de **Fiscales de su majestad**¹⁴²

de la Novísima Recopilación, en Códigos antiguos..., Tomo II Pág. 1067 “Anulado el empleo de Fiscal General y el de los abogados generales, es mi voluntad se restituya a su antiguo método y manejo la Fiscalía del Consejo de Castilla, y considerando que, por la importancia y mayor numero de negocios, que se han aumentado con la agregación de los Reinos de Aragón y Valencia y ahora Cataluña, siendo un solo el fiscal, puede detenerse y atrasarse el despacho de ellos en perjuicio de mi servicio he resuelto, que en adelante hayan de ser dos los Fiscales encargándose el uno de los negocios y dependencia civiles y el otro de las criminales.” De esta forma también LOPEZ LOPEZ “Estructura orgánica...” Pág. 164 “La organización del Ministerio fiscal a lo largo del siglo XVIII. Junto a los dos fiscales del Consejo, el más antiguo ocupaba de los asuntos civiles del reino de Castilla y el más moderno de los asuntos criminales y los civiles del reino de Aragón, auxiliado cada uno por un agente fiscal en lugar de los anteriores sustitutos, existían otros fiscales de la monarquía. Así existían fiscales ante los demás consejos (de Estado, Guerra, Indias, Hacienda, etc.) y ante las distintas instancias judiciales (Alcaldes, Corregidores, Chancillerías y Audiencias) Todos estos fiscales carecían señala LOPEZ LOPEZ de una estructura orgánica común y, lógicamente, tampoco estaban subordinados los unos a los otros en el desempeño de sus funciones, que ejercían con la más absoluta de las autonomías. Si parece que, dado el rango de primer consejo de la monarquía que tenía el de Castilla, su Fiscalía representaba la cúspide administrativa de la carrera fiscal.”

¹³⁹ HUET “Algunas observaciones...” Pág. 164.

¹⁴⁰ LOPEZ LOPEZ “Estructura orgánica...” Pág. 165.

¹⁴¹ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 33. “Con el cambio de nombre a Fiscales de su Majestad, adscribieron dos fiscales a cada una de las Audiencias O Chancillerías es decir Valladolid, Ciudad Real, Granada, Galicia, Sevilla y Canarias”

¹⁴² HUET “Algunas observaciones...” Pág. 160 y 161 “ La reglamentación de su aspecto externa era imponiendo el uso de toga o garnacha así como barba larga a imitación de los senadores romanos para los

Felipe V¹⁴³ en el año de 1713 va a representar una referencia obligada en cualquier estudio evolutivo del Ministerio Fiscal, pues no en vano en ese año retocó la organización del instituto, creando la figura de un jefe del que habrían de depender los demás miembros del Ministerio. En una primera etapa el Cuerpo quedó reducido a un Fiscal General y dos Abogados Fiscales en 1715 se amplió considerablemente el número de funcionarios adscritos al Ministerio Fiscal¹⁴⁴.

Carlos III el 1 de mayo de 1767 por un decreto, amplía orgánicamente el Ministerio Público¹⁴⁵, y exige una puntualización en la medida en que los agentes fiscales que se establecieron en los consejos, chancillería y audiencias del reino¹⁴⁶, eran funcionarios que no se hallaban facultados para desplegar las funciones y cometidos propios del ministerio fiscal. Su verdadera naturaleza era la de unos meros auxiliares de los fiscales¹⁴⁷, sin carácter ni responsabilidad decisoria¹⁴⁸

Como procuradores del rey y promotores de justicia los fiscales impulsaron animados por este doble título legitimador, la larga serie de reformas que exigió la sociedad de su época imbuidos en algún caso de los ideales filantrópicos de la Ilustración,

mismos así como la disposición de dos procuradores fiscales uno de ellos encargado de las causas civiles y el otro de las criminales.”

¹⁴³ FLORES PRADA “El ministerio...” Pág. 93 dice “Tras el fallido intento de trasplantar la organización francesa a nuestro Ministerio fiscal protagonizado por Felipe V”

¹⁴⁴ MARCHENA GOMEZ “El ministerio...” Pág. 34.

¹⁴⁵ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 93. “la disposición más importante en la línea de ampliar gradualmente la plantilla y estructura interna del Ministerio fiscal corre a cargo de un monarca profundamente reformista como Carlos III” de igual línea de pensamientos CORONAS “Ilustración y Derecho...” Pág. 52 y 53 “Junto al aspecto organizativo como una de las aportaciones de mayor calado político del mencionado Decreto, la disposición de que la Fiscalía de la Cámara fuese servida por la Fiscalía de lo civil del Consejo sería la vez Fiscal de la Cámara del Rey, “ello significó un aumento considerable del influjo político y administrativo del primer fiscal de la monarquía como fiscal de la Cámara y del Consejo...”

¹⁴⁶ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 94 “Consistía más bien, en una ampliación burocrática ya que estos Agentes no deben ser considerados miembros del Ministerio Fiscal sino auxiliares de los mismos sin responsabilidad.”

¹⁴⁷ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 34 “Sus funciones se reducían a tomar los autos y firmar el recibo en el libro de conocimientos de las Escribanías de Cámara, así como llevarlos a los Fiscales, examinarlos y hacerles una relación de su resultado, extender los escritos en los términos y cuando aquéllos selo mandaba, cuidar de poner en limpio lo que escribían los propios fiscales y devolver los autos despachados a la Escribanías. LOPEZ SERRANO “El Ministerio Público...” Pág. 301 y 302 establece “En definitiva venían a ser unos auxiliares confidenciales de los Fiscales, sin ninguna consideración legal en el ejercicio del Ministerio Público, puesto que ni firmaban ni se entendían con ellos las actuaciones hasta el punto que las mismas notificaciones debían de realizarse en la persona del fiscal”.

¹⁴⁸ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 34 “ Cada fiscal tendrá dos agentes fiscales para su despacho, a cuyo fin los dos de la cámara servirán promiscuamente en los negocios de la Cámara y del Consejo, como lo tengo resuelto en decreto 1 de mayo de 1767, sin extinguirse estas dos plazas en el caso de sus vacantes, no obstante lo que previene en el mismo decreto y vengo en que se cree una nueva plaza de

promovieron en ocasiones reformas encaminadas a mejorar la condición social y económica de los que todavía considerados súbditos. A alguno de ellos se deberá la realización efectiva del espíritu de progreso y beneficencia que caracteriza al siglo, a través de unos dictámenes en los que brilla la fuerza de una razón nueva no sólo jurídica sino también histórica¹⁴⁹.

No deja de resultar significativo como lo señala CORONAS que algunos de los principales reformadores ilustrados en la España del Siglo XVIII fuesen miembros del ministerio Fiscal, entre ellos estuvieron Macanaz quien fue impulsor de la reforma de 1713, Campomanes quien pudo desplegar toda su fecunda laboriosidad a favor del pueblo y del rey, y sus dos grandes referencias políticas en la pugna abierta con las grandes clases privilegiadas de la monarquía.¹⁵⁰

A partir pues de los Reyes Católicos y durante el período histórico que comprende la monarquía absoluta, el Ministerio Fiscal, verá consolidada en incrementada su presencia en los Tribunales de Justicia, crecerá en funcionarios, mantendrá el principio de dependencia externa y conoció un intento fallido pero no premonitorio de una centralización y unificación funcional¹⁵¹

4.6 LA EDAD MEDIA Y EL ANTECEDENTE DEL ESTATUTO FUNCIONAL DEL FISCAL EN LA MONARQUÍA ABSOLUTA.

La tendencia hacia la expansión de las funciones del procurador fiscal, iniciada ya en los compases finales de la Baja Edad Media, constituye uno de los elementos que caracterizan la evolución de la institución en el Estado Absoluto. La ampliación del estatuto funcional del fiscal y su efecto directo en el desarrollo de su estructura orgánica enlazan de forma lógica con el planteamiento que inspira el sistema político vigente para la monarquía absoluta.¹⁵²

agente fiscal, para que con ella se verifiquen las seis que propone el consejo” (Real resolución de Don Carlos III, data de 19 de junio de 1769 incorporada en la Novísima Recopilación Ley VII; Título XVI; Libro IV.

¹⁴⁹ CORONAS “Ilustración y Derecho...” Pág. 92.

¹⁵⁰ CORONAS “Ilustración y Derecho” Pág. 53

¹⁵¹ FLORES PRADA “El ministerio...” Pág. 95.

¹⁵² FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 96.

En la evolución que experimento el Fiscal a lo largo de la monarquía absoluta es posible observar como lo manifiesta ALONSO ROMERO “Como con el tiempo y dentro del complejo conjunto de funciones que se atribuyen a la institución, va tomando cuerpo una idea vagante avanzada en las ordenanzas de los Reyes Católicos para la Audiencia de Valladolid, “la concepción del Fiscal como celador del cumplimiento del Derecho”, cuya salvaguarda debe ser considerada su principal misión.¹⁵³

El interés público es la carta de legitimación que permite la intervención del Estado en muy diversos y cada vez más crecientes sectores de la vida jurídica y social. En este contexto la defensa pública de la legalidad adquiere importantes concreciones, no sólo en la protección del patrimonio e intereses del rey sino en los campos civil y principalmente penal, en los que el interés público va cobrando cada vez mayor protagonismo.¹⁵⁴

Con relación a las competencias civiles y dada la distribución de trabajo entre los fiscales del consejo todo lo que no formara parte de la intervención del procurador fiscal en la justicia criminal habría de ser considerado como competencia civil¹⁵⁵. Debe decirse, pues que las competencias civiles constituyen un complejo y variado cajón de sastre en el que quedan incluidas materias de muy distinta naturaleza.¹⁵⁶

La penetración en España de la nueva filosofía ilustrada determinó en la segunda mitad del siglo XVIII; una ampliación considerable de la intervención de los fiscales del Consejo¹⁵⁷ en la tarea reformadora del Estado.¹⁵⁸

En materia criminal como comenta el autor HERRERO HERRERO “es de destacar que el aumento cuantitativo del conjunto de funciones atribuidas al Ministerio Fiscal en este período viene acompañado de un salto cualitativo con respecto a una de ellas, el

¹⁵³ ALONSO ROMERO “El proceso penal en Castilla...” Pág. 156.

¹⁵⁴ FLORES PRADA “El ministerio...” Pág. 95.

¹⁵⁵ ALONSO ROMERO “El proceso penal en Castilla...” Pág. 183 “Teniendo en cuenta que no existe una clara sistematización normativa sobre la intervención del Fiscal en las causas civiles, es posible establecer un criterio general de intervención de la institución en todos aquellos pleitos en que estuviese interesada o afectada de alguna manera la Cámara o los intereses públicos o privados del Rey. Hasta mediados del siglo XVIII la actividad civil de los fiscales se centra, principalmente en la defensa de los intereses hacendísticos del patrimonio real, en la defensa de la real jurisdicción ordinaria, en la intervención en los pleitos de hidalguías y en todas las causas sobre reversión de bienes a la Corona.”

¹⁵⁶ FLORES PRADA “El ministerio...” Pág. 95.

¹⁵⁷ CORONAS “Ilustración y Derecho...” Pág. 183.

¹⁵⁸ FLORES PRADA “El ministerio...” Pág. 96 “Sin abandonar el ámbito contencioso, los dictámenes fiscales empiezan a abordar, a propósito de cuestiones que van suscitándose a la Corona, materias tan variadas como el control gubernativo y doctrinal de las universidades, la vigencia de fueros, la regulación en el uso de trajes

ejercicio de la acción penal, debemos de considerar, manifiesta el autor, que a finales del siglo XVIII aparece el Fiscal obligado por la ley¹⁵⁹ a intervenir en todos los asuntos penales en que existiese acción pública, para defender en exclusiva los “intereses” públicos y siempre en contra del reo... En todo caso siempre se dio gran importancia a la acción del Fiscal porque de él dependía que muchos delitos no quedasen sin pena ni castigo por defecto del acusador. Debería escogerse por ello a personas de gran confianza, diligentes, identificadas con el servicio al Rey, para que así pudiesen usar de sus oficios bien y verdaderamente, sin favorecer nunca a los reos y acusados¹⁶⁰,

En este momento histórico la intervención del fiscal en la jurisdicción penal había tenido lugar por vía indirecta y, además, de forma subsidiaria. De una parte el interés público en el castigo de los delitos derivaba la dimensión pecuniaria que frecuentemente

y modas, la reforma agraria o las normas sobre supresión de cofradías y comportamientos de los disciplinantes”

¹⁵⁹ HERRERO, HERRERO “La justicia Penal Española...” Pág. 129 Ver Real Cédula de 8 de noviembre de 1787 que reza: “En las causas criminales que haya acusación pública es parte el Fiscal de su Majestad y debe pedir y promover la administración de justicia... Aunque dicha acusación se siga entre parte, y no de oficio, o sea incidente de otra causa principal. Cuya regla quiere su Majestad se observe en todos los casos de igual naturaleza, para que o se confundan las acciones privadas con las públicas. Es importante acotar que la mencionada disposición no establece la intervención obligatoria del Fiscal en todas las causas criminales sino sólo en aquéllas en que se ejercitara la acción pública y precisamente para que no se confundan las acciones privadas con las públicas. No se evidencia así una distinción sustancial entre esta intervención del fiscal en la justicia criminal y aquélla a la que se refiere la disposición dictada por los Reyes Católicos en Media del campo el 21 de junio de 1949 “ cada y quan vinieran a las nuestras Audiencias o cualquiera dellas o ante los Alcaldes del Crimen dellas algunas apelaciones que interponen las mancebas de Clérigos o otras personas sobrela punición de otros pecados públicos y de otros crímenes y delitos en los que los nuestros Corregidores y otras justicias proceden de su oficio, el nustro Procurador Fiscal dela Tal audiencia tome la voz de los tales pleytos por las dichas nuestras justicias y con toda diligencia los siga y haga sobre ello todas las otras diligencias que fueren necesarias para prosecución de los tales negocios de manera que la justicia se administre y los tales pecados y delitos públicos no queden sin punición ni castigo. Ante tal situación comenta FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 98 “Junto a las funciones mencionadas y dada la versatilidad del Fiscal como funcionario que protege los intereses del Rey y consecuentemente la observancia de la legalidad aparecen desordenada y puntualmente cometidos en la institución que permiten entrever el germen de su función inspectora. MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 33 establece “Así un dato del control de legalidad que excepcionalmente quedó atribuido al fiscal deriva de una formalidad otorgada a petición de las cortes de Sanguesa en 1561 según la cual el Fiscal había de emitir dictamen previo en las “Sobrecartas” o “pases” que el consejo de Navarra había de dar a las reales cédulas y provisiones que no se opusieran a los fueros y leyes del reino”. En la Novísima recopilación menciona LORENTE “Estatuto del...” Pág. 13 “En 1717 data una disposición recogida en la Novísima recopilación en la que se alude, quizá por vez primera a la función inspectora que al Ministerio Fiscal incumbe en el funcionamiento de los tribunales. “Y para que los negocios que en su expedición dependen de los Secretarios de los Consejos y proceden de mis Reales decretos, no perezcan el atraso y olvido que en mucha parte se experimenta por el concurso y supervivencia de otros y falta de quien se haga cargo de ejecutarlos, mando. y que a este mismo fin tengan los fiscales como deben un libro de las demás causas y negocios de su cargo, de los expedientes de Secretaria de que se les hubiere dado vista, o que en otra manera interviniere... y para que pueda estar puntualmente enterado del estado en que los tribunales tienen los negocios de esta naturaleza.

acompañaba a la sanción penal. De otra el modelo de enjuiciamiento criminal ya fuera acusatorio ya inquisitivo atribuía al fiscal un papel secundario siempre que la iniciativa recaía bien en el denunciante bien en el juez investigador.¹⁶¹

La defensa penal a los intereses públicos desde la consideración del delito como ofensa no sólo contra la víctima sino contra la comunidad, es durante la monarquía absoluta cuando se termina de fraguarse, debiéndose recordar que había estado gestándose desde las bases del Estado medieval.

Paralelamente a esta idea menciona FLORES PRADA el modelo acusatorio va decayendo frente al inquisitivo y la figura del fiscal se asocia gradualmente con el ejercicio de la acción penal no ya desde la dimensión pecuniaria, sino desde el mantenimiento de la legalidad frente a la quiebra que de la misma representa el delito¹⁶².

A colación de esta idea ALONSO ROMERO menciona que solamente a finales del siglo XVIII hay un Decreto que, asumiendo la praxis efectiva a la que se había llegado¹⁶³, establece la actuación obligatoria del fiscal, ejercitando la acción pública derivada del delito en todos los juicios criminales¹⁶⁴.

Se logra con este resumen ver que en este período decisivo y como se ha plasmado el desarrollo evolutivo del Ministerio Fiscal y a criterio de CORONAS “ Se alcanza el final de un largo proceso evolutivo en el que el procurador fiscal del Rey de la época medieval se ha convertido en celador de la ley y ministerio público en las puertas ya del nuevo régimen constitucional.¹⁶⁵”

Se puede concluir que compartimos el juicio del autor italiano RASSAT¹⁶⁶ en consideración de que el Ministerio Público no ha tenido un origen netamente procesal, sino más bien se ha tratado de una institución que ha venido formándose en el curso de una larga

¹⁶⁰ HERRERO HERRERO “La Justicia penal Española en la crisis del poder absoluto” Publicaciones de la Secretaría general del Ministerio de Justicia Madrid 1989. Pág.127

¹⁶¹ HERRERO HERRERO “La justicia penal española...” Pág. 128.

¹⁶² FLORES PRADA “El ministerio...” Pág. 97.

¹⁶³ ALONSO ROMERO “El proceso penal en Castilla...” Pág. 151 establece que “ El fenómeno de atribución progresiva de la acción pública al fiscal y de su intervención en el proceso, haya o no parte acusadora, es conflictivo y lento y se produce por la vía de hecho, sin ninguna disposición normativa que lo respalde, más aun en contra de la expresa declaración de las varias disposiciones que se pronuncian sobre la actuación subsidiaria del Fiscal”

¹⁶⁴ ALFONSO ROMERO: “El proceso penal en Castilla...” Pág. 151.

¹⁶⁵ CORONAS “Ilustración...” Pág. 41.

¹⁶⁶ RASSAT “ Le Ministere Public entre son passé et son avenir” Libraire Generale de Droit et de Jurispurdence R. Pichon et R. Durant Auzias París 1967. Pág. 16

evolución histórica, producto de la fusión de diferentes oficios. Como los abogados del rey, los procuradores del rey, sayones entre otros que de funciones administrativas en el terreno fiscal han dado paso a funciones de defensa de la legalidad en materia penal.

CAPITULO II
EL MINISTERIO FISCAL
DENTRO DEL CONCEPTO
Y EVOLUCION HISTORICA
DEL ESTADO DE DERECHO.

La expresión alemana **Rechtstaat**, es el origen del concepto de Estado de Derecho, formulado durante la mitad del siglo XIX y tiene su equivalencia relativa a otra expresión inglesa denominada **Rule of Law**. Con ellas quiere significar en sucintas palabras la sustitución de un “Gobierno de los Hombres por uno Gobierno de las Leyes”¹⁶⁷.

Para tener claro el concepto de Estado de Derecho HAYER expresa “que nada distingue con más claridad las condiciones de un país libre, de las que rigen en un país arbitrario, no más la observancia, en aquél de los grandes principios conocidos bajo la expresión de Estado de Derecho”¹⁶⁸.

Despojada esta expresión de todo su tecnicismo, significa que el Estado está sometido en todas sus acciones a normas fijas y conocidas de antemano, normas que permiten a cada uno prever con suficiente certidumbre cómo usará la autoridad en cada circunstancia, sus poderes coercitivos y disponer los propios asuntos individuales sobre la base de este conocimiento¹⁶⁹.

Durante el desarrollo y transformación del concepto de Estado de Derecho, hacia la concreta racionalización de un concepto conocido como Estado Liberal de Derecho, para luego gestarse como Estado Constitucional y por último como un Estado Social, hace imperativo el estudio de los distintos factores políticos que anudados y concatenados a otros influyeron en cada uno de estos tránsitos.

En el primer concepto de Estado de Derecho como orden jurídico político fragua los fundamentos que identifican básicamente a la estructura política de la edad contemporánea como lo es la ideología de la ilustración y el racionalismo, concretados

¹⁶⁷ GARCIA MORILLO; “La democracia en España”, Alianza editorial, Madrid 1996, Pág. 33.

¹⁶⁸ GARCIA MORILLO “La democracia en España” Pág. 33

¹⁶⁹ HAYET “Camino de servidumbre” (Traducción de Vergara), Alianza Editorial, Madrid 1978. Pág. 103

esencialmente en la Defensa de la libertad, la soberanía popular, la primacía de la ley, el control del poder y la separación de las tres clásicas funciones.”¹⁷⁰

Es importante tomar en consideración que en la evolución del concepto jurídico político de Estado de Derecho en la edad contemporánea, concurren las siguientes circunstancias.

La primera circunstancia estriba en que el sistema político conocido como Estado liberal de Derecho no es consecuencia directa de la revolución popular en 1789¹⁷¹, sino más bien del freno contra - revolucionario que instaura el régimen napoleónico, un régimen que termina imponiendo una primacía de la función Ejecutivo al tiempo que un déficit democrático en la legitimación de la judicatura y el Ministerio Público, al quedar sustituida la elección popular de sus miembros¹⁷² por una estructura burocrática, concentrada y controlada administrativamente por el gobierno.¹⁷³

La segunda circunstancia por su parte corresponda al agotamiento que sufre el modelo de Estado liberal, y su sustitución progresiva por el moderno Estado Constitucional.¹⁷⁴

Un sistema político que no se detiene en la incorporación de elementos correctores de la política social y económica sino que implica una relevante transformación de lo siguiente 1) Tanto en lo normativo – sustancial como lo ha sido la garantía y ensanchamiento de los derechos fundamentales¹⁷⁵ 2) En la consagración del llamado “Estado complejo” con la aparición de poderes intermedios no integrados en la clásica trilogía de poderes mediante el criterio vertical de dependencia sino a través de nuevas categorías basadas en el principio de competencia¹⁷⁶, y 3) La coordinación de funciones y

¹⁷⁰ HAYET “Camino de...” Pág. 103.

¹⁷¹ Ver Revolución Francesa.

¹⁷² Introducida durante el llamado periodo transitorio de 1789 a 1799 por una estructura burocrática, concentrada y controlada administrativamente y también funcionalmente en el caso del Ministerio Fiscal.

¹⁷³ FLORES PRADA “El ministerio...” Pág. 102

¹⁷⁴ Propiciado fundamentalmente por sus originarias contradicciones internas

¹⁷⁵ Como propiamente institucional.

¹⁷⁶ Con lo que corresponde a Guatemala, podemos discernir que aun se encuentra en un contexto de un Estado constitucional de Derecho aunque carece de alguno de sus principios fundamentales puede aseverarse como tal que aunque se haya tomado en consideración para su constitución un ensanchamiento notable de los derechos humanos tanto individuales como sociales, no existe una autentica categoría basada en el principio de competencia, ni en lo económico, ni el lo político ni en lo administrativo, es también importante reconocer que se ha prostituido el sistema de equilibrios de pesos y contrapesos políticos institucionales, comúnmente la elección de miembros del congreso corresponde en misma fecha que la de los miembros del ejecutivo, por lo que muchas veces se vota por partidos y no por personas que velen por efectivo cumplimiento del concepto

el control recíproco como garantía de un sistema equilibrado de pesos y contrapesos político institucionales.¹⁷⁷

El rasgo más sobresaliente con lo que corresponde a la institución del Ministerio Público en el Estado Liberal, es la impermeabilidad frente a las transformaciones sufridas por el contexto social, económico y jurídico del nuevo sistema político denominado Estado Social.

En el estado Social, existieron factores importantes en el desarrollo de la institución que se estudia y como menciona NOBILI alcanzó el Ministerio Público durante este período el punto final de una evolución iniciada en el Estado absoluto como lo es la concentración, unidad y dependencia política, dejando al margen su función esencial de órgano de garantía y de control mediante la defensa objetiva de la legalidad.¹⁷⁸

Otro factor importante en el desarrollo del Ministerio Público durante el periodo del Estado social ha sido el actual problema de su naturaleza toda vez que desde ese momento ha existido una notable contradicción interna de un órgano imparcial de garantía a la vez que políticamente dependiente del ejecutivo, esto hasta hoy día pone en el tapete el espinoso problema para los estudiosos de determinar su auténtica naturaleza jurídica y política del Ministerio Fiscal,

1. EL MINISTERIO PUBLICO EN EL ESTADO DE DERECHO:

No todo estado es un Estado de Derecho.¹⁷⁹ BOBBIO; ha expresado que es “gobierno sub lege o gobierno sometido a las leyes, es decir gobierno per leges o mediante leyes generales y abstractas¹⁸⁰” por su parte FERRAJOLI analiza que “ Podemos asociar estos dos significados de “estado de derecho” a las dos nociones del principio de legalidad una noción de Validez formal que exige solamente que sean predeterminados por la ley los sujetos titulares y las formas de ejercicio de todo poder. Y otra de legalidad o Validez

de control y del fortalecimiento de la idea de contrapesos, así también la justicia carece de una independencia económica por lo que un efectivo sistema de pesos y contrapesos no puede distinguirse claramente en Guatemala.

¹⁷⁷ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 102.

¹⁷⁸ NOBILI “Acussa e burocrazia in Pubblico Ministero e accusa penale Problemi e prospettive di riforma, AA.VV giustizia penale Znicelli Bologna, 1979 Pág. 89.

¹⁷⁹ DIAZ ELIAS “Estado de Derecho y sociedad democrática” 8ª.Edición Taurus, Madrid 1992. Pág.17

sustancial, que requiere además que estén legalmente preordenadas y circunscritas, mediante obligaciones y prohibiciones, las materias de competencia y los criterios de decisión.¹⁸¹”

TOMAS Y VALIENTE considera que Estado de Derecho: “Es un estado regido por leyes y cuya actuación se sujeta a la misma.¹⁸²”

GARCIA MORILLO concluye que “El estado de Derecho que surge de la revolución Francesa no es sólo un Estado de Derecho en el que el poder actúa a través de la ley sino un Estado democrático de Derecho en cuanto la ley es el resultado de la voluntad popular.¹⁸³”

Distintos autores, menciona GARCIA PELAYO han establecido la distinción entre el Estado formal y Estado material de derecho, distinción que cabe sintetizar del siguiente modo: El estado formal de derecho se refiere a la forma de realización de la acción del Estado y concretamente a la reducción de cualquiera de sus actos a la ley o a la constitución, el Estado material de Derecho también llamado concepto político del Estado de Derecho, no se refiere a la forma sino al contenido de la relación estado ciudadano, bajo la inspiración de criterios materiales de justicia. Pero en realidad podría afirmarse que no se trata tanto de dos conceptos contradictorios cuando de dos dimensiones o momentos del Estado de Derecho. Los componentes formales son los mecanismos para actualizar los valores jurídico políticos que inspiran al Estado y que racionalizan la acción de éste a la vez que los valores jurídicos necesitan ser actualizados a través de los mencionados mecanismos.¹⁸⁴”

Al margen de las nociones político filosóficas que abordaron históricamente la limitación jurídica del poder, lo que conocemos por Estado de Derecho aparece identificado con el modelo jurídico constitucional que surge de las revoluciones liberales del Siglo XIX, estas son por un lado revolución francesa y por el otro lado la revolución burguesa que marcan el fin del Antiguo régimen absolutista y el comienzo de la instauración de

¹⁸⁰ BOBBIO citado por PEREZ LUÑO en “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución” Tecnos Madrid 1995 Pág. 213

¹⁸¹ FERRAJOLI, “Derecho y Razón” (Traducido por ANDRES IBÁÑEZ y otros) Trotta, Madrid 1995 Pág. 856.

¹⁸² TOMAS Y VALIENTE “Manual de Historia del Derecho Español” Tecnos, Madrid 1995 Pág. 421

¹⁸³ GARCIA MORILLO “La democracia...” Pág. 252

¹⁸⁴ GARCIA PELAYO “Las transformaciones del Estado contemporáneo” Alianza Universidad, Madrid 1995. Pág. 54.

regímenes liberales¹⁸⁵ y que cuya columna vertebral descansa sobre el dogma del imperio de la ley como expresión de la soberanía popular.

La estructura jurídico institucional, apoyada en el imperio de la ley, garantiza el control jurídico del poder mediante la división de sus tres funciones básicas: La Ejecutiva, la Legislativa y la Judicial; a través de la legalidad en el funcionamiento de la Administración y finalmente mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos, incorporados a la constitución como derechos públicos subjetivos.¹⁸⁶

El autor DIAZ analiza que las características generales que identifican al Estado de Derecho pueden concentrarse en las siguientes 1) El Imperio de la ley, como expresión de la voluntad general 2) La División de Poderes 3) La legalidad de la Administración, actuación según ley y suficiente control judicial 4) Derechos y libertades fundamentales como garantía jurídico formal.¹⁸⁷

Con el Estado de Derecho surge, en esencia, el marco jurídico institucional en el que se desenvuelven de forma sucesiva dos sistemas políticos: 1) El Estado Liberal de Derecho y 2) El Estado social de Derecho, constituyen estos una arquitectura formal que marca las reglas y los límites del juego como espacio que permite el desenvolvimiento y actualización de los valores jurídicos y políticos vigentes en cada momento histórico.¹⁸⁸

Lo que no se debe de perderse señala FLORES PRADA “Es la constante y activa interrelación entre Estado de Derecho e ideología política. De una parte hay que reconocer que las transformaciones del Estado moderno que han conducida a suerte de tránsito desde el Estado liberal al Estado social, han mantenido sustancialmente, la fórmula jurídico institucional del Estado de Derecho.¹⁸⁹”

Con lo que conviene tener a cuenta con motivo del Estado de Derecho apunta DIAZ es que “ Se puede considerar a este como conquista histórica todavía válida. Dicho esquema, si bien surge con el liberalismo, no se agota en él, responde pudiera decirse a lo que el liberalismo tiene también de conquista histórica irreversible como lo ha sido preferentemente su lucha contra los absolutismos y su afirmación de los derechos humanos. Hay que tomar en consideración que no todos los aspectos del liberalismo poseen ese

¹⁸⁵ DIAZ ELIAS “Estado de Derecho...” Pág. 27.

¹⁸⁶ DIAZ ELIAS “Estado de Derecho...” Pág. 27.

¹⁸⁷ DIAZ ELIAS “Estado de Derecho y sociedad...” Pág. 30

¹⁸⁸ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 104.

¹⁸⁹ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 105

mismo grado de permanencia histórica: Está prácticamente agotada, por ejemplo su visión de la libertad económica o del abstencionismo estatal.¹⁹⁰

“El estado liberal nace de una transformación fuerte, el Estado social como formula de compromiso entre la Burguesía y el movimiento obrero, supone una transformación débil, débil porque el Estado social se formula a partir del Estado liberal y con aceptación de muchos de sus postulados.¹⁹¹”

No puede decirse sin embargo, que el esquema del Estado de Derecho se haya mantenido impermeable a lo largo de las mencionadas transformaciones, el nuevo constitucionalismo social y democrático ha dejado impreso su sello, y también en la estructura jurídico institucional del Estado, lo que sin duda ha contribuido a depurar el contenido esencial de Estado de Derecho y a adaptarlo además a lo que en la doctrina italiana se conoce como “**El indirizzo político de la constitución.**” Es decir el contenido político no partidista o particular de los fines ideológicos de la acción estatal¹⁹².

No ha quedado duda en argumentar que el Estado de Derecho, surge como una reacción frente al Estado absolutista, para garantizar el Valor de la libertad. La libertad es pues el motor político e ideológico de la revolución burguesa, anudado a la defensa de la libertad se desparrama y se encarna en los distintos planos de la realidad económico social, religiosa y naturalmente jurídica.

En este orden de ideas “Los valores básicos a los que debía servir el Estado de Derecho Liberal burgués a través de su orden jurídico eran los derechos individuales y más específica y concretamente la libertad individual, la igualdad, la propiedad, la seguridad y la participación ciudadana en la formación de la voluntad estatal.¹⁹³”

Y como acertadamente asevera GARCIA MORILLO “al servicio de los anteriores valores se dispone como piedra angular y garantía del sistema jurídico el principio de legalidad¹⁹⁴”

Comentando al respecto sobre la legalidad menciona GARCIA PELAYO “Cuando se formuló el principio de legalidad se entendió por ley una normativa general abstracta,

¹⁹⁰ DIAZ ELIAS “Estado de Derecho y sociedad...” Pág. 30

¹⁹¹ LOPEZ Y LOPEZ “Estado social y sujeto privado una reflexión finisecular” en Quaderni fiorentini número 25 1996 Pág. 430.

¹⁹² MONACO GIUSEPPE “Pubblico Ministero ed obbligatorietà dell azione penale” Milano, Dott a Giuffre Editore 2003 Pág.284.

¹⁹³ GARCIA PELAYO. “Las transformaciones...” Pág. 55.

válida para un número indefinido de casos y para un tiempo indeterminado. Tal idea abstracta y genérica de la ley se correspondía con una idea de las funciones del Estado y con una idea de la racionalidad. En el primer aspecto, se correspondía con un Estado que se limitaba a crear las mínimas condiciones ambientales para que los sistemas social y económico, supuestamente autorregulados, actuaran con arreglo a su propia dialéctica, es decir la ley creaba un orden para la acción de otros, pero ella misma no era un instrumento de acción o intervención del Estado en el curso de los acontecimientos¹⁹⁵”

Sin embargo manifiesta FLORES PRADA “El fundamento de la ley no descansa en su función transformadora de la realidad social sino más bien en ser un instrumento que garantice la seguridad de determinados bienes jurídicos, especialmente la libertad y propiedad, cuyo juego debería desembocar, bajo el principio de **laissez faire**, en la construcción de un orden social supuestamente autorregulado¹⁹⁶.”

Ahora bien con lo que corresponde a la institución del Ministerio Público que hemos venido estudiando. Necesariamente debemos referirnos a dos de las principales características que identifican el llamado estado liberal de derecho y que tuvieron importante influencia en la configuración jurídica y política del Ministerio Fiscal dentro de dicho modelo.

Por una parte la primacía de la ley y por la otra parte la construcción política de la separación de poderes son las dos principales características que han marcado la configuración jurídica y política del Ministerio fiscal en el modelo del Estado liberal

Junto a la supremacía de la ley, una de las grandes aportaciones del Estado de Derecho consiste en lo que gráficamente llama GARCIA DE ENTERRIA “El desencanto del poder” El racionalismo despoja al poder de todo fundamento y legitimidad que no provenga de la fuente última del mismo, la soberanía popular como expresión política del pacto social¹⁹⁷.”

Dentro del nuevo contexto que abre el Estado de Derecho, tanto la primacía de la ley como la configuración de un Ejecutivo fuerte van a condicionar, de forma trascendental, la naturaleza jurídica política del Ministerio Fiscal en el marco del Estado Liberal. Pudo

¹⁹⁴ GARCIA MORILLO “La democracia en...” Pág. 34.

¹⁹⁵ GARCIA PELAYO “Las transformaciones...” Pág. 62.

¹⁹⁶ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 107.

¹⁹⁷ GARCIA DE ENTERRIA “Revolución Francesa, Derecho público y Justicia Administrativa” en el Poder judicial en el bicentenario de la revolución francesa, centro de estudios judiciales, publicaciones del

esperarse desde los postulados revolucionarios una transformación de la institución que la convierte en un órgano de garantía del Estado de Derecho.

Sin embargo un conjunto de circunstancias, principalmente de índole política explican el mantenimiento de la institución bajo la dependencia del poder ejecutivo.

La revolución de 1789 no solo produce el “desencanto del poder” menciona BLANCO VALDES sino que, además lo limita mediante la desconcentración de las tres funciones básicas enunciadas por los dos grandes teóricos del pensamiento ilustrado LOCKE Y MONTESQUIEU¹⁹⁸.

Sin embargo, conviene señalar que el esquema clásico de la separación de poderes va a quedar, a resultas de la contrarrevolución napoleónica, significativamente alterado, mientras que el poder Ejecutivo experimentará una sustancial potenciación con respecto al originario diseño de la separación de poderes, el poder judicial pronto se revelará como un poder en modo alguno nulo o mecánico.

Señala TOMAS Y VALIENTE “El poder Ejecutivo, mal definido en los textos de los teóricos clásicos y reducido casi sólo a la organización del aparato militar, diplomático y represivo, tuvo que abrirse para dar cabida en él al creciente aparato gubernativo.

El estado liberal de la primera fase era el Estado Gendarme, el Estado del “**Laissez faire, Laissez passer**” y se pensaba que su maquinaria gubernativa había de ser mínima.

El cambio de postulados del liberalismo como cuerpo de doctrinas económicas y las exigencias de todo tipo provocadas por la dinámica interna de la sociedad capitalista obligaron al neocapitalismo.

El desequilibrio entre los poderes de la sencilla esquematización formulado por los primeros teóricos del liberalismo han desembocado en la prepotencia progresiva del Ejecutivo.¹⁹⁹”

ministerio de justicia, Madrid 1990. Pág. 39. Con lo que respecta al Pacto social ver ROSSEAU “Contrato social” Espasa Caple, Madrid 1995. Libro I capítulos I y II

¹⁹⁸ BLANCO VALDES “El valor de la constitución” Alianza Universidad, Madrid 1994 Pág. 34

¹⁹⁹ TOMAS Y VALIENTE “Manual de Historia...” Pág. 426.

2. EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA REVOLUCION FRANCESA.

La revolución Francesa provocó grandes y considerables cambios, con relación a la actual organización del Ministerio Público en gran parte de los países europeos la consideran como producto de la misma.²⁰⁰

Sin embargo el estudio de los distintos planteamientos y avatares que sufre el sistema de acusación a lo largo del proceso revolucionario francés desde un análisis jurídico, político, social y económico. Un estudio de contexto evidencia la paradoja que la Revolución finalmente imprime en la institución del Ministerio Fiscal, la recuperación del modelo de Ministerio Fiscal del Antiguo Régimen y su integración en el marco jurídico político del Estado de Derecho.

Para el presente estudio convendrá distinguir tras una breve pero imprescindible referencia del cuadro político, económico y social, las etapas por las que atraviesa el sistema de acusación durante el proceso revolucionario

La primera etapa es el sistema de acusación, durante el periodo revolucionario de 1789 a 1799 como modelo concentrado inacabado y la potestad difusa de la acusación y la segunda que más adelante se expondrá será la del modelo Napoleónico.

²⁰⁰ BARTOLOTTI “Digesto...” Pág. 542 “En Bélgica, el modelo de Ministerio Fiscal es idéntico al francés, existen funcionarios del Ministerio Fiscal ante cada tribunal, con excepción de los juzgados de paz, cuya organización responde a los principios de unidad e indivisibilidad. Del mismo modo se organiza en Holanda donde sin embargo existe una peculiaridad, en cuanto que el Ministerio Fiscal es órgano dependiente del rey sólo ante la alta corte de apelación, mientras que los funcionarios del Ministerio Fiscal ante los tribunales inferiores, en virtud de la prerrogativa de nombramiento por las ciudades de los baili, no dependía directamente del Rey, en Suiza y mediante las leyes de 5 de junio de 1849 sobre organización judicial federal, de 1851 sobre procedimiento penal federal y de 1856 sobre atribuciones del procurador general de la confederación es nombrado y actúa bajo la vigilancia del consejo federal, la organización se reproduce, en términos similares, en cada cantón. En Alemania, la ley sobre el ordenamiento judicial de 1879 instaura el Ministerio Público en casi todos los estados del imperio. Son como en Francia, agentes del Poder Ejecutivo y representantes del Estado, dependiendo directamente del Gobierno. La ley sin embargo deja libertad a cada Estado para regular la organización interna de la institución. En Austria por su parte, los procuradores ante las cortes de justicia en primera instancia están subordinados a los procuradores superiores, estos al procurador ante el tribunal de casación y éste a su vez, al Ministro de Justicia (ley sobre organización judicial de 27 de noviembre de 1896) El principio de dependencia jerárquica está presente de igual modo en Hungría el Ministerio Fiscal húngaro, regulado en ley VII de 1871. En Rusia, tras la importante reforma de 1864 no se modifica sustancialmente el orden del Ministerio Fiscal que se mantiene como un cuerpo jerarquizado bajo la autoridad del Ministerio de Justicia en su calidad de procurador general. Por último, mientras que en Noruega puede observarse básicamente el mismo sistema que venimos analizando en Dinamarca Suecia y Finlandia no existen propiamente fiscales ya que la persecución de los delitos es competencia de las fuerzas de policía mientras que la acusación en juicio es sostenida por un juez nombrado al efecto para cada caso”.

Con lo que respecta al período de 1789 a 1799 que es la encrucijada de la revolución francesa es esa ruptura institucional un periodo tan feliz como irreplicable, en el que nacen excelentes instituciones forjadas durante el periodo constituyente continuadas posteriormente en la Convención²⁰¹ que fundamentaron un indudable valor político por cuanto reflejaron una conexión directa entre los fundamentos democráticos del nuevo Estado y su aparato jurisdiccional.

En particular el principio de legitimación democrática y control político del poder encuentra una de sus más claras manifestaciones en el ejercicio de la acción pública durante el decenio revolucionario de 1789 a 1799, puede considerarse, en términos generales, como la máxima expresión de la ideología de la difusión aplicada a la estructura organizativa de la función acusatoria.²⁰²

Desde el decreto de agosto de 1789²⁰³, la soberanía residía en el pueblo, lo que debía traer como consecuencia una nueva estructura y también una nueva legitimación de la Administración de Justicia.

A finales del mes de mayo de 1790 queda establecido que la justicia penal debe ser administrada de acuerdo con un sistema basado sobre la institución del jurado y sobre jueces elegidos por el pueblo. Del mismo modo los constituyentes comprendieron la necesidad de vincular la función de acusación con la soberanía popular y con la general legitimación de las instituciones.²⁰⁴

La vinculación de la acusación con el nuevo modelo institucional de legitimación democrática condujo a la consideración de la función acusatoria como tributo natural de la nación. Sin embargo el establecimiento de la acción popular no pareció adecuado por poco eficaz y se optó por un sistema de delegación orgánica.

Señala DIEZ PICAZO “que cuando las revoluciones liberales reformaron el proceso penal dándole una impronta acusatoria, fue necesario que un agente público distinto del juez se ocupara de ejercer la acusación. No sólo resultaba irrazonable esperar que los particulares asumieran espontáneamente esta tarea sino que tampoco era deseable, A

²⁰¹ NOBILI “Acusa e burocrazia...” Pág. 105

²⁰² NOBILI “Acusa e burocrazia...” Pág. 105.

²⁰³ Se pueden tomar en consideración según DUVERGER “Coleccción complete des lois, Décerts, Ordonnaces, Reglements et Avis du Conseil d Etat 1789 a 1799. París 1824-1831, Volumen I, Pág. 39 citado por FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 114.

²⁰⁴ DUVERGER “Coleccción...” Pág. 361 citado por FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 115

finales del siglo XVIII, imperaba ya la opinión ilustrada según la cual la persecución de los delitos es un cometido esencialmente público, que no debe ser dejado en manos de la delegación y de los intereses privados.²⁰⁵”

El sistema de delegación referido por el profesor DIEZ PICAZO planteó la discusión entre el encargo de dicha misión a los hombres del pueblo o a los hombres del rey.

El problema de la delegación directa, es decir otorgar dicha misión a hombres del pueblo o indirecta que es entregar dicha misión a los hombres del rey, pone de relieve una de las cuestiones esenciales, si no la esencial en la naturaleza del moderno Ministerio Fiscal.

La asunción por el poder político de la responsabilidad en el ejercicio de la acción pública da lugar al llamado modelo concentrado, basado en una delegación indirecta desde la soberanía popular al poder político para la gestación del Ministerio Público.

Mientras que una delegación directa constituye la implantación del modelo difuso mediante la elección periódica por los ciudadanos de los acusadores públicos descartando un sistema de acción popular²⁰⁶.

La solución que adoptó el periodo revolucionario francés fue la ley de 1790 misma que estableció que, mientras los jueces serían electivos, la función de acusar recaería en los oficiales del ministerio público agentes del Poder Ejecutivo ante los Tribunales nombrados por el Rey.

Para entender la solución por la que optó la Asamblea en estos primeros compases revolucionarios no conviene perder de vista el planteamiento general con el modelo de poder judicial por el que se decantan los constituyentes, a tal respecto el autor DUGUIT explica que “La asamblea nacional, en efecto no contenta con crear dos poderes distintos e independientes, organizó un tercero, que debía ser el igual de los otros dos y como ellos, recibía una delegación directa del pueblo soberano: el Poder Judicial tomó prestada esta idea de la constitución americana de 1787. Pero este sistema

²⁰⁵ DIEZ PICAZO “La acusación penal en Inglaterra” en Tribunales de Justicia, número 11 noviembre 1997 Madrid, Pág. 1098

²⁰⁶ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 115 “considera que la delegación directa encargo a los hombres del pueblo y la delegación indirecta a los hombres del rey.”

que si bien respondía en América a las necesidades especiales nacidas del Régimen federal, no tenía razón de ser en un país unitario y centralizado como Francia.

La asamblea creyó encontrar en el Espíritu de las Leyes, la teoría de los tres poderes cuando por el contrario en el pensamiento de MONTESQUIEU el orden judicial no debía constituir en absoluto un poder distinto y autónomo, sino que era una dependencia del Poder Ejecutivo.²⁰⁷

La elección popular de los jueces se desprendía, de forma directa y lógica de su concepción como poder autónomo que, en creencia con la soberanía nacional emana directamente del pueblo,²⁰⁸

Es pues como dice MILSCENT que “el poder judicial estará mal organizado, si depende en su organización de otra voluntad que la de la nación.”²⁰⁹

El mismo planteamiento, sin embargo no se aplicará al modelo de Ministerio Fiscal, al menos en los primeros compases revolucionarios, invocándose por algunos el nombramiento popular de los miembros del Ministerio Público. Al final triunfará un sistema mixto en el que, junto a los miembros del Ministerio fiscal nombrados por el rey se instaura un acusador público de nombramiento popular.²¹⁰

Con lo que respecta a este orden contextual conviene hacer un breve reflexión para advertir que la discusión en torno al problema de la legitimación no es modo alguno banal, todo lo contrario constituye el punto central de la naturaleza del Ministerio Fiscal y la explicación a buena parte de los problemas que la institución viene soportando en el moderno estado de Derecho.

Se trata de discernir si la defensa pública de la legalidad debe ser atributo de la soberanía popular con la consecuencia ineludible de crear un Ministerio Fiscal electivo y controlado directa y democráticamente por los ciudadanos o bien construir un Ministerio Fiscal vinculado al Poder Ejecutivo y controlado democráticamente pero indirectamente a través del Gobierno. Son pues estos dos dilemas en los que trasciende el ir y devenir de las ideas actuales y contemporáneas de control sobre las instituciones dentro del marco de la legalidad.

²⁰⁷ DUGUIT “La separación de poderes y la Asamblea nacional de 1789” (Traducida por PEREZ TREMPES) Centro de Estudios constitucionales, Madrid 1996 Pág. 82

²⁰⁸ DUGUIT “La separación...” Pág. 82

²⁰⁹ MILSCENTE “Archives Parlementaires, 1º.serie Tomo XV Pág. 430

²¹⁰ DUGUIT “La separación...” Pág. 82.

Y retomando el tema revolucionario francés en términos de legitimación para la revolución no quedaba resuelto, como puede esperarse en la ley de 1790 si se acepta que el poder de acusación formara parte de la soberanía nacional, dicho poder debía emanar directamente del pueblo mediante la elección de los funcionarios del Ministerio Fiscal.

Conviene consignar en este estudio lo que ha expresado BUZOT “ Hay sobre todo un hombre poderoso esencial en la justicia, es el acusador público. Es muy interesante que este hombre no sea nombrado por el rey, pido que se diga ahora que el acusador público será siempre nombrado por el pueblo” una solicitud que acabará finalmente recogida tanto en la Constitución como en el Título IV de la ley 16’29 de septiembre de 1791.²¹¹” Y en consecuencia a lo anterior DUGUIT expresa que “conforme con el principio según el cual el poder judicial poder autónomo, emana directamente del pueblo, pero era contrario a las ideas que habían llevado a atribuir al rey el nombramiento de los miembros del Ministerio Fiscal.²¹²”

En síntesis el sistema de la doble investidura, de la nación al ejecutivo y de éste a sus funcionarios, devaluaría totalmente la eficacia de los nuevos principios, haciendo triunfar el sistema de la concentración. Como reacción junto a los procuradores del rey, el acusador público, ni a unos ni a otros se les asignó la iniciativa procesal. Tan sólo intervendrían para proseguir una acción penal ya iniciada, por lo que la función de los comisarios del rey venía así claramente redimensionada. Es pues que la función de acusación quedó desdoblada en la constitución de 1791 en dos instituciones por una parte una magistratura electiva y de otra, los funcionarios gubernativos del Ministerio público, de legitimación democrática indirecta a través del Ejecutivo.²¹³

Y para concluir se puede establecer que la función de acusación quedó desdoblada en la constitución de 1791 en dos instituciones de una parte una magistratura electiva de nueva creación y de legitimación directa denominado l,accusateur public y de otra los funcionarios gubernativos del Ministerio Público de legitimación democrática indirecta a través del Ejecutivo. La constitución antes referida confirma el nombramiento real de los comisarios, funcionarios del Ministerio Público gubernativo, así como la elección de los acusadores públicos y de los jueces. Mientras que la iniciativa en la justicia penal

²¹¹ BUZOT “Archivies Parlementaires...” Pág. 461.

²¹² DUGUIT “La separación de poderes...” Pág. 100

²¹³ NOBILI “Accusa e burocrazia...” Pág. 105.

correspondía a los jueces y en algún caso a los Ciudadanos, los acusadores intervenían solo en la continuación del juicio.

Cuando la revolución toma el camino decididamente democrático son suprimidos los acusadores reales y la acusación queda en manos de los acusadores electivos. Ante el tribunal popular la acusación fue ejercida por la Convención misma a través del público acusador.

En julio de 1794 la revolución vuelve al curso moderado, la constitución del año III de fecha 22 de agosto de 1795 reinstaura los acusadores nombrados por el ejecutivo, dividiendo las funciones de acusación entre ellos y los acusadores públicos elegidos el código de brumario de 1795 mantendrá esta solución definitivamente eliminada con el golpe de Estado de 1799.²¹⁴

3. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL IMPERIO NAPOLEONICO.

La institución del Ministerio Público representa quizás la anomalía más significativa del proceso de adaptación a que se vieron sometidas las bases teóricas del constitucionalismo liberal cediendo a una realidad positiva que no quería renunciar a la herencia del absolutismo.²¹⁵ Una anomalía consiste básicamente en atribuir a Napoleón lo que los soberanos franceses habían intentado largamente sin éxito, el fenómeno de concentración Administrativa delineado por TOCQUEVILLE y en él la intervención del Poder Ejecutivo en la Administración de justicia²¹⁶. El modelo napoleónico perfecciona y desarrolla la tendencia centralizadora en la organización del Ministerio Público iniciada por la monarquía absoluta.²¹⁷

Y en efecto con motivo del golpe de Estado de 1799 retoma el modelo absolutista el Ministerio Público bajo una nueva disposición de las fuerzas sociales, estableciendo un sistema ya sí acabado, caracterizado por el monopolio del ejercicio de la acción penal atribuido a una organización concentrada centralizada y jerárquica. Bajo la dependencia del poder Ejecutivo.

²¹⁴ FLORES PRADA "El Ministerio..." Pág. 119.

²¹⁵ AMATO "Individuo e autorità nella disciplian della libertà personale" Giufre Milano 1976 Pág. 205.

²¹⁶ GIULIANI "Sintesi dei modelli storici delle procedure d Acussa" en Acussa penale e ruolo del Pubblico Ministero" Jovene editore, Napoles 1991 Pág. 59.

²¹⁷ GUARNERI "Pubblico Ministero e sistema politico" Cedam Padova 1984 Pág. 87.

Napoleón encontró en el modelo absolutista un sistema de acusación de un lado, sólo parcialmente realizado y de otro, notablemente consolidado. Los cinco siglos entre 1302 y 1789 coinciden con un proceso alentado por instaurar una global burocratización y jerarquización de la acusación penal, lo que contribuyó a consolidar el proceso que, sin embargo y por las circunstancias de dispersión política que supuso la pervivencia del régimen nobiliario, no acabó de realizarse, al menos en lo que respecta a la jerarquía externa. En realidad señala el autor NOBILI “El modelo napoleónico recupera el modelo del Antiguo régimen, instrumentalizado en un nuevo contexto económico y social. No conviene olvidar que muchas claves del sistema penal y procesal penal no surgen novedosamente tras la revolución. Todo al contrario, principios como el de legalidad, motivación de las sentencias, teoría de prueba, certeza del derecho, etc., hay que encuadrarlos en el sistema de burocratización del sistema judicial y de acusación del absolutismo, como instrumentos del sistema de control de la magistratura, con un poder cada vez más creciente en el Estado absoluto, ocurrirá sin embargo que dichos principios presentan en los fundamentos revolucionarios una nueva dimensión ideológica y política proyectada, como se ha dicho sobre un marco económico y social ya renovado por la revolución.”²¹⁸

Las directrices fundamentales del sistema vienen establecidas en la constitución de 1799 que consagra el régimen consular partiendo de la asunción plena de poderes por Napoleón, un mes antes. Los artículos 41 y 63 de la constitución entierran definitivamente una acusación de base popular o mejor dicho electiva²¹⁹

La legislación napoleónica realiza de forma definitiva, la identificación entre Poder Ejecutivo y función de acusación. Napoleón se revela como un gran estratega, eliminando los ideales democráticos perseguidos por la revolución en relación con la Administración de Justicia. De un lado, convierte al Ministerio Público en un órgano de control, tanto de los jueces como de la observancia de las leyes. De otro suprime en 1808 el obstáculo prejudicial que suponía la institución del gran jurado sobre el error que suponía considerarlo como expresión de la voluntad de la nación.²²⁰

²¹⁸ NOBILI “Accusa e burocrazia...” Pág. 100.

²¹⁹ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 120.

²²⁰ Ver al respecto. DUGUIT MONIER BONNARD “Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789” 7ª. Edición, París 1952 Pág. 119 citado por FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 120.

Una ley del 27 de junio de 1801 confiere notables poderes a los miembros del Ministerio Público. Sobre la filosofía de la distinción radical entre la función acusadora y la juzgadora, los públicos acusadores y sus sustitutos adquiere el monopolio del ejercicio de la acción penal. Los jueces de paz y los oficiales de la gendarmería pueden recibir denuncias pero han de ponerlas en conocimiento del sustituto del comisario. Junto a ello, en el artículo 7 de la referida ley se establece el poder de detención preventiva, una competencia que generó fuertes discusiones y de la que trae origen el deber de presentación ante el juez a las 24 horas de la detención.²²¹

La función es definida en el ejercicio de los intereses de la nación mientras que la organización en cambio, representa al Ejecutivo. Así en palabras de NOBILI “Se postulaba la coincidencia entre intereses de la sociedad e intereses del gobierno una afirmación tautológica en sentido abstracto y, cuando menos peligrosa referida al ejercicio de la acción penal²²²,”

En lo que respecta al imperio de Napoleón y sus ideas relativas al Ministerio Fiscal podemos resumir que en 1801 a través de la ley de 27 de junio se establecen los dos pilares del sistema procesal penal del futuro. 1) La división entre acción y juicio, que sirvió para concentrar las funciones acusatorias en el Ministerio Fiscal, sustrayéndolas de los jueces de paz por la necesidad de una difusión en los poderes de adquisición de prueba y 2) la distinción entre acción penal y acción civil, eliminando la iniciativa ciudadana de la acusación penal. Ambos pronunciamientos encuentran acomodo en el código de instrucción criminal de 1808.

La legislación operante durante el imperio de Napoleón con respecto al Ministerio Fiscal, proporciona las siguientes directrices generales: 1) el Ministerio Fiscal se configura como el representante del Poder Ejecutivo ante los Tribunales de Justicia 2) Todos los funcionarios son revocados y nombrados por éste último 3) Se establece un régimen de responsabilidad criminal basado, principalmente en la responsabilidad disciplinaria, y 4) Se establece el régimen piramidal que garantiza la jerarquía interna y externa, esta última mediante la dependencia directa del Ministerio Público respecto del Poder Ejecutivo.²²³.

²²¹ DUGUUIT MONNIER BONNARD “les constitutions...” Pág. 119 citado por FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 120.

²²² NOBILI “Accusa e burocrazia...” Pág. 100.

²²³ NOBILI “Acussa e burocrazia...” Pág. 101.

Para el autor MADIA “el trasfondo que se revela en esta concepción obedece a que el poder político no alberga intención de desinteresarse de la administración de justicia, no puede tolerar que un sector neurálgico del Estado quede fuera de su esfera de acción para lo que confiere al Ministerio Público importantes prerrogativas y privilegios, vigilante y controlador del proceso penal y de la actividad judicial.”²²⁴,”

Napoleón ha influido en la posición institucional y naturaleza jurídica vigente en la institución del Ministerio Público tanto en Europa como en América Latina

4. EL MINISTERIO FISCAL EN EL ESTADO LIBERAL EN ESPAÑA

Parece indudable que en España si que hubo revolución burguesa, si bien ésta se llevó a cabo no según las pautas del modelo francés, ni tampoco obedeciendo a los criterios y normas de un supuesto tipo o idea, de revolución burguesa, sino tal y como lo permitieron las reales y peculiares características de la sociedad española.²²⁵

La influencia del modelo francés es indudable, aunque resulta oportuno insistir en el hecho de que esta influencia en España se produce de una forma particular y tardía.

Según GACTO ALEJANDRE Y GARCIA MARIN “La particular coyuntura de las circunstancias políticas y jurídicas así como sociales en la España de principios del siglo XIX determinó que la asunción del Estado liberal adoptará el ritmo de un dilatado y azaroso proceso.”²²⁶,”

Y en lo que respecta al Ministerio Fiscal en esta época, señala LORENTE la institución “se mostrará sensible al nuevo marco político el siglo XIX toda vez que representa la instauración de la organización y planta del Ministerio Fiscal, una delimitación más clara de sus funciones, el definitivo abandono de sus cometidos

²²⁴ MADIA “Il Pubblico Ministero Nell evoluzione storica e nello stato moderno” en *Natura e funzioni del Pubblico Ministero, Lineamenti per una riforma. III Convengo Nazionale Roma Eur Plazzo dei Congressi* 23 , 24, 25 aprile 1966 comitati di azione per la giustizia arti grafiche jasillo Roma 1967 Pág. 78 citado por MONACO GIUSEPPE “ *Pubblico Ministero Ed obligatorietà del azione penale*” Milano Dot A giufre Editore 2003 Pág. 208

²²⁵ A este respecto también concuerdan FAIREN “La situación actual del Ministerio Fiscal” en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, número 4 1970 Pág. 760, en el mismo sentido MUÑOZ CALVO “La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su Problemática. El llamado Consejo Fiscal” en *El poder Judicial Volumen III, Instituto de Estudios Fiscales, Dirección General de lo contencioso administrativo del Estado*, Madrid 1983 Pág. 2,157.

²²⁶ GACTO, ALEJANDRE Y GARCIA MARIN; “El Derecho Histórico de los pueblos de España” *Publicaciones de la Facultad de derecho de la universidad complutense de Madrid*, Madrid 1982 Pág. 470.

hacendísticos y una estructuración interna a base de los principios de legalidad, imparcialidad y unidad, junto a una dependencia externa claramente vinculada con el Ejecutivo.²²⁷”

La Constitución de Cádiz 1812 Importantísimo precedente legal para la vida Jurídica de Guatemala, trajo consigo una nueva orientación estructural de lo que debía ser un Administración de justicia moderna y eficaz. Fruto de aquellos trabajos parlamentarios fueron los decretos que a continuación se numeran 1) el decreto de 17 de abril de 1812, en virtud del cual se creaba en sustitución de los antiguos Consejos, el Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional al que se adscribieron dos fiscales. 2) el decreto de 13 de septiembre de 1812 que instaura promotores fiscales en todos los partidos judiciales, 3) también el decreto de 9 de octubre de 1812 con el fin de evitar las omisiones en la persecución de los delitos o los efectos de las acusaciones falsas, exigía la presencia o audiencia del Fiscal aunque hubiese parte acusadora, 4) el Decreto de 13 de marzo de 1814 con respecto al fiscal se ven reforzadas sus posibilidades funcionales al nombrar a dos auxiliares por cada uno de aquellos.²²⁸ 5) Por decreto del 15 de septiembre de 1813 las Cortes hicieron el arreglo de partidos judiciales y dispusieron que en cada uno hubiese un promotor fiscal letrado, que había de ser nombrado por el jefe político superior de la provincia, oyendo antes el parecer de la Audiencia y del Juez de primera instancia²²⁹”

Es el año de 1835 que después de la Muerte de Fernando VII asume la regencia la Reina María Cristina durante la minoría de edad de Isabel II. La cuestión de la legitimidad dinástica representada por las pretensiones carlistas hizo que la Regente buscara, como protección a la Corona el apoyo de los sectores liberales, abriéndose un período de corte renovador que imprimió un nuevo impulso a las reformas iniciadas en 1812²³⁰

Y con ocasión de la entrada en vigencia del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia la concepción institucional del ministerio Fiscal comienza a experimentar un importante giro. Es pues según consideración oportuna expresar que es uno de los textos legales que más regula lo relativo a la institución que se estudia toda vez que en materia procesal, la promulgación de dicho reglamento supone la plasmación de

²²⁷ LORENTE “Estatuto del Ministerio Fiscal” Cuadernos de documentación número 4 Madrid 1980 Pág. 13.

²²⁸ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 35.

²²⁹ LOPEZ SERRANO “El Ministerio Público” en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo LVII 1880/2 Pág. 303.

²³⁰ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 124.

parte de los postulados de la constitución de 1812 y un paso decisivo en la trayectoria codificadora en esta materia, TOMAS Y VALIENTE insigne jurista español, divide el proceso revolucionario español en dos etapas, La primera a partir de 1812 y consideran que la segunda etapa de este proceso puede ser calificada como estrictamente revolucionaria y que comprende los años 1836 a 1856²³¹.

Con el reglamento provisional se fijaron poco después de la creación de los promotores fiscales, reglas importantísimas para el ejercicio de la acción pública y para los deberes de aquellos a quienes se encomendaba, se deslindaron sus facultades y si en aquellos pasos no llegó a completarse, la obra quedó desde luego muy adelantada y fijado el verdadero carácter que corresponde al Ministerio Fiscal.²³²»

Señala ANDREZ IBAÑEZ que “con el Reglamento provisional se habría dado un paso definitivo hacia la obligatoriedad que hoy tiene la presencia del Ministerio Fiscal en el proceso, aunque todavía desde una articulación orgánica diferente, que como acabamos de ver sugiere su estatuto profesional²³³»

En efecto de la lectura de algunas de las disposiciones contenidas en el citado reglamento se desprenden nuevos perfiles definitorios de la institución, entre los que habría de destacar: 1) La obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en todas las causas en las que se ventilen delitos públicos, a tal respecto el artículo 101 del referido Reglamento estableció “ Los fiscales y los promotores fiscales, como defensores que son de la causa pública de la Real jurisdicción ordinaria y encargados de promover la persecución y castigo de los delitos que perjudican la sociedad, deberán apurar todos los esfuerzos de su celo para cumplir bien con tan importantes obligaciones...”2) la defensa de la causa pública y de la Real Jurisdicción ordinaria en la que se mantiene una clara vinculación con la Corona y finalmente 3) la independencia de opinión que se reconoce a la institución en el ejercicio de sus funciones, así como el germen de los principios de legalidad e imparcialidad en su Actuación. Con respecto a estos últimos el artículo 107 del referido reglamento establecía “ Empero todos los fiscales y promotores fiscales deberán siempre tener muy presente que su ministerio, aunque severo, debe ser tan justo e imparcial como la ley en cuyo nombre la

²³¹ TOMAS Y VALIENTE “Manual de Historia...” Pág. 404.

²³² HUET “Algunas observaciones...” Pág. 170

²³³ ANDRES IBAÑEZ “El Ministerio Fiscal” En el Poder Judicial Temas clave de la Constitución española, Tecnos, Madrid 1986 Pág. 378.

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”

Con relación a la organización interna de la institución el reglamento distingue entre dos categorías denominadas Fiscal, el primero propiamente fiscal para los miembros del Ministerio Público que sirven en el Tribunal Supremo y en las Audiencias y el segundo Promotor fiscal, aplicada a aquellos funcionarios del Ministerio Fiscal que sirven en los juzgados inferiores.²³⁴

Se observa en las disposiciones del Reglamento que la estructura jerárquica aparece más perfecta en cuanto a unidad de criterio entre los Fiscales de las Audiencias y los Promotores Fiscales, siempre que los Fiscales de Audiencias y Promotores Fiscales sólo tienen frente a los Fiscales del Tribunal supremo un deber de colaboración e información, similar al que afecta al resto de funcionarios públicos²³⁵

Es entonces el reglamento provisional de 1835 la base en la que se parte un mayor número de disposiciones relativas al Ministerio Fiscal porque desde 1836 a 1869 se publicaron mucho más disposiciones con el objetivo de desarrollar la regulación orgánica del Ministerio Fiscal Español desde los presupuestos de la concentración y centralización y asegurar la dependencia gubernamental de la institución a través de un aparato jerárquico en cuya cúspide se sitúa al Ministro de Justicia.²³⁶

Con lo que respecta a la estructura orgánica en forma gradual se va diseñando una institución jerarquizada e implantada en la gran mayoría de los órganos jurisdiccionales. De

²³⁴ Ver artículos 99 y 101 del Reglamento provisional para la administración de justicia de 1835.

²³⁵ El artículo 104 del Reglamento provisional para la administración de justicia de 1835 establece “...En su consecuencia están autorizados los fiscales del tribunal supremo para pedir y exigir por sí a los fiscales de las audiencias a los procuradores de los juzgados inferiores y estos tienen obligación de darles, en cuanto legalmente puedan, los informes y noticias que necesiten para el mejor desempeño de sus atribuciones. Establece por su parte el artículo 105 “...Salva siempre la independencia de opinión que los mencionados promotores, como únicos responsables de sus actos en las causas que despachen, deben tener respecto á éstos para no pedir ni imponer sino lo que ellos mismos conceptúen arreglado a las leyes”

²³⁶ FLORES PRADA “el Ministerio...” Pág. 126 señala que “Baste un botón de muestra, la cita de exposición de motivos del decreto de 26 de enero de 1844 de la que entresacamos las siguientes afirmaciones “El Ministerio Fiscal, cuyas atribuciones se cifran en promover, bajo las órdenes del gobierno de Vuestra Majestad la represión de los delitos, la defensa judicial de los intereses del Estado y la observancia de las leyes que determinan la competencia de los tribunales, no llena en España cumplidamente los fines de su establecimiento por un efecto de su desacertada organización... Los promotores fiscales de los partidos y los fiscales de rentas están autorizados para seguir libremente su opinión en el despacho de los negocios por arduos e importantes que sean y por eso se cometen a veces errores gravísimos y perjudiciales al Estado.”

ello entre 1812 y 1835 quedo establecida la planta del Ministerio Fiscal compuesta por los fiscales en todos los partidos judiciales.²³⁷

Según MARTIN LOZAR “La planta descrita corresponde a la estructura orgánica del ministerio fiscal en la jurisdicción ordinaria, la utilidad pública de la función fiscal hizo que la institución estuviera representada también en las jurisdicciones especiales por lo que puede hablarse de los fiscales de hacienda, los fiscales del Tribunal mayor de cuentas, fiscales eclesiásticos etc.²³⁸”

Cuando se estudia el reglamento del Tribunal Supremo de fecha 17 de octubre de 1835 se regula diversos aspectos relacionados con la faceta orgánica de la institución del ministerio fiscal entre ellas se atiende a las condiciones que deben concurrir en quienes se propongan para Promotores Fiscales y Ministro O Fiscal Togado, se regula la presencia en el Tribunal Supremo de un Fiscal para Indias a cuyo auxiliar se le denominó agente, y se instituye en dicho tribunal la junta gubernativa de la cual debía formar parte el Fiscal.²³⁹

Otro documento legal importante para el presente estudio es el Decreto de fecha cinco de enero de 1844, “decreto este en cuyo escueto preámbulo se insiste en la necesidad de dar unidad de acción y robustez de acción al Ministerio Fiscal y deseando facilitar los medios de realizar otras importantes reformas en la Administración de justicia.²⁴⁰”

“Es importante constatar que hasta estos años no tan lejos el Ministerio Fiscal seguía manteniendo una rígida dependencia externa con el Poder Ejecutivo, “sin embargo, internamente todavía carecía de ella. Los distintos componentes de la Carrera Fiscal todavía seguían sin lazos de subordinación entre ellos, desempeñando sus cometidos con plena autonomía de los demás.²⁴¹”

El decreto de 1844 en referencia trabaja sobre los principios de unidad y dependencia en cada órgano de la institución, creando un solo Fiscal en el Tribunal Supremo así como uno en cada Audiencia, bajo cuya dirección se situaba a los auxiliares correspondientes.²⁴²

²³⁷ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 128.

²³⁸ MARTIN LOZAR “El Ministerio Fiscal, Valladolid, 1853 Pág. 17.

²³⁹ Puede verse el decreto de fecha 5 de enero de 1844 adicional al Reglamento del Tribunal Supremo

²⁴⁰ LOPEZ LOPEZ “Estructura orgánica del Ministerio Fiscal...” Pág. 100

²⁴¹ LOPEZ LOPEZ “Estructura orgánica del Ministerio Fiscal...” Pág. 100.

²⁴² Este decreto anudado a las Reales órdenes de 13 de octubre y 6 de noviembre de 1844 y de 7 de octubre de 1845 establecen la obligatoriedad del Fiscal de asistir a estrados así como el orden de intervención en los mismos.

Como se ha observado el Ministerio fiscal tiene encomendada según el reglamento provisional de 1835 que anteriormente se ha comentado la defensa de la causa pública y de la Real jurisdicción ordinaria. Con relación a esto el Real Decreto de fecha 29 de diciembre de 1838 dice que “El Ministerio Fiscal es el brazo robusto de la justicia y del Gobierno”²⁴³

Dentro del conjunto de los miembros del Ministerio Fiscal, las disposiciones que a partir de 1850 más han a incidir en la subordinación jerárquica respecto al gobierno se refieren a los Fiscales de hacienda, una tendencia que terminará, treinta años más tarde, con la separación de cuerpos mediante la creación de la Abogacía del Estado.²⁴⁴

Un documento valioso es la Constitución de 1869 cuya tendencia es considerablemente progresista y por donde primera vez se utiliza el termino de Poder Judicial, debido a la necesidad de configurar a la magistratura como verdadero poder del Estado, sobre el ánimo de recuperación de dicho fundamento político, sobre sus límites y sobre su conexión con las garantías del juez²⁴⁵

Con el marco del movimiento codificador y directamente bajo la influencia del espíritu de la constitución descrita anteriormente se crea la ley de fecha 15 de septiembre de 1870 Ley provisional sobre Organización del Poder Judicial y que según la Crónica de la Codificación. Era una ley precursora de las grandes y utilísimas reformas que se practicarán muy en breve en el código civil de procedimiento y de la formación de otro

²⁴³ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 35.

²⁴⁴ MARCHENA GOMEZ “El ministerio...” Pág. 37 copia literalmente el decreto de fecha 29 de enero de 1844 que establece: “En los pleitos sobre señoríos mostrencos y cualesquiera otros en que se interese el Estado o el Real Patrimonio, los promotores fiscales y fiscales de hacienda en su caso, no podrán proponer demanda ni contestarla sin consultar primero el dictamen de mi fiscal en la Audiencia respectiva, arreglándose puntualmente a sus instrucciones Si no se conformasen con ellas, le dirigirán las observaciones que estimaren conducentes, y en el caso de insistir le obedecerán cumplidamente y salvarán su responsabilidad dando cuenta a mi gobierno por conducto del Ministerio de Gracia y Justicia y previniéndolo con la anticipación debida a mi Fiscal.” FLORES PRADA “El Ministerio...” señala “ Es más en una Real Orden del Ministerio de Hacienda de 1846 se dispone explícitamente que “Atendiendo al carácter y la nueva organización del Ministerio Fiscal, no puede reconocerse en ésta la independencia de opinión que pretende el Fiscal y que, por el contrario, debe haber entre los Fiscales y el Gobierno igual subordinación que la que existe entre los Promotores y los Fiscales y si en algún caso no se considerase oportuna la promoción o continuación de un litigio lo exponga al gobierno de su Majestad por medio de este Ministerio con los fundamentos de opinión para que su Majestad, en vista de las razones expuestas, resuelva lo más conveniente, a cuya resolución habrá de subordinarse el ministerio Fiscal.”

²⁴⁵ Ver a tal respecto la exposición de motivos de la Ley orgánica del poder judicial de 1870 contenida en Crónica de la Codificación Española , Organización Judicial, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación Madrid 1970. Volumen I Pág. 105 y 106

nuevo código que respondiera a una necesidad urgentísima y perentoria de la Ley de enjuiciamiento criminal.²⁴⁶

El texto de 1870 ha sido un punto de referencia en el poder judicial español por espacio de más de cien años esta ley le brinda al Fiscal el primer tratamiento institucional y sistemático de la era contemporánea.²⁴⁷ Brindando al Ministerio Público una configuración en la cual la sitúa bajo la dependencia del Poder Ejecutivo, una posición que según MARTIN GRANIZO obedecería a tres razones fundamentales en primer lugar una errónea interpretación de los antecedentes históricos en los que se identifica al fiscal moderno con cargos de confianza del monarca, en segundo lugar al Reglamento provisional para la administración de la Justicia en el que se vincula a los Procuradores Fiscales con la defensa de la causa pública y tercera bajo la influencia del sistema jurídico político francés.²⁴⁸

Según análisis de FLORES PRADA la dependencia del Ministerio Fiscal respecto del gobierno encuentra explicación en dos razones, bastantes simples por un lado. En esta cuestión la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 arranca de dos antecedentes esenciales por una parte una trayectoria histórica marcada por una constante dependencia del Ministerio Fiscal respecto del poder político y en tal sentido la aportación de la misma ley supone la adaptación, del viejo Ministerio Público al nuevo modelo de Estado y en particular al proceso de reformas que sufre la Administración de justicia a lo largo del siglo XIX y el otro antecedente es que la adaptación del nuevo modelo de Ministerio Fiscal se aborda desde el reglamento provisional de 1835 teniendo como punto de partida los principios de concentración unidad y dependencia que informaron la configuración del Ministerio Público Francés a partir de 1810.²⁴⁹

²⁴⁶ Crónica de la Codificación Española... Vol. I Pág. 104.

²⁴⁷ Ver MARTIN GRANIZO "El Ministerio..." Pág. 73, LOPEZ SERRANO "El Ministerio..." Pág. 305 así también AGUILERA DE PAZ "El Derecho judicial Español" Reus, Madrid 1920 Pág. 458. A la regulación del Ministerio Fiscal dedica la LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL los artículos 763 a 854 ordenados en quince capítulos dentro del Título XX. A la hora de fijar la naturaleza jurídico política de la institución en la nueva ley, conviene referirse a tres preceptos, extraordinariamente significativos el primero de ellos, póstico de toda la regulación, se expresa en los siguientes términos " El Ministerio Fiscal velará por la observancia de esta ley y por las demás que se refieran 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." El artículo 787 reza "La fiscalía del Tribunal Supremo será de libre nombramiento por el Gobierno." Y el párrafo primero del artículo 841 establece "El Fiscal del Tribunal Supremo será el jefe del Ministerio fiscal de toda la Monarquía bajo la inmediata dependencia del Ministerio de Gracia y Justicia.

²⁴⁸ MARTIN GRANIZO "El Ministerio..." Pág. 75.

²⁴⁹ FLORES PRADA "El Ministerio..." Pág. 132.

El jurista MARCHENA sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 expresa que “El estatuto del Ministerio Fiscal en referida ley, se construye sobre una concepción jerarquizada de la institución bajo la dependencia directa del Gobierno”²⁵⁰

Aunado a la dependencia directa existe una interna por medio de la estructura piramidal compuesta por el Fiscal del Tribunal Supremo, los fiscales de las Audiencias, los Fiscales de los Tribunales de partido y los Fiscales de los juzgados municipales.

Un aspecto muy considerable en la presente ley es que existe la posibilidad de discrepancia de los fiscales inferiores respecto a los superiores e incluso del Fiscal del Tribunal Supremo respecto al Gobierno²⁵¹.

Otra ley importantísima en el desarrollo evolutivo del Ministerio Fiscal en el estado liberal en España es las Leyes de enjuiciamiento civil de 1881 y la criminal de 1882. A criterio de MARTIN GRANIZO “las presentes leyes definen la intervención procesal del Fiscal y su adecuación con la posición que ocupa la institución en el plano jurídico político²⁵².” En lo que respecta a la materia civil la ley refleja en cierta medida, la confusión en torno a la naturaleza, posición institucional y consecuente ámbito funcional del Ministerio Fiscal.²⁵³ Toda vez que como expone PRIETO CASTRO “actúa en ocasiones como parte y en otras como dictaminador.²⁵⁴” El autor antes expuesto considera que los caracteres del Ministerio Fiscal decimonónico en la ley de enjuiciamiento civil se debe a su

²⁵⁰ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 73. “no necesita ser más explícito el artículo 841 de la LOPJ de 1870 cuando señala que “El fiscal del Tribunal Supremo será el Jefe del Ministerio Fiscal de toda la monarquía, bajo la inmediata dependencia del Ministerio de Gracia y Justicia” Dicho artículo sigue señalando el autor, es perfectamente compatible con otros preceptos en los que se establece la separación libre por el Gobierno de los fiscales de las Audiencias, la separación de los funcionarios del Ministerio Fiscal por el Gobierno mientras dure el expediente de separación de la carrera o el traslado de dichos funcionarios libremente por el gobierno” ver artículos 841,820 827.1 y 829 de la ley en referencia.

²⁵¹ La discrepancia queda establecida en el artículo 841.4º. de dicha ley el sistema no difiere en gran medida del procedimiento establecido en el artículo 27 del vigente Estatuto Orgánico en la medida en que la oposición por el inferior genera un replanteamiento en la orden emitida por el superior ver artículo 843, quien de mantenerse en su criterio, podrá nombrar a otro fiscal para el despacho del asunto ver artículo 844 el procedimiento con respecto al vigente estatuto orgánico se invierte, en cambio cuando la orden proceda del gobierno quien será en ultima instancia quien decida ver artículo 843.

²⁵² MARTIN GRANIZO “El Ministerio...” Pág. 75.

²⁵³ MARTIN GRANIZO “El Ministerio...” Pág. 75 “Ello resulta explicable si tenemos presente que el Fiscal venía siendo utilizado como órgano polivalente, al que estaban atribuidas múltiples funciones vinculadas tanto a la defensa objetiva de la legalidad como también y principalmente a la defensa de la Administración, de los intereses de la Corona o de determinados derechos particulares como de menores incapacitados, impedidos o ausentes. Ver entre otros, los artículos 1103,1109 y 1112 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aún vigentes.

²⁵⁴ PRIETO CASTRO, “Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el Orden Civil” Real Academia de Legislación y jurisprudencia” impreso Viuda de Galo Sáez, Madrid 1953 Pág. 15

influencia francesa, proveniente en este ámbito del code de procedure civile de 1806 en Francia, el texto francés recoge y traduce procesal mente la escisión entre un Ministerio Público como parte principal y un Ministerio Público como parte jointe.²⁵⁵

En conjunto y teniendo presente los dos títulos de intervención a que se ha referido anteriormente conviene advertir una posición peculiar y específica del Ministerio Fiscal en el proceso civil, de un lado, no es posible reconducir su actuación procesal al sustancial concepto de parte en cuanto sujeto que litiga por y en defensa de derechos propios, con disponibilidad sobre el objeto y con interés personal y riesgo de derechos subjetivos en la solución jurídica del conflicto. Señala FLORES PRADA que “La presencia del Ministerio Fiscal en el proceso civil se justifica por el peligro que supondría abandonar en manos privadas determinadas parcelas del ordenamiento civil donde está claramente presente el interés público y en las cuales, ni la ley positiva ni la posición judicial ofrecen suficiente protección ante una eventual vulneración de dicho interés por convenios o acuerdos ínter partes.”²⁵⁶,

Es pues que la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de la titularidad de derechos subjetivos y la intervención objetiva en defensa del interés público, presentes en determinadas cuestiones suscitadas en la materia civil, nos hace cuestionar mucho su naturaleza, por lo que se hace necesario tener muy presente el concepto jurídico de parte que haga insoslayable la distinción entre la intervención en defensa de la titularidad de derechos subjetivos y la intervención objetiva en defensa del interés público. La solución a

²⁵⁵ PRIETO CASTRO “Construcción dogmática del Ministerio Fiscal...” Pág. 45 a 54 consigna: “ Tres cuestiones relativas a la intervención del Ministerio fiscal en su condición de actor que no carecen de interés ala hora de establecer elementos comparativos con las partes privadas: de un lado podrá obrar no sólo por vía de acción (demandante o demandado) sino también hacer uso de las posibilidades de intervención principal o adhesiva y recurrir en los negocios en que debiendo se parte no lo hubiera sido, para ello no necesitará ser representado por procurador ni puede ser declarado en rebeldía. En segundo lugar, rige para el Ministerio Fiscal el principio de exención de costas. Finalmente y a partir del fundamento establecido por el recurso de casación en interés de la ley, debe quedar legitimado el Ministerio Fiscal para interponer recurso contra la sentencia de instancia que, aun conforme a los pedimentos del Fiscal, resulte contra legem por concurrencia de cualquier vicio o defecto jurídico. En Cuanto a la segunda faceta apuntada, la intervención procesal del Ministerio fiscal como dictaminador señala que en el curso de un procedimiento que inician los titulares de la relación jurídica material o los que tengan derecho o deber de figurar como partes, vigila para que impedir que en determinados sectores del derecho que interesan al bien público se produjesen resultados dudosos por la negligencia, los convenios o el fraude de los litigantes. Las dos categorías expuestas en líneas generales con una clasificación más amplia en la que distingue la participación del Ministerio Fiscal en el proceso civil como actor y como interviniente, dentro de esta segunda condición se distingue a su vez, entre la intervención con plenas facultades instructoras, intervención sólo para discutir sobre los materiales instructores aportados por los litigantes e intervención meramente consultiva de informe o dictamen en sentido estricto.

²⁵⁶ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 140.

este cuestionamiento nos la otorga CRISTOFOLINI al determinar que “ Las exigencias técnicas del proceso civil prohíbe que el juez se erija en tutor de estos intereses públicos, de oficio, sin instancia de parte, y de aquí por qué la protección de los mismos se encomienda a un órgano administrativo, el Ministerio Fiscal, el que sin embargo al asumir la postura de actor, no está en juicio por el Estado como sujeto de derechos, sino que, en calidad de parte en sentido formal, se halla libre de todo vínculo con los sujetos de la relación jurídica material, persiguiendo en el proceso en los casos concretos, aquellos intereses que con carácter general son tutelados por la función legislativa que promulga normas jurídicas destinadas a proteger intereses generales de la sociedad.²⁵⁷”

Con respecto a la Materia criminal como señala AGUILERA DE PAZ “ no logra definir con caracteres precisos la posición del Ministerio Fiscal en el proceso penal,” en esta línea se puede considerar como lo dice FLORES PRADA puede definirse “solo si se tienen presentes la estructura y fundamentos que dieron lugar al sistema acusatorio formal o mixto, resulta posible explicar la transmutación procesal de una institución que durante la instrucción tiene atribuido el control y fiscalización de la actividad jurisdiccional, en tanto que en el juicio oral la actividad del Ministerio Fiscal responde a la actividad esencial de parte, sin sustanciales distinciones con el resto de intervinientes.²⁵⁸”

La estructura del proceso penal en esta ley se da con el mantenimiento de la figura del juez instructor en el marco de una investigación penal de corte inquisitiva, ello termina por imprimir una inversión de los papeles que desempeñan el juez y el Ministerio Fiscal en esta fase procesal.

Mientras el juez queda convertido en el director e impulsor de la investigación, el Ministerio fiscal pasa a desempeñar la función de inspector del sumario.

De este hecho se deriva dos contradicciones esenciales y una larga práctica viciosa aún no desterrada definitivamente del modelo de justicia penal en España²⁵⁹, de una parte, el juez se convierte, a un tiempo, en el motor de la investigación y en garante de los derechos fundamentales en tan delicada fase procesal de otra parte, el Ministerio Fiscal encuentra notablemente devaluada su función postulante en el marco de la investigación

²⁵⁷ CRISTOFOLINI “ Sulla posizione e sui poteri del Pubblico Ministero nel processo civile” en Rivista de Dir, Proc. Civile 1930 (VII) Pág. 43 citado por PRIETO CASTRO “Construcción dogmática...” Pág. 94.

²⁵⁸ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 141.

²⁵⁹ Como se ha podido constatar por estudiosos en conversaciones Inter. aulas.

que acaba por situarlo a remolque del juez instructor, potenciándose, en cambio su función fiscalizadora. Junto a ello la posición procesal del juez instructor favorece la desacertada práctica de convertir los medios de investigación en pruebas, el auto de procesamiento en borrador de la sentencia y el juicio oral en un mero trámite, colofón de una actividad instructora caracterizada por la exhaustividad²⁶⁰.

Concluyendo y sintetizando la ley de enjuiciamiento criminal de 1882 puede aducirse que dicha ley puede ser considerada uno de los textos más avanzados de su época a gracia de que goza de un cuerpo normativo más correcto técnicamente, no en vano supuso el abandono definitivo del modelo inquisitivo poniendo las bases además para un nuevo modelo de enjuiciamiento penal.

No obstante manifiesta FLORES PRADA “determinados cambios parecieron demasiados bruscos y se optó por una reforma gradual, la conciencia de transitoriedad está presente en buena parte de la exposición de motivos, en espera de que un nuevo contexto político y social resultara más propicio para instaurar el modelo acusatorio verdadera aspiración del legislador, comenta el autor antes expuesto que baste recordar algunas de las afirmaciones contenidas en la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento criminal de 1882 para comprobar cuáles fueron las verdaderas aspiraciones del ministro ALONSO MARTINEZ, al referirse al fiscal y a su decisiva influencia en la suerte final de los acusados señala el ministro que “suponiendo que algún día el legislador echándose en brazos de la lógica, llegase hasta este último límite del sistema acusatorio, el Gobierno de Vuestra Majestad, ha creído que la transición era demasiado brusca para este país, en que los jueces han sido ahora omnipotentes, persiguiendo los delitos por propia y espontánea iniciativa, instruyendo las causas los mismos que habían de fallarlas, ejerciendo la facultad omnímoda de separarse de los dictámenes fiscales...”²⁶¹

Como se puede inferir la conciencia de transitoriedad de esta ley se encuentra presente en la exposición de motivos en espera de que en un nuevo contexto político y social resultara más propicio para instaurar el modelo acusatorio verdadera aspiración del legislador y de muchos eruditos del derecho en España y que hoy por hoy sigue sujeto a discusión, análisis y críticas.

²⁶⁰ Ver IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO “Independencia y autonomía...” Pág. 119.

5. EL MINISTERIO FISCAL EN EL TRANSITO DE LA CRISIS DEL ESTADO LIBERAL Y LA CONSOLIDACION DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

Señala DIAZ que “las causas que provocarían la crisis del Estado liberal fueron sembradas en la propia gestación del mencionado modelo de Estado.²⁶²” Debe de recordarse que el Estado Liberal surge de la Revolución francesa, es decir es el producto de un movimiento revolucionario convulso que, aunque sin ser instantáneo genero un modelo básico o bien llamado simple, inspirado en la literalidad de algunos planteamientos ideológicos y resultado del triunfo de una clase social determinada que, finalmente impuso su modelo sobre el resto de las tendencias sociales que convergieron en el proceso.

El cáncer del Estado Liberal como lo ha denominado GARCIA PELAYO “no esta en los planteamientos de base del Estado de Derecho, esto es en el principio de legalidad, en el sometimiento al derecho, en la división de poderes, en la protección de los derechos fundamentales o en modelo normativo constitucional, más bien esta en los marcados perfiles liberales como la individualidad, la propiedad y el juego del mercado que se filtran por todos los poros de la estructura jurídico política del Estado.²⁶³”

Para los liberales el Estado debía ser un gendarme, limitado a garantizar la libertad, la seguridad y la propiedad y, sobre todo, debía *laissez faire, laissez passer*, dejar hacer, dejar pasar sin intervenir.²⁶⁴

En esta concepción latía la inhibición del Estado a los problemas económicos y sociales, sociedad y estado son sistemas distintos con regulaciones autónomas y con mínimas relaciones entre sí.²⁶⁵ El estado en esta relación de ideas, lo concibe FLORES PRADA como “ordenación institucional, dotada de una estructura jurídico política y orientada a garantizar el desenvolvimiento autónomo de las relaciones sociales. Unas

²⁶¹ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 141.

²⁶² DIAZ ELIAS, “Estado de derecho y...” Pág. 30.

²⁶³ GARCIA PELAYO “Las transformaciones...” Pág. 22. Así también DIAZ ELIAS “Estado de Derecho y..” comenta: “Las bases ideológicas del Estado liberal fueron asentadas básicamente, sobre el individualismo y el abstencionismo estatal.”

²⁶⁴ GARCIA MORILLO “La democracia en...” Pág. 39.

²⁶⁵ GARCIA PELAYO “Las transformaciones...” Pág. 22.

relaciones sometidas a la regla de la competencia y llamadas a generar espontáneamente el mejor de los ordenes sociales posibles.²⁶⁶,”

El principal factor de crisis en el estado liberal fue el factor de contenido económico²⁶⁷ como puede de suponerse los problemas generados en el contexto económico y social a partir de la segunda mitad del siglo XIX exigían reformas de mayor calado que las meras políticas sectoriales de contenido económico. Es pues el contenido socioeconómico que va poniendo de manifiesto las carencias del sistema político de contenido liberal capitalista.²⁶⁸

La segunda mitad del siglo XIX se caracterizó por el auge de la Revolución Industrial. El fenómeno de la industrialización genera el surgimiento de una nueva clase social, la clase obrera, además de originar una expansión económica y una grave problemática social. Panorama que da origen a una serie de fenómenos que contribuirán a impulsar la transformación del Estado Liberal, tales como el sindicalismo, las reivindicaciones obreras, la lucha de clases.²⁶⁹

En Francia durante el período comprendido entre 1815 y 1870 “conocido como el tiempo de las oscilaciones, se sucede en Francia la restauración con Luis XVIII; el destronamiento de Carlos X, una monarquía tributaria de un motín, la de Felipe I de Orleans, la Segunda República, un golpe militar, una dictadura de hecho y un Imperio. Durante este tiempo se van poniendo sobre el tapete sucesivamente y con altibajos y retrocesos, todos los grandes temas del constitucionalismo: sufragio universal, voto secreto, iniciativa legislativa, libertad de expresión, libertad de prensa, libertad de enseñanza, etc. Pero sobre todo se pone de manifiesto que una nueva fuerza social, el proletariado fabril, ha entrado en escena reclamando su puesto al sol. La verdad es que desde la Revolución francesa hasta 1848 la composición del pueblo francés había cambiado. Mientras que en 1789 el pueblo se componía de artesanos y campesinos, siendo muy reducido el número de obreros fabriles, entre 1815 y 1848 la revolución industrial crea un proletariado, el salario mínimo era ínfimo. Los obreros no tenían el derecho de huelga. Se alojaban en verdaderos

²⁶⁶ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 144.

²⁶⁷ Puede verse mejor sobre las carencias del Estado Liberal en PECESBARBA MARTINEZ “Consideraciones sobre el significado y el valor del Estado” en *Sistemas*, número 38-39 octubre 1980 Pág. 11

²⁶⁸ GARCIA MORILLO “La democracia en...” Pág. 39.

²⁶⁹ GUZMAN FLUJA “Administración de Justicia y Responsabilidad del Estado” Tesis doctoral Universidad Carlos III de Madrid 1992 Pág. 88.

tugurios. El justo medio no era justo más que para los burgueses los proletariados morían de hambre. En estas condiciones era inevitable que el estallido social acabara produciéndose”

Es sin lugar a dudas que la primera crisis del estado liberal es la crisis socioeconómica producto de la aplicación rígida de los fundamentos ideológicos liberales a las leyes del mercado a través del principio de no intervención.

La segunda crisis del estado liberal es una crisis político institucional que recogió los desajustes de determinadas piezas sobre las que venía construido el Estado liberal y cuyo funcionamiento comienza a mostrarse inadecuado a la nueva realidad social a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX:

La tercera crisis del estado liberal es una crisis jurídico institucional que afecta de modo directo a la posición jurídica del Ministerio Fiscal la crisis jurídico institucional se compone de cinco aspectos importantes: Aspecto numero uno: La crisis representativa o de sufragio censitario: La crisis del sistema de representación política es para ASENSI “uno de los elementos sustanciales en el replanteamiento de los nuevos horizontes del Estado. Ajuicio del autor puede entenderse por crisis la situación en la que el orden de las palabras ha dejado de responder al orden de las cosas, de los fenómenos tal y como se producen en la realidad. Pues bien cuando lo que se pone en crisis es una determinada estructura normativa es porque el orden normativo que debe reproducir una estructura de fenómenos no es aquél bajo el cual se presentan los fenómenos en las descripciones operativas que damos de ellos. Esto es lo que ocurre con la representación política, institución y complejo normativo heredados de la tradición democrática liberal introducida en las organizaciones jurídico políticas modernas hasta la actualidad conservando sus elementos característicos básicos, pero cuya vigencia no da cuenta de los fenómenos políticos ligados al proceso representativo si no es mediante una compleja mediación lingüística o doctrinal que no llega a borrar la sensación de construir un edificio intelectual que apenas se sostiene.”²⁷⁰,

Es pues la crisis representativa o democrática uno de los principales dogmas del Estado moderno contemporáneo, la sustancialidad del Estado de Derecho no puede

²⁷⁰ ASENSI “Estado y Representación Política: Esquema de una crisis” En Sistema, Número 118-119 marzo 1944 Pág. 33.

asentarse sólo sobre la base del gobierno por las leyes sino que precisa de una legitimidad popular de las mismas que asegura la participación del orden jurídico.²⁷¹

Solo en las constituciones más progresistas se hablará de un concepto del que habla PEREZ LUÑO denominado soberanía popular como oposición al concepto de Soberanía nacional que va quedando estrecho cuando refleja una restricción participativa que hacía descansar la representación política en los sectores más favorecidos de la sociedad, coincidentes en definitiva con los directores de la clase política dominante: La burguesía²⁷².

Aspecto numero dos: La crisis estructural o del principio rígido de separación de poderes²⁷³: La división de poderes fue adoptada como formulación programática en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano TOMAS Y VALIENTE comenta “El tema de la división de poderes fue objeto a la larga de importantes correcciones tanto en las construcciones teóricas como en la realidad institucional principalmente en lo concerniente al Poder Ejecutivo.²⁷⁴” Una razón circunstancial determinó en Francia que la interpretación del principio de división de poderes no se adecuara desde los orígenes mismos del constitucionalismo a esos criterios ortodoxos que imponían sus propias y auténticas fuentes, y que, por el contrario, afirmándose la idea heterodoxa de una libertad del Ejecutivo respecto de los otros poderes, y específicamente respecto del Poder Judicial. Ya a resultas de la revolución no se podrá hablar propiamente de una trilogía de poderes en equilibrio, sino de la tácita fuerza expansiva de uno de ellos, el Ejecutivo sobre la preeminencia clásica y ortodoxa del otro el legislativo, quedando el judicial claramente disminuido. El modelo político Napoleónico

²⁷¹ CONSTANT “Escritos Políticos” Centro de estudios constitucionales, Madrid 1989, Pág. 68.

²⁷² FLORES PRADA “El ministerio...” Pág. 149. A tal respecto conviene explicar que en Guatemala existe actualmente una crisis real, tangible y concreta con relación a la representación política en el sistema de gobierno en virtud de lo siguiente: la gran mayoría de la población guatemalteca es indígena, resulta ser que es la clase social menos protegida y favorecida con las políticas estatales, dicha población es la que ostenta menor numero de representantes dentro del organismo ejecutivo existe demasiado pocos indígenas que ejercen cargos políticos dentro de la esfera del legislativo así como el legislativo solo el dos por ciento de los miembros del parlamento son indígenas y paupérrimamente en el organismo judicial existen de dos a cinco jueces indígenas. Lo que podemos comentar es que al respecto actualmente en Guatemala no existe una soberanía popular plena toda vez que la mayoría de la población no interviene en la cosa pública y los no indígenas representan una soberanía nacional, que velara más por los cascos urbanos ladinos olvidando los territorios o comunidades indígenas. Y los indígenas participarán únicamente en política solo cuando existen elecciones.

²⁷³ El dogma de la separación de poderes, ensayado desde las tribunas filosóficas de LOCKE MONTESQUIEU Y ROUSSEAU

²⁷⁴ TOMAS Y VALIENTE “Manual de Historia...” Pág. 426.

introdujo inicialmente un elemento de distorsión sobre la auténtica teoría de MONTESQUIEU sobre la disposición dinámica de los poderes del Estado.²⁷⁵

El estado liberal nacía traicionando en cierto modo entre otros síntomas, el principio de equilibrio y el principio de la separación, la naturaleza y ubicación del Poder Judicial pronto pondrían de manifiesto la falta de coherencia de un sistema político construido sobre el dogma del control jurídico del poder y que, sin embargo no terminaba de esconder la preponderancia del Poder Ejecutivo.²⁷⁶

Para GARCIA PELAYO quien considera y explica que la doctrina de MONTESQUIEU se prostituyó por así decirlo toda vez que “sufrió con el curso del tiempo un proceso de dogmatización, convirtiéndose en una proposición acrítica de fe, la división e implicación de poderes se transformó en separación y derivó en una fórmula vacía de sustentación política, organizativa y sociológica, en una pura formalización que ignora la existencia de otros poderes y, en general, las transformaciones en el funcionamiento del sistema estatal.²⁷⁷

Aspecto numero tres: La crisis constitucional o del valor jurídico de la constitución: LUIGUI FERRAJOLI En su tesis sobre la ilegitimidad jurídica del Estado de Derecho ha concebido que el Estado liberal habría sido limitado solamente por prohibiciones en garantía de los derechos del individuo a no ser privado de bienes pre-políticos de la vida y de las libertades “ cuando un ordenamiento constitucional incorpora sólo prohibiciones que requieren prestaciones negativas en garantía de los derechos de libertad, se le caracteriza como Estado de Derecho Liberal. La abstención del estado en los derechos y libertades no se muestra como suficiente para garantizar un ámbito de protección aun mayor es pues necesario un ámbito de intervención que efectivamente permita o facilite las condiciones para su ejercicio en condiciones de igualdad. DIAZ manifiesta “que el liberalismo clásico, con su fondo de individualismo burgués, constituye insuficiente garantía para esa realización y protección de los derechos y libertades de todos los hombres. En efecto en la ideología del Estado liberal y en el orden social burgués los “derechos naturales” o derechos humanos, e identifican sobre todo con los derechos de la burguesía, derechos que

²⁷⁵ BLANCO VALDES “El valor de la Constitución” Alianza Universidad, Madrid 1994. Pág.70.

²⁷⁶ TORRES BOURSAULT “La división de poderes en la España de Hoy” Sistema, número 117 noviembre 1993 Pág. 21

²⁷⁷ GARCIA PELAYO “Las transformaciones...” Pág. 57.

sólo de manera formal y parcial se conceden también a los individuos de las clases inferiores. En el sistema económico capitalista, que sirve de base a ese orden social, se protegen mucho más eficazmente la libertad y la seguridad jurídica que la igualdad y la propiedad entendiéndose como propiedad de todos, la función social de la propiedad añadiría el autor.²⁷⁸”

Aspecto numero cuatro: La crisis sustancial o de derechos fundamentales, FERRAJOLI acerca de la ilegitimidad jurídica del Estado de Derecho, justificada por la ambición de las promesas formuladas en sus niveles normativos superiores y no mantenidas en sus niveles inferiores, esta aporía “es la que atormenta al Estado de Derecho liberal, en que las antinomias, o violaciones por comisión, dan lugar a las divergencias entre normatividad y efectividad²⁷⁹”

Aspecto número cinco: La Crisis del Poder Judicial o de independencia de la Justicia. El poder judicial a lo largo de la Revolución Francesa es la historia de una degradación, hasta convertirse en pura Administración, como la que actualmente vive Guatemala²⁸⁰ alejada de un verdadero Poder.²⁸¹ Las bases filosóficas y políticas de MONTESQUIEU respecto al poder hizo alimentar el recelo de los revolucionarios franceses hacia los antiguos parlamentos judiciales GARCIA DE ENTERRIA con relación a esto ha dicho “Los parlamentos habían intentado beneficiarse de la tesis de Montesquieu a raíz de la publicación de su obra en 1748 arreciando en su labor de resistencia al Rey. La doctrina de Montesquieu podía, en efecto, serles favorables en tres puntos fundamentales: En primer lugar y como es obvio, la idea de la independencia del Poder Judicial, que consagraba la autonomía de los Parlamentos frente al Rey, en segundo lugar, la fuerza del argumento quedaba todavía reforzada por sus puntos de vista en relación con la forma ideal de Gobierno, que para Montesquieu era resueltamente la monarquía moderada. La clave de esta moderación es la existencia de poderes intermedios. Pero esta concepción cobró su vigor. Y el tercer punto fue su doctrina del “depot des lois”

²⁷⁸ DIAZ ELIAS “Estado de derecho y...” Pág. 39.

²⁷⁹ FERRAJOLI “Derecho y Razón...” Pág. 867.

²⁸⁰ Guatemala ha concebido a la Justicia como simple administración siguiendo la teoría de los órganos del Estado ha denominado en su CAPITULO IV de la constitución todo lo relativo al Organismo Judicial, contrario sensu a lo que ha denominado España como Poder Judicial.

²⁸¹ Los jueces en Guatemala no gozan de inamovilidad, cada cuatro años se cambian todas las judicaturas, y los elige el congreso de la República su presupuesto es muy escaso y no cubre todo el territorio nacional de la República.

del depósito de las leyes, que viene a consagrar en rigor un verdadero sistema de “Gobierno de los jueces” Por ello “ Los revolucionarios decidieron que la idea de la división de poderes debía articularse de tal forma que evitase el riesgo notorio, tanto de una prevalencia política del estamento nobiliario, identificado de hecho en su conciencia con los parlamentos judiciales, como de un condicionamiento sustancial por parte de los jueces a las posibilidades de conformación revolucionaria que se abrían al poder central una vez en sus manos.^{282,}

El modelo de justicia revolucionaria con relación a la organización de justicia en el sistema francés quedará instituido bajo el régimen de Napoleón con las características de la exclusión del control judicial de los actos administrativos y de gobierno, junto a los actos emanados del poder legislativo, la burocratización, jerarquización y movilidad de los miembros de la judicatura, el libre nombramiento de los mismos por parte del Poder Ejecutivo, la concepción de la justicia como cuerpo administrativo²⁸³. Es decir todas estas características favorecerían al régimen impuesto por Napoleón.

Importa señalar a este propósito, que por explicable que fuera el diseño de la organización judicial del Estado Liberal, tanto por su configuración interna como por su posición jurídico política, las transformaciones del Estado moderno pronto pusieron de manifiesto los desajustes que tal configuración encerraba.²⁸⁴

Como puede suponerse, a partir de la segunda mitad del siglo XIX exigían reformas de mayor calado que las meras políticas sectoriales y es el propio modelo de estado o diciéndolo mejor la ideología liberal del Estado la que está situada en el punto de mira de las teorías revisionistas que darán lugar al Estado social.

El Estado social es un modelo de estado aun no definido de forma perfilada, que para algunos ya se encuentra en crisis²⁸⁵ y para otros todavía no.²⁸⁶

Existen autores que suelen coincidir al fijar los orígenes doctrinales e ideológicos del Estado social en torno a la segunda mitad del siglo XIX dejando para la segunda mitad del siglo XX las transformaciones constitucionales en las que desembocará tal sustrato

²⁸² GARCIA DE ENTERRIA “revolución Francesa y...” Pág. 43.

²⁸³ AUGER “Organización judicial y el estatuto del Juez” En el Poder judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa, Centro de publicaciones del Ministerio de justicia, Madrid 1990 Pág. 140.

²⁸⁴ MONTERO “Independencia y responsabilidad del juez “Cuadernos Civitas, Madrid 1990 Pág. 24.

²⁸⁵ DE CABO MARTIN “La crisis del Estado social” PPU Barcelona, 1986 quien ostenta esta tesis.

ideológico²⁸⁷. El estado social con relación a los derechos del individuo incorpora obligaciones que requieren contrario sensu al estado liberal que es solo prestaciones negativas, un tipo de prestaciones o actividades positivas de derechos sociales, que faciliten las condiciones para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales y como señalará PEREZ LUÑO “en la medida en que el Estado liberal de derecho ha evolucionado hacia formas de Estado social de Derecho, los derechos fundamentales han dinamizado su propia significación al añadir a su función de garantía de las libertades existentes la descripción anticipadora del horizonte emancipatorio a alcanzar. Al propio tiempo, los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político o sea garantías negativas de los intereses individuales para devenir en un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos²⁸⁸”

La técnica garantista que expone FERRAJOLI es siempre la de la incorporación limitativa de los derechos civiles y, correlativamente, de los deberes públicos a los niveles normativos superiores del ordenamiento: La declaración constitucional de los derechos de los ciudadanos, equivale a la declaración constitucional de los deberes del Estado. Cambia sin embargo profundamente la estructura normativa del poder estatal no limitado negativamente por prohibiciones de impedir y “derechos de” sino también funcionalizado positivamente por obligaciones de satisfacer los “derechos a” y Cambia igualmente la base de legitimación del Estado mientras el Estado de Derecho liberal debe sólo no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el Estado de Derecho social debe también mejorarlas, debe no sólo no representar para ellos un inconveniente sino ser también una ventaja²⁸⁹”

El estado social junto a lo expresado anteriormente en el plano de operatividad amplia las relaciones entre particulares, ensanchando de esta manera su contenido, frente al estado liberal donde eran concebidos como derechos verticales y exclusivos frente al Estado. Es pues que la concepción de dichos derechos fundamentales se traduce explícitamente como lo que en términos generales se puede denominar la función social

²⁸⁶ DIAZ “Estado de derecho...” quien ostenta el argumento de que todavía no se encuentra en crisis dicho modelo de estado

²⁸⁷ FLORES PRADA “El ministerio...” Pág. 150.

²⁸⁸ PEREZ LUÑO “Los derechos fundamentales” Editorial Tecnos, Temas clave de la Constitución Española, Madrid 1995 Pág. 21.

²⁸⁹ FERRAJOLI “Derecho y Razón...” Pág. 860.

del derecho como una función dinamizadora y orientadora de la actividad jurisdiccional y por lo tanto transformadora de la realidad, orientada hacia la efectividad de los valores superiores del ordenamiento jurídico.²⁹⁰

Con lo que respecta al Ministerio Fiscal, la crisis del Estado Liberal afectó a todo el conjunto jurídico y político establecido, incluido la posición institucional del Ministerio Fiscal, el alcance y finalidad de la legalidad y su defensa pública, la orientación política de la Constitución, las garantías de los derechos fundamentales, la crisis de la separación de poderes en la ubicación jurídico política del Poder judicial.

El Ministerio Fiscal ha de tomarse en cuenta que antes que un órgano técnico procesal, es una institución de relevancia jurídico y política cuya ubicación en el marco de la estructura de poderes está directamente relacionada con su naturaleza de órgano de garantía derivada de su misión de promoción de la justicia y de defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la ley. Estamos pues ante parámetros tales como el fundamento y objetivos de la legalidad, la titularidad en la definición y contenido del interés público, la responsabilidad por el ejercicio de la acción pública, que forman parte de la naturaleza del Ministerio Fiscal pero cuya definición ha de depender naturalmente de los principios esenciales del sistema político, a cuya evolución nos hemos referido.

El Ministerio Fiscal frontera y bisagra entre derecho y política ha de reflejar el sistema político que aun hoy día no ofrece plenamente definidas las relaciones de poder y control a la hora de establecer instrumentos dentro de la estructura institucional del Estado que permitan la compatibilidad entre un Poder Judicial independiente y al tiempo dotado de importantes márgenes de interpretación normativa, con la consecución de los valores superiores del ordenamiento que definen la dirección política de la constitución en los que residen las expectativas sociales derivadas de la aplicación jurisdiccional del derecho²⁹¹.

²⁹⁰ Ver artículo 10 de la constitución española. Con respecto a Guatemala aun nos encontramos en principio en un Estado de Derecho que algún día tratara de inclinarse a ser un Estado social de Derecho, las crisis en sistemas de representación popular, las crisis económicas que alberga el estado de Guatemala, una falaz independencia de un poder judicial, y una escasa garantía de los derechos fundamentales de naturaleza social, coadyuvan en admitir que aun falta una gran evolución en materia política y jurídica.

²⁹¹ GARCIA MORILLO “La democracia en...” Pág. 37.

SEGUNDA PARTE
EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL DERECHO
COMPARADO

III. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL MARCO DE LOS SISTEMAS DE DEFENSA DEL INTERES PÚBLICO

1. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO

Las características, funcionamiento y organización de la figura representada hoy día como Ministerio Fiscal difiere notablemente entre los distintos sistemas jurídicos y van unidos intrínsecamente a la tradición judicial y a los avatares históricos en relación de manera principal con el Poder Ejecutivo²⁹².

No en vano, sus precedentes apuntan a la ocupación por parte del nuevo fiscal de los cuerpos de instituciones anteriores, cuya finalidad estaba intrínsecamente ligada a los intereses del poder.

La creación de un defensor de la legalidad y de los intereses generales y de vigilar el funcionamiento de los tribunales, ofrece amplias oportunidades para el que mantenga la influencia sobre la institución, lo que ha sido por doquier ampliamente aprovechado por parte de los gobernantes.²⁹³

Desde el horizonte de análisis de la actuación en el proceso, la diferenciación fundamental se ha realizado históricamente desde la perspectiva distinta **del derecho**

²⁹² MARTINEZ DALMAU “Aspectos constitucionales...” Pág. 51.

²⁹³ MARTINEZ DAMAU “Aspectos constitucionales...” Pág. 51.

continental o civil law, reconocedor y defensor de un acusador público engarzado en el sistema de poderes del Estado y generalmente dependiente, en última a uno de ellos.

Existe también el **common law** donde el peso de la acusación recae sobre la víctima o el perjudicado²⁹⁴, además de otras diferencias que señala FERNANDEZ SEGADO como “el conjunto de costumbres o reglas no escritas que han logrado reconocimiento judicial en las razones dadas desde los primeros tiempos por los jueces para las decisiones de los casos presentados ante ellos,²⁹⁵” propio del **common law** y el más sistematizado y cerrado conjunto de normas característica de la tradición romano germánica.

En la actualidad, los términos del debate, se han desviado hacia otras cuestiones referentes principalmente a las posibilidades e instrumentos con que puede dotarse Al Ministerio Público para realizar la misión encomendada en este orden de ideas ha escrito GOMEZ COLOMER “En referencia al proceso penal pueden citarse cuatro aspectos concretos en los que se debate la reforma del Ministerio Fiscal: El monopolio acusador, la instrucción de las causas penales, el otorgamiento de las facultades derivadas del principio de oportunidad y el papel principal del fiscal en la ejecución penal²⁹⁶.”

²⁹⁴ Ver AGUILERA DE PAZ “El Derecho judicial español” Reus Madrid, 1920 Pág. 441 ver igual a MARCHENA “El Ministerio ...” Pág. 44 también señala DIEZ PICAZO “La acusación Penal en Inglaterra” en Tribunales de Justicia, Número 11 noviembre de 1987 Pág. 1097 “El derecho inglés no ha desarrollado jamás una institución equiparable a un auténtico Ministerio Fiscal, esto es, una estructura de agentes públicos con la misión específica de llevar a cabo la acusación en el proceso penal, sin embargo y como más adelante señalará el autor, el sistema de acusación penal en Inglaterra, entendido desde antiguo como una función pública difusa y ejercitado principalmente por la policía, venía generando un importante grado de insatisfacción, puesta de manifiesto en el informe de la Royal Commission on the Police, publicado en 1962 y en los resultados de la Royal Commission on Criminal procedure, conocida como la Philips Comisión, dados a conocer de 1981. Tales reflexiones concluyen con la publicación en 1985 de la Prosecution of Offences act que instituyó el Crown Prosecution Service “a estos efectos, Inglaterra y Gales han quedado divididas en veintinueve distritos. En cada uno de ellos hay un numero variable de Crown Prosecutors dirigidos por un Chief Crown Prosecutor, el cual a su vez, está a las órdenes del Director of Public Prosecutions. Las atribuciones del Crown Prosecution Service están determinadas por el compromiso entre innovación y tradición en que se basó la reforma de 1985 .. El punto crucial es la relación con la policía. A éste sigue correspondiendo la investigación de los delitos y sobre todo la decisión misma de ejercer la acción penal, salvo intervención personal del Director of Public Prosecutions, el Crown Prosecution Service no puede iniciar de oficio el proceso penal, pero todas las causas iniciadas por la policía han de ser encomendadas para su dirección técnica, al Crown Prosecution Service. Así éste opera como un filtro de las decisiones policiales”

²⁹⁵ FERNANDEZ SEGADO, “El régimen político británico” en FERRANDO BADIA JUAN (coord) “Regímenes políticos actuales” Tecnos Madrid 1987 Pág. 70.

²⁹⁶ GOMEZ COLOMER Y GONZALEZ CUSSAC “La reforma de la justicia penal” Estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann, Universitat Jaume I Castelló de la Plana, 1997 Pág. 461.

Lo que conserva estrecha relación con el debate acerca del grado de sujeción o autonomía del Fiscal, así como su relación con los tres poderes clásicos del Estado considerando la imposibilidad de su configuración como un órgano no independiente del Estado²⁹⁷, y la esfera de influencia del fiscal respecto a uno de estos poderes

La propia naturaleza del Ministerio Público determina que en derecho comparado sean muchos los ejemplos del Fiscal en el ámbito de influencia del Ejecutivo.²⁹⁸

Se advierte en consecuencia que desde un primer momento que la historia ha dado muy pocos casos de un fiscal dependiente directamente del legislativo y, hasta época muy reciente, fue de gran importancia el modelo de la Ex Unión soviética y de los países del llamado bloque socialista, en donde efectivamente el Fiscal era dependiente del legislativo. Ante esta situación MARTINEZ DALMAU considera que “durante décadas ha sido utilizada la figura del fiscal dependiente del legislativo para influir de manera decisiva

²⁹⁷ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 167 “Sin embargo y a pesar de la diversidad, en lo que a nuestro estudio interesa consideramos que es posible establecer cierta sistemática sobre la posición jurídico política que ocupa la institución en la que naturalmente influyen las circunstancias antes mencionadas, puede establecerse una importante diferencia entre aquellos países que han dotado al Ministerio Fiscal de Rango constitucional (Italia, Portugal o España) frente a aquellos en los que viene regulado en normas orgánicas o procesales de rango infraconstitucional. Si se toma como referencia esta distinción resalta que en los países donde el Ministerio Público ha alcanzado rango constitucional, por lo general, las reformas en la institución han resultado de mayor calado y alcance, mientras que allí donde la institución encuentra su regulación en normas de rango ordinario la resistencia contra la reforma se muestra con mayor intensidad. La incorporación del Ministerio Fiscal a los textos constitucionales supone, así una exigencia de vinculación entre la institución y el nuevo sistema político, con independencia de la mayor o menor fortuna en el diseño del modelo. Por el contrario, la opción por el rango infraconstitucional ha determinado mayor impermeabilidad del Ministerio Fiscal frente a las transformaciones del sistema político, lo que viene siendo mayoritariamente criticado por la doctrina y lentamente asumido en progresivas y aún tímidas iniciativas de política legislativa.”

²⁹⁸ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 165 “ Ver por ejemplo Francia o Alemania también existen modelos centralizados como el de España, Portugal o Francia, o modelos descentralizados como el de Italia o Alemania modelo federal, junto a sistemas que prevén un estatuto jurídico de independencia por ejemplo Italia y Portugal o bien esquemas de enjuiciamiento penal que prevén el principio de oportunidad como Alemania, Francia, Bélgica o Dinamarca, frente aquellos que se basan estrictamente en el principio de legalidad por ejemplo España, Portugal o Italia. GOMEZ COLOMER “La reforma...” Pág. 463. “Algunas de las transformaciones del Estado contemporáneo, que han quedado esquemáticamente descritas, van a tener una importante influencia en la configuración del moderno Ministerio Fiscal. En España, las particulares circunstancias políticas marcarán el ritmo en el replanteamiento de la posición jurídico política de la institución. Otro tanto ocurre en las democracias europeas occidentales, en las que, con distinta intensidad, el nuevo modelo de Estado traerá consigo, en unos casos una vía completamente renovada en el Ministerio Público, Portugal o Italia, por ejemplo, mientras que otros, manteniendo la tradicional ubicación jurídica política, acusarán los cambios mediante significativas modificaciones en el terreno funcional. Sobre el trasfondo de una necesidad de renovación sostenida principalmente en el terreno doctrinal como por ejemplo los casos de Alemania y Francia” DELMAS MARTY “El proceso penal en Europa” en Poder judicial, 2º. Época, marzo, 1995 Pág. 80 “En conjunto puede decirse que el único signo común de identidad del Ministerio Fiscal europeo en su institución en todos los países del continente incluyendo la especificidad inglesa de la “Fiscalía de la Corona”

sobre los jueces, es un Fiscal de poderes lógicamente recortados, responsable ante el Parlamento²⁹⁹,”

Con lo que es la forma de gobierno, la política y la actuación del Ministerio Público el profesor MONTERO AROCA considera que “Cuando la concepción política imperante en un Estado lleva a éste a planificar íntegramente el orden jurídico, las funciones del Ministerio Fiscal se amplían y lo hacen intervenir en todos los procesos que se planean ante los tribunales. Cuando la concepción política deja en manos de los particulares la mayor o buena parte de las relaciones jurídicas, la intervención del Ministerio Fiscal se reduce³⁰⁰,”

La asimilación del Fiscal al juez tampoco se da excesivamente en la actualidad y el caso italiano es una particularidad sin parangón en los sistemas continentales.³⁰¹

Se deduce de todo ello que la mayoría de los sistemas en derecho comparado incluyen al Ministerio Fiscal en última instancia, en la esfera de influencia del Ejecutivo, lo que no significa que en todas las situaciones reciban órdenes directas de éste. En muchos casos se regulan mediante la ley una serie de garantías y limitaciones que restan fuerza a la enorme descompensación que supondría el órgano defensor de la legalidad por excelencia en manos del Gobierno sin ningún tipo de restricciones, aun cuando se trata de ejecutivos que han surgido de las urnas mediante instrumentos democráticos.

Las enseñanzas comparadas nos pueden aproximar a un mejor conocimiento de la institución, que ha sido motivo de estudio en el presente trabajo.

2. EL MINISTERIO PÚBLICO EN RELACION CON LA ESFERA DEL EJECUTIVO.

El sistema de Ministerio Fiscal cercano al Ejecutivo es el que en la actualidad aparece en mayor medida en los diferentes esquemas de acusación pública.

El Ministerio Público se ha entendido como el ejecutor de la política criminal del Gobierno y por ende éste puede influir en aquél para poner en práctica sus políticas concretas respecto a la competencia que legalmente se le ha conferido.

²⁹⁹ MARTINEZ DALMAU “Aspectos constitucionales...” Pág. 53.

³⁰⁰ MONTERO AROCA, ORTELLS, RAMOS, GOMEZ COLOMER en “Derecho Jurisdiccional” Tomo I Bosch, Barcelona 1989 Pág. 252.

³⁰¹ MARTINEZ DALMAU “Aspectos constitucionales...” Pág. 54

Al mismo tiempo la designación para el cargo de Fiscal por un ente que el pueblo ha elegido, le confiere legitimidad democrática que difícilmente podría deducirse de su designación por parte de otro órgano salvo claro esta el propio legislativo.

Cuando se analiza el Ministerio Fiscal a la luz de otras legislaciones se puede observar dos formas diferentes de acercamiento del Ministerio Fiscal al Ejecutivo.

Una de ellas es la de los países de la Europa continental, directamente heredera del sistema francés de fiscalía, caracterizada por el difícil esfuerzo del legislador en mantener un Fiscal autónomo, necesario para un tutelaje judicial efectivo de los intereses generales, que al mismo tiempo puede recibir indicaciones del Ejecutivo en su función de aplicar sus competencias en política criminal, principalmente.

En algunos casos señala MARTINEZ DALMAU “La ley usa artificiales expresiones para preservar el binomio autonomía del Gobierno – aproximación al Gobierno. El legislador es consciente que la supremacía de uno de los dos extremos del esquema, independencia – dependencia del Ejecutivo, produciría efectos no deseados ajenos a los fundamentos sobre los que se sustenta el sistema continental de Derecho. Por ello, aunque unos ordenamientos se preocupan en mayor medida en evitar un Fiscal independiente y otros inciden en que la relación entre el Ministerio Público y el Gobierno no se base en una dependencia absoluta, todos acaban trazando los intervalos necesarios y delimitan las posibilidades de actuación del Fiscal y de influencia del Ejecutivo.”³⁰²

2.1 EL MINISTERIO PUBLICO EN LA EUROPA CONTINENTAL EL CIVIL LAW :

2.1.1 EL MINISTERIO PUBLICO EN LA CONCEPCION FRANCESA

Hay que aseverar junto con PRIETO CASTRO en el sentido que “el Ministerio Fiscal continúa siendo en Francia el mismo de siempre. La constitución de 4 de octubre de 1958 no se refirió al Ministerio Fiscal, cuya regulación básicamente quedaba contenida en la Ley Orgánica del Estatuto de la Magistratura modificada posteriormente por la Ley

³⁰² MARTINEZ DALMAU “Aspectos constitucionales...” Pág. 55.

orgánica 70-642 de 17 de julio relativa al Statut des magistrats, nuevamente modificada por la Ley Orgánica de 25 de febrero de 1992.³⁰³”

En efecto si de una parte la legislación dictada en 1958 aclara bastante el panorama legislativo del Ministerio Público Francés, regido con anterioridad por múltiples y a veces anacrónicas disposiciones, de otra parte su posición institucional sigue siendo básicamente la misma.³⁰⁴

El Ministerio Público permanece en Francia como una institución divisible, en el plano jurídico institucional del Ministro de Justicia y en último término del Gobierno de la nación.³⁰⁵

MARCHENA ha escrito: “La dependencia gubernamental del Ministerio Público francés, viene siendo histórica, hasta el punto de haber llegado a definir uno de los modelos más influyentes en el ámbito europeo.³⁰⁶”

En Francia se gestó el sistema continental de Ministerio Fiscal, y los rasgos que lo caracterizaron en su momento sirven en buena medida para definirlo. En ningún caso como en el francés se observa con tanta claridad la situación de equilibrio descrita anteriormente, donde aun Ministerio Fiscal que recibe indicaciones del Gobierno se le adscriben características propias de quien debe aplicar la justicia.³⁰⁷

Con todo conviene señalar que la duplicidad de funciones, defensa del interés de la Administración y del Interés público, originada ya en el Antiguo Régimen y mantenida durante buena parte del Siglo XIX y principios del XX ha dejado ciertos restos no resueltos aún de forma satisfactoria. El problema se sigue planteando desde la perspectiva de su posición política esto es desde la compatibilidad entre la dependencia del Poder Ejecutivo y su condición de órgano de defensa imparcial de la legalidad. Por lo que conviene considerar lo siguiente.

³⁰³ PRIETO CASTRO “El Ministerio Fiscal en Europa” en Cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal. Ciclo de conferencias organizado por la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1976 Pág. 32.

³⁰⁴ PRIETO CASTRO “El Ministerio fiscal...” Pág. 33.

³⁰⁵ PRIETO CASTRO “El Ministerio fiscal...” Pág. 32.

³⁰⁶ MARCHENA “El Ministerio Fiscal en Europa, Algunos problemas comunes” La Ley 1996-6 (Diario 4157 4162 y 4165) de 1, 8,13 de noviembre 1996 Pág. 83.

³⁰⁷ MARTINEZ DALMAU “Aspectos constitucionales...” Pág. 56.

El Ministro de justicia sigue siendo la cúspide de los magistrados del Ministerio Público³⁰⁸, a los que puede cursar instrucciones tanto generales como particulares³⁰⁹ y a su vez tanto positivas como negativas o de abstención³¹⁰.

El **Parquet**³¹¹ en Francia está constituido por los miembros del Ministerio Público, encabezados por un Procurador ante los Tribunales. Aunque puede intervenir en el resto de jurisprudencia, por lo que se refiere a lo civil sólo existe un parquet ante el tribunal de

³⁰⁸ Según el artículo 5 del Estatuto de la magistratura de 22 de diciembre de 1958 “Los fiscales se sitúan bajo la dirección y el control de sus superiores jerárquicos y bajo la autoridad del Ministro de Justicia” La relación de dependencia externa esta siendo objeto de un amplio debate como demuestra el hecho de que en 1997 el Presidente Jacques Chirac nombrara una Commission de reflection sur la justice, a la que se le hizo el encargo expreso de reconsiderar el papel institucional del Ministerio Fiscal y su dependencia del Ministro de Justicia. Entre las conclusiones de esta comisión se encuentra: 1. “ La comisión ha considerado en primer lugar, que la política judicial de la Nación debe en democracia ser responsabilidad del gobierno en la persona del Ministro de Justicia y en consecuencia, se pronuncia en contra de la autonomía total del Ministerio Público.” En esta línea DI FEDERICO GIUSEPPE “La independencia del Ministerio Fiscal y el principio democrático de la responsabilidad en Italia: Análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada. Revista del Poder Judicial Número 48, Pág. 15. Expresa.” No obstante el problema se ha vuelto a replantear, el 15 de enero de 1998 cuando la ministra de Justicia Elisabeth Guigou presentó ante la asamblea nacional un nuevo proyecto de reforma de la Fiscalía francesa”

³⁰⁹ MOLINARI “Pubblico Ministero e azione penale nell’ordinamento francese” en Pubblico Ministero e Accusa penale, Problemi e prospettive di riforma. AA.VV., Giustizia penale oggi-4 Zanichelli, Bologna 1979. Pág. 198 Establece que “ la subordinación de la institución – claro esta el Ministerio Público- al gobierno en Francia no sólo comprende la organización burocrática o las facultades de vigilancia y disciplina sino que incide también en la función de acusación que el Ministerio Público desarrolla en el ámbito jurisdiccional”

³¹⁰ NICOD “El Ministerio Público en Francia” en Jueces para la democracia, número 18 1-1993 Pág.83. “A pesar de los preceptos del nuevo código procesal penal artículos 1,31,34,39 y 40 en los que se confía a los magistrados del Ministerio Público la exclusividad en el ejercicio de la acción penal con sujeción a la ley, la misma norma procesal en sus artículos 33 al 36 otorgan al Ministro de Justicia facultades para impartir instrucciones al Fiscal General ordenando incoar diligencias penales o presentando los informes que el Ministro juzgue oportunos. Textualmente señala el autor citado lo siguiente “cuando un magistrado del Ministerio Público lleva a cabo un acto, éste sólo es válido ante la jurisdicción. Pero su autor tendrá que responder de él ante la autoridad jerárquica si lo ha hecho con menosprecio de las instrucciones recibidas y tendrá un coste para su carrera. Por lo demás aunque no tenga respaldo en la ley, los ministros de justicia se han arrogado siempre el derecho a dar instrucciones de no perseguir delitos.”

³¹¹ CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la constitución y en el nuevo Estatuto Orgánico” En el Poder Judicial Vol I Dirección General de lo contencioso administrativo del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983. Pág. 850 dice que “ La subordinación de los magistrados del “parquet” como se denomina a los componentes del Ministerio Público francés a “le garde des Sceaux” o Ministro de Justicia, es la nota característica que convierte al Ministerio Fiscal en estos sistemas en un enclave del Ejecutivo dentro del Poder Judicial. La fuerza del sistema, apoyado en la tradición del Fiscal como “hombre del rey” que justifica que el Ejecutivo lo reciba como órgano suyo, junto con los restantes poderes de ejecución real, que en los regímenes parlamentarios pasan al Gobierno hace que incluso países como Suecia, en donde el nombramiento del Fiscal continua siendo un privilegio del Rey, convertido en poder moderador pero conservando esa facultad de designación, pierda aquél , una vez nombrado, el carácter imparcial que debiera imponerle ese origen para pasar a depender por delegación real, del Canciller de Justicia, en fórmula que es claramente reveladora de lo antes expresado sobre el trasvase de facultades del rey autocrático a los gobiernos parlamentarios. Hoy el sistema se encuentra en crisis y recibe la crítica generalizada de la doctrina.”

grande instance³¹², la cours d'appel y la Cour de cassation. Por el contrario existe un representante del Ministerio Fiscal en cada jurisdicción penal.

El Ministerio fiscal ante cada Tribunal de Gran instancia esta dirigido por un **Procureur de la République** ayudado por varios **substitus**. La actividad del Ministerio Público se desarrolla bajo la responsabilidad del Procurador de la República. Ante el Tribunal de Apelación, el Ministerio Fiscal toma el nombre de **parquet général** dirigido por el **Procureur général**. A sus órdenes se encuentran dos categorías de magistrados: los **avocats généraus** que habitualmente intervienen en la fase oral ante el Tribunal, y los **substituts généraus**, con una tarea más administrativa. No obstante, no son papeles cerrados, pudiendo asumir el magistrado de una de estas categorías tarea de la otra. El Procurerur général que dirige el parquet ante cada tribunal de apelación es, al mismo tiempo, la cabeza del Ministerio Público en la jurisdicción del Tribunal, por lo que, debido al principio de jerarquía que rige para los miembros del Cuerpo Fiscal en Francia, es el superior de todos los Procuradores de la República en la correspondiente jurisdicción. El Parquet général ante el Tribunal de Casación está encabezado por el Procureur Général prés de la Cour de cassation asistido por los **avocats généraus**³¹³. Y también se encuentran los Oficiales del Ministerio Público ante los Tribunales de Policía³¹⁴. Ahora bien, no existe relación jerárquica, entre éstos es decir todos los anteriores fiscales y los Procuradores ante el Tribunal de Apelación³¹⁵. Si es verdad que el Procurador General es el Jefe del Parquet

³¹² PAUNER CHULVI "El ministerio Fiscal y la Fiscalía en Francia el proyecto de reforma sobre su dependencia jerárquica" Revista del Poder Judicial. Número 55 Tercera época. Tercer Trimestre de 1999. Pág. 189. "El Parquet ante los Tribunales de Gran instancia, (Existen ciento ochenta y uno tribunaux de Grande Instance) formado por un Procurador de la República, asistido por uno o varios Procuradores de la República adjuntos y de uno o varios sustitutos del Fiscal que, bajo las órdenes directas de su Procurador General ante la Corte de Apelación actúan ante los Tribunales de Gran Instancia, Tribunales correccionales y Juzgados de Instrucción."

³¹³ LOPEZ LOPEZ "El ministerio..." Pág. 46, señala. " El parquet ante la Corte de Casación, presidido por el Procurador General ante la Corte de Casación, que estatutariamente es el más alto Magistrado del Ministerio Público y del que también forman parte varios Abogados Generales en total son veinte, uno de ellos ocupa el cargo de primer abogado general, que son los que personalmente intervienen en las audiencias de la Corte de Casación, estando cuatro de ellos especialmente encargados de la Sala de lo Penal, aunque el procurador general ante la corte de Casación ocupe la cúpula de la Carrera Fiscal, como entre sus competencias no se encuentra el ejercicio de la acción penal, no dispone de ninguna autoridad sobre los Procuradores Generales ante las Cortes de Apelación."

³¹⁴ LOPEZ LOPEZ "El ministerio..." Pág. 46, señala: "Normalmente oficiales o comisarios de policía habilitados que persiguen y castigan las infracciones menores y que se hallan bajo la inmediata dirección del procurador de la república respectivo."

³¹⁵ Ver artículo 35 del código procesal penal francés así también PAUNER CHULVI, "El ministerio Fiscal y la Fiscalía en Francia el proyecto de reforma sobre su dependencia jerárquica" Revista del Poder Judicial. Número 55 Tercera época. Tercer Trimestre de 1999. Pág. 189. Expresa: " El Parquet ante la Corte de

del Tribunal de Casación, por el contrario no tiene ninguna autoridad directa sobre los procuradores ante el Tribunal de Apelación³¹⁶; estos últimos dependen no del procurador General del Tribunal de casación como la jerarquía podría desprenderse de la jerarquía judicial, sino literalmente del **Garde des Sceaux**³¹⁷ que se traduce como **Guardián de los sellos**, expresión que denomina al **Ministro de Justicia** francés, que puede dar órdenes a los miembros del Ministerio Público, pero no forma parte de éste. El origen de la peculiar denominación se encuentra en la posesión por este miembro del Gobierno de los sellos que se usan para autenticar los documentos oficiales de la República Francesa. Ante las jurisdicciones administrativas ejerce el papel del Ministerio Público el **Comisaire du Gouvernement**, cuya misión es dar a conocer en el juicio lo que en su opinión debe ser la aplicación correcta de la norma. La función de este comisario le confiere unas características especiales. No es un juez y por ello no participa en el dictamen de la sentencia, pero a pesar de la ambigüedad de su denominación tampoco es un representante de la Administración.³¹⁸

Dos son las características principales del Ministerio Público francés, que no servirán para señalar la distancia con los jueces **du siege**: la dependencia jerárquica y la unidad (hiérarchie, indivisibilité) El autor VINCENTE comenta que “se ha hablado del principio de independencia del Fiscal, que se manifestaría tanto ante los tribunales como ante las partes intervinientes en el proceso. Para la defensa de esta posición, la independencia ante los tribunales incluiría la posibilidad con que cuenta el Fiscal francés de obrar libremente en el ejercicio de la acción pública, así como el hecho de que nadie puede censurarles en el ejercicio de su actividad. Desde el otro lado las demás partes no pueden

apelación es quien personalmente dirige y controla los servicios administrativos de la fiscalía, además, bajo la dependencia directa del Ministerio de Justicia, es el superior jerárquico de todos los procuradores de la república destinados en el territorio de su jurisdicción. (existen treinta y tres cortes de apelación compuestas por la Chambre d'accusation y la Chambre des appels correctionells) A las ordenes inmediatas del Procurador General, en el Parquet de las Cortes de Apelación se halla destinados un número variable de Abogados Generales, el más antiguo de ellos ocupa el puesto de Primer Abogado General, y de sustitutos generales del Fiscal, que son los que normalmente intervienen en las audiencias de la Corte de Apelación, en nombre de su Procurador General”

³¹⁶ PAUNER CHULVI “El ministerio fiscal...” Pág. 190 “ Todos estos fiscales son nombrados por Decreto del Jefe de Estado a propuesta del Ministro de Justicia, si bien los nombramientos de procurador General ante la Corte de Casación y de Procurador ante la Corte de Apelación de París se hacen por decreto del Consejo de Ministros”

³¹⁷ Ver MARTINEZ DALMAU “Aspectos constitucionales...” Pág. 56 también PERROT “Institutions Judiciaires, Montchrestien, París 1986. Pág. 288

³¹⁸ Ver PERROT “Institutions Judiciaires...” Pág. 289.

obligar al Fiscal a mantener la acusación al tiempo que, por la condición del Ministerio Público como parte en el proceso no puede ser recusado, situación que si es posible darse al respecto al Juge de siege el órgano encargado de enjuiciar³¹⁹,”

Señala PRIETO CASTRO que “Aun teniendo en cuenta estas consideraciones, no son a todas luces las adecuadas para manifestar la independencia de un órgano. No se puede admitir la independencia del Fiscal Francés principalmente porque su característica esencial es la dependencia jerárquica que además, es la más representativa del parquet. La independencia que menciona esta parte de la doctrina se limita a la relación del Fiscal con las partes del proceso y con el órgano dirimente, pero de ninguna manera cabe aplicarla al Ministerio Público como cuerpo.³²⁰” Y esto porque todos los miembros del Ministerio Público dependen del Ministro de Justicia, el Garde des Sceaux, que ejerce su autoridad sobre el Procureur général près la cour de cassation y sobre los Procureurs généraux près de les Cours d’appels, constituyéndose pues como jefe de todo el cuerpo fiscal francés. Más el principio de dependencia no tiene lugar sólo en este sentido, sino que existe la obligación por parte de los miembros del Ministerio Público de mantener informado al superior y al Procurador general es el encargado de informar con periodicidad al Ministro sobre los asuntos importantes, al tiempo que puede solicitarle instrucciones para dirigir su actuación en un sentido u otro.³²¹

La dependencia conlleva la obligación de obedecer las instrucciones del superior, y el no hacerlo puede dar lugar a sanciones disciplinarias que llegan hasta la revocación. Este principio sólo encuentra sus limitaciones en que los actos del Fiscal son válidos aun cuando se hayan realizado en contra de lo ordenado y en la expresión la pluma es sierva pero la palabra es libre, que hace referencia a la libertad del fiscal en su exposición oral ante el Tribunal.³²²

A tal planteamiento expuesto FLORES PRADA comenta que “si los subordinados deben en sus informes y conclusiones escritas adaptarse a las órdenes que reciben, pueden, en las audiencias y vistas exponer su sentimiento personal, informando oralmente lo contrario a lo que han escrito, dicho argumento oscurece aun más el problema de fondo³²³,”

³¹⁹ VINCENT, MONTAGNIER Y VARINARD, “La justice et ses institutions” Dalloz París 1982. Pág.535.

³²⁰ PRIETO CASTRO “El ministerio fiscal en...” Pág. 32.

³²¹ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 58.

³²² PERROT “Institutions Judiciaires...” Pág. 292.

³²³ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 170.

Por el principio de unidad, por otra parte, se entiende que cada miembro del Ministerio Público actúa en representación de todo el Cuerpo, lo que guarda relación con la característica anterior por cuanto necesitan estar subordinados a unos superiores jerárquicos que determinen las directrices comunes que deben aplicar en su actuación. En virtud del principio de unidad, pueden sustituirse en un mismo caso sin invalidar el proceso, así como participar fiscales diferentes en las distintas fases del procedimiento.³²⁴

Hay que tomar en consideración lo que señala el autor francés MANGUIN “La equiparación formal entre ambas instituciones en la legislación llega al máximo posible antes de acercarse a la identificación funcional, nada en el texto legal nos permite excluir formalmente a los miembros del Ministerio Público francés de la autoridad judicial.”³²⁵,

La ley “Gala” incluye a fiscales y jueces en el mismo cuerpo judicial, se les ha aplicado la misma manera de ingreso como **magistrats** y el primer nombramiento en la carrera judicial puede realizarse tanto para una de las funciones como para la otra. En cualquier momento, sus miembros pueden pasar del *siége* al *parquet* y a la inversa³²⁶, tiene derecho al mismo tratamiento a igual grado y cuentan con idénticas prerrogativas y obligaciones e incompatibilidades, incluso sanciones.³²⁷ A pesar de todo, los miembros del Ministerio Público están condicionados por su estricta jerarquía con el propio Ministro de

³²⁴ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 59.

³²⁵ MANGUIN “Titre VIII. De l’authorité judiciaire” en CONAC Y LUCHAIRE (coord) “La constitution de la République Francaise Economica,” París, 1992 Pág. 1134 citado por MARTINEZ “aspectos...” Pág. 58.

³²⁶ LOPEZ LOPEZ “El Ministerio ...” Pág. 48 “ En Francia el estatuto jurídico administrativo de Jueces y Fiscales es prácticamente idéntico, salvo en que los Fiscales, en cuanto agentes del Poder Ejecutivo ante los tribunales, no son inamovibles y se encuentran sometidos jerárquicamente al Ministro de Justicia, aunque ha de tenerse en cuenta que, desde el punto de vista orgánico, tampoco la judicatura francesa es totalmente independiente del Poder político, porque, si bien los Magistrados tienen reconocido el derecho a la inamovilidad, siguen siendo nombrados y cesados por Decreto del Presidente de la República. Es el Presidente de la República, tras el informe del Consejo Superior de la Magistratura, designa directamente a los Magistrados que componen la Corte de Casación y a los Presidentes de las Cortes de Apelación. Los demás Magistrados son nombrados a proposición del Ministro de Justicia, después de oír al Consejo Superior de la Magistratura”.

³²⁷ El artículo 1º. Del estatuto de la magistratura de 1958 dice que “Todo Magistrado tiene derecho a ser asignado en el transcurso de su carrera a funciones de juez o fiscal” también expresa PAUNER CHULVI. “El Ministerio...” Pág. 208 “Junto a ello como los fiscales no pierden su condición de Magistrados, el juez de *siege* y el fiscal pertenecen a un cuerpo único, sometido a las mismas reglas deontológicas y pueden desempeñar indistintamente una función u otra en el curso de su carrera profesional, se benefician de un cierto número de reglas protectoras de su libertad de apreciación e independencia. Así por más que el Ministro de Justicia posea la máxima autoridad no puede dirigirse directamente a los Procuradores de la República sino que tiene que hacerlo por medio del Procurador General respectivo. Además, los Procuradores de la República pueden investigar cualquier delito, incluso contra la orden expresa de sus superiores, sin que lo actuado pierda su validez jurídica. Y a la inversa si un procurador de la república rehúsa abrir una

Justicia a la Cabeza y la constitución francesa no les garantiza otra de las características necesarias para el ejercicio de la jurisdicción, la inamovilidad. Los miembros del Ministerio Público francés son en palabra del autor francés MANGUIN “Agentes del poder ejecutivo.”³²⁸,”

Conclusivamente el Poder judicial francés se conforma con dos tipos de magistrados, **el du siège y el du parquet**, en realidad los últimos no puede ser considerados jueces en el sentido de que ellos se desprende capacidad de juzgar como miembros del ministerio fiscal. Y no sólo por el principio de dependencia jerárquica, así como la distinción que realiza la propia constitución³²⁹ en el órgano de gobierno de los jueces sino porque como se ha escrito, el principio de la distinción es su función en el proceso, totalmente diferente. “Los **magistrats du siège** tiene por función juzgar... Los **magistrats du parquet** o Ministerio Público tienen por misión vigilar la observancia de las leyes así como el respeto del orden público y la defensa del interés social.”³³⁰,”

La subordinación de la institución al poder ejecutivo y la organización jerárquica, tanto interna como externa del Ministerio Público en Francia, plantean dos cuestiones distintas pero íntimamente relacionadas, como acertadamente manifiesta MOLINARI “De una parte, las efectivas competencias que retiene el ministro de Justicia respecto a la institución alcanzan, como se ha dicho, al campo funcional, pudiendo el Ministro interferir de modo concreto³³¹, en el ejercicio de la acción penal ya sea mediante la solicitud de información en relación con el procedimiento concreto ya sea mediante las órdenes de presentar ante el Juez encargado del procedimiento las actuaciones concretas³³² que se interesen por parte del Ministro de Justicia³³³

investigación en contra de las instrucciones del Procurador General, este último no puede suplir la inactividad de su subordinado.

³²⁸ MANGUIN” La constitution...” Pág. 1132 citado por MARTINEZ “aspectos...” Pág. 60.

³²⁹ Ver la constitución Francesa de 1958 en su artículo 62.

³³⁰ TAINSE “Les institutions judiciaires” Dalloz, París 1985 Pág. 3.

³³¹ Ver artículo 620 y 623 del código procesal penal de Francia.

³³² Ver artículo 36 código procesal penal de Francia.

³³³ MOLINARI “Pubblico Ministero e azione penale...” Pág. 202 así también expone: “ El poder de impulso consiste en el derecho y deber de cumplir autónomamente con las funciones y los actos encomendados por la ley a cada miembro de la institución sin necesidad de orden concreta en cada caso, entendido como una necesidad implícita al funcionamiento de la institución y que compete tanto al jefe de cada órgano como a los miembros de la institución que forman parte de él. Junto a esta vertiente, el poder de impulso también comprende una atribución específica del jefe de cada órgano: el poder de dirección autónomo en el desenvolvimiento de las funciones que a cada oficina del ministerio Público están atribuidas. Junto a él, rige en Francia para los miembros del ministerio Público el poder de resistencia que solo comprende al procurador

De otra parte, la dependencia jerárquica del Ministerio Público respecto del Poder Ejecutivo plantea no pocas reticencias en relación con el principio de oportunidad que rige el ejercicio de la acción penal en el ordenamiento francés. A pesar de que el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal no se encuentra expresamente establecido en el derecho positivo francés, viene considerado como principio clásico del enjuiciamiento criminal y puede justificarse al artículo 40 del código procesal penal francés que reconoce al procurador de la república la facultad de dar o no, trámite a la noticia delictiva que reciba a través de la policía judicial.³³⁴ No es de extrañar por ende que el control funcional de la institución por parte del Gobierno pueda permitir la introducción de criterios de política criminal en la valoración que el Ministerio Público hace de la noticia criminis y en la ponderación de los factores concurrentes en el orden al inicio del procedimiento.

Para LOPEZ LOPEZ “dentro del proceso penal pueden distinguirse tres fases sucesivas 1º. La investigación Preliminar, Al objeto de preparar la acción pública que es competencia del Ministerio Público³³⁵. Para el autor MARTINEZ “La decisión de abrir la investigación criminal en el procedimiento francés corresponde al Ministerio Público y atraviesa dos momentos claramente diferenciados el primero es el juicio de la legalidad o tipicidad y el segundo la oportunidad de iniciar el procedimiento.”³³⁶ 2º. La instrucción o información penal, obligatoria para los crímenes, facultativa en los delitos y excepcional en las contravenciones, es competencia de los jueces de instrucción.³³⁷ 3º. El enjuiciamiento

de la república de cada órgano. Consiste este poder en la facultad de oponerse y, en consecuencia, no dar curso a una orden recibida de los órganos superiores, el jefe de cada órgano puede abstenerse de ejercitar la acción penal pese a una orden en contrario de superior así como ejercitar la acción penal pese a la orden de abstención del superior jerárquico”.

³³⁴ MOLINARI “Publico Ministero e azione penale...” Pág. 209.

³³⁵ Según el artículo 38 del code procedure penale o bien código procesal penal “los oficiales y agentes de la policía judicial están bajo la vigilancia del Procurador General” y sus investigaciones concretas bajo la Dirección del Procurador de la República de su circunscripción. Es el Procurador de la República quien recibe los atestados de la Policía, las denuncias y querellas como lo establece el artículo 40, y en caso de flagrancia si se persona en el lugar de los hechos asume la investigación, ordenando a la Policía aquellos actos que considere procedentes artículo 41 y 68, controlando también la procedencia de las medidas cautelares personales acordadas por la Policía y una vez concluida la investigación el Procurador de la República puede acordar el archivo del asunto llamado en francés *claisser l'affaire*, por razones de legalidad o de oportunidad”

³³⁶ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 59.

³³⁷ La instrucción penal está destinada a recoger las pruebas necesarias para decidir si los imputados denominados en francés *mise en examen*, deben comparecer o no ante un Tribunal de Justicia. Recibida la demanda de la Fiscalía, el juez de instrucción se encuentra vinculado por el contenido fáctico de la misma de manera que, si durante la instrucción consiguiera pruebas de la comisión de un delito distinto al inicialmente perseguido, habrá de ponerlas en conocimiento del Procurador de la República competente, para que éste después de realizar una somera investigación preliminar o inmediatamente en el caso de flagrancia, pueda ampliar el contenido inicial requisitoria, permitiendo ampliar la competencia del juez de instrucción a la

en que los Tribunales deciden sobre la cuestión de fondo es decir sobre el grado de culpabilidad de los delincuentes y la pena a imponer³³⁸”

El autor GUARNIERI suscribe que “ aunque la dependencia gubernamental del Ministerio Público respecto del ministerio de justicia y en general respecto del gobierno pueda planear serias objeciones en el moderno sistema político, sobre todo, si no queda precisada de forma clara la noción y el alcance de la dependencia, no conviene olvidar, se refiere el autor en mención, que la relación entre la institución y el ejecutivo permite no solo una permeabilidad del Ministerio Público respecto del ambiente político social sino, lo que es más importante, un control del Parlamento sobre el Gobierno, ejercido con bastante frecuencia, respecto de los criterios de funcionamiento de la estructura requirente³³⁹”

Es por todo ello señala MOLINARI “que la doctrina francesa, consciente de la falta de adecuación del Ministerio Público al nuevo sistema político, viene advirtiendo desde hace unos años la necesidad de una reforma institucional, que pase por la escisión de los órganos encargados de la representación procesal del gobierno con respecto a aquéllos que tienen encomendada la defensa imparcial de la legalidad y del interés público.³⁴⁰” Al igual que un esclarecimiento en las relaciones entre el Ministro de Justicia y la Carrera Fiscal³⁴¹

2.1.2 EL MINISTERIO PÚBLICO EN PORTUGAL.

Al igual que en la casi totalidad de los estados europeos, el Ministerio Público de Portugal de la edad contemporánea es producto del Modelo napoleónico implantado a partir del triunfo liberal tras la guerra civil en los años 1828 y 1834.³⁴²

persecución de estos hechos nuevos. Los jueces de instrucción se encuadran dentro del organigrama de los Tribunales de Gran instancia, cuyo Presidente es el encargado de distribuir los asuntos entre ellos y de organizar los diferentes turnos de Guardia. Una vez que el juez de instrucción considera terminado su trabajo, lo comunica a las partes y da traslado del sumario al Procurador de la República quien formulará su escrito de acusación que una vez recibido en el juzgado, permite al juez acordar el archivo de las actuaciones o su remisión al Tribunal competente.

³³⁸ LOPEZ LOPEZ “El ministerio...” Pág. 46. Expresa que “Comienza esta fase con la instrucción definitiva en la vista (práctica y discusión de las pruebas) al terminar los debates se oye la petición de la parte civil el ministerio fiscal hace sus conclusiones, después el acusado y su defensor exponen su defensa. La parte civil y el Ministerio Fiscal pueden replicar, pero el acusado o su abogado tiene siempre la última palabra ver artículos 346,460 y 536 del código procesal penal francés.

³³⁹ GUARNIERI “Pubblico Ministero...” Pág. 100 a la 106.

³⁴⁰ MOLINARI “Pubblico Ministero e azione penale...” Pág. 214.

³⁴¹ NICOD “El Ministerio público en...” Pág. 85

³⁴² MAI COSTA “El Ministerio Público en Portugal” Jueces para la democracia número 21 1-1994 Pág. 84.

El cargo de Fiscal General de la Corona, apareció en Portugal por vez primera, el 15 de Mayo de 1932, dentro del denominado “Decreto sobre la reforma de la justicia” de Mouzinho Siveira, en el que se le consideraba como un Comisario del Gobierno ante las Cámaras, que además desempeñaba el Cargo de Consejero legal de ambos organismos y del que dependían jerárquicamente todos los demás magistrados del Ministerio Fiscal.³⁴³

Hasta la revolución de 1974, la Fiscalía General de la República mantuvo las dos atribuciones para las que fue creada, era a la vez “autoridad superior del Ministerio Fiscal” y el “órgano consultivo del gobierno en materia jurídica³⁴⁴,”

Pero la nueva constitución de Portugal del 2 de abril de 1976 sustituyó el modelo de Fiscal gubernativo de Mouzinho Siveira por otro más cercano a los Tribunales de Justicia³⁴⁵, que con autonomía respecto a los demás órganos del Poder central, regional o local, representa al Estado ante los Tribunales de Justicia, ejerce la acción penal ante los tribunales de Justicia y defiende la legalidad democrática en los términos en que ha sido fijada por la Constitución, su estatuto Orgánico y la ley³⁴⁶

La revolución de 1974 y la consecuente instauración de un Estado social y democrático de derecho en la constitución de 1976 marcan el punto de partida para una profunda y original transformación del Ministerio Público en Portugal.³⁴⁷

El Ministerio Público portugués en su trayectoria histórica ha dependido tradicionalmente del Ejecutivo. El estatuto judicial de 1962 en vigencia hasta 1978, hablaba de un Ministerio Público como magistratura amovible, responsable y organizado jerárquicamente, dependiente del Ministerio de Justicia y dirigido por el Procurador General de la República.³⁴⁸ Al propio Ministro de Justicia le competían funciones estratégicas en el funcionamiento del Fiscal Portugués, como establecer las líneas de

³⁴³ DE CUNHIA “La función de los asesores jurídicos y el contencioso del Estado en Portugal” El Poder Judicial en Europa. Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de las comunidades europeas, Tomo I Madrid 1989, Pág. 654. FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 177 “Desde ese momento y, prácticamente hasta 1976, la institución se configura en Portugal como un cuerpo administrativo, centralizado y fuertemente jerarquizado, dependiente del Poder Ejecutivo en quien reside la Facultad de nombramiento de los principales cargos..”

³⁴⁴ LOPEZ LOPEZ “El ministerio...” Pág. 64.

³⁴⁵ LOPEZ LOPEZ “El ministerio...” Pág. 65.

³⁴⁶ El artículo 1 Ley 60-98 define al Ministerio Público de la siguiente manera: “ El Ministerio Público representa al Estado, defiende los intereses determinados por la ley, participa en la ejecución de la política criminal definida por los órganos de Soberanía, ejerce la acción penal orientada por el principio de legalidad y defiende la legalidad democrática en los términos de la Constitución el presente Estatuto y la ley.”

³⁴⁷ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 178.

³⁴⁸ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 61.

orientación de tipo general que debían regir al cuerpo de Fiscales en el ejercicio de su misión, o el nombramiento, promoción, destino, traslado y destitución de los magistrados del Ministerio Fiscal.³⁴⁹ La constitución portuguesa de 1976 determina como primera competencia del Ministerio Público, representar al Estado ante los tribunales, además de ejercer la acción penal y defender la legalidad y los intereses determinados por la ley.³⁵⁰ La constitución recoge las principales garantías de las que deben disfrutar los fiscales en el desempeño de sus funciones.³⁵¹

Puede observarse que el constituyente evitó expresiones que si se encuentran en la legislación de España, por ejemplo la defensa de los intereses públicos o intereses sociales.

Para comentar con respecto de “representar al estado” los fiscales portugueses, ante la reforma de 1982, hicieron pública su voluntad de que se reconociese el principio de autonomía y otras funciones³⁵².

El principio de Autonomía se asumió con la reforma de 1989 pero no la reducción de competencias³⁵³. “En el Congreso nacional del Ministerio Público en Portugal, que tuvo lugar en mayo de 1982 el Sindicato de Magistrados del Ministerio Público Portugués elaboró unas conclusiones entre las que se encuentran las siguientes: 8º. Por ser incompatible con la autonomía del Ministerio Fiscal en relación con el Poder Ejecutivo y

³⁴⁹ DA CUNHIA “La función de los asesores jurídicos y el contencioso del Estado en Portugal” En el Poder Judicial en Europa en AA.VV. conferencia en Madrid de los presidentes y fiscales generales de los tribunales supremos de los Estados miembros de las comunidades europeas. Tribunal supremo, tomo I, Madrid 1989, Pág.651.

³⁵⁰ Ver artículo 221 de la Constitución de Portugal. Así también la Ley orgánica 47-1986 de 15 de octubre del Ministerio Público

³⁵¹ El estatuto propio del que habla la constitución llegó con la Ley orgánica 39-78 de fecha 5 de julio, tras la reorganización de la Fiscalía que produjo el Decreto Ley 917-76 de 31 de diciembre. El estatuto profundizó en la naturaleza constitucional del Fiscal portugués y su dependencia del Ejecutivo.

³⁵² Ver el artículo 2 del Estatuto que dice: 1º. El Ministerio Público goza de autonomía en relación a los demás órganos del Poder central, Regional o local en los términos de la presente ley, 2º. La autonomía del Ministerio Público se caracteriza por su vinculación a los criterios de legalidad y objetividad y por la exclusiva sujeción de los Magistrados del Ministerio Público a las directivas, órdenes e instrucciones previstas en esta ley.”

³⁵³ FLORES PRADA “El ministerio...” Pág. 180 “ Sin embargo y pese a la indudable profundidad del cambio de orientación en la regulación inicial quedaron importantes problemas por resolver, entre otras la constitucionalización de la autonomía del ministerio Público, la duración del mandato del Procurador General, la difícil compatibilidad entre los fines de defensa imparcial de la legalidad frente a la obligación de la representación del Estado ante los Tribunales de Justicia y finamente la composición del Consejo Superior del ministerio público. La articulación de principio de autonomía punto de referencia sobre el que ira toda la problemática de la institución ha de garantizarse en un doble plano: de una parte resulta imprescindible construir una institución que disfrute de una autonomía jurídico política tanto conceptual como institucional en el marco del juego de poderes y de l otra ha de asegurarse la autonomía funcional en el desarrollo de las competencias y facultades atribuidas al Ministerio Público.”

atendiendo a que le compete esencialmente la defensa de la legalidad democrática y de los derechos y garantías fundamentales, así como la promoción de los valores del Estado, deberá serle retirada la representación y defensa de los intereses privados de la Administración ante los Tribunales. Una de las dos mociones que se presentaron durante el proceso de revisión constitucional declaraba lo siguiente: 1º. Se impone la consagración constitucional inequívoca del principio de autonomía orgánica y funcional del Ministerio Público. 2º. En lo que respecta al elenco de sus funciones deberán acentuarse las que son esenciales e inherentes a la propia razón de ser del Ministerio Fiscal: Defensa de la legalidad democrática, ejercicio de la acción penal y promoción y realización del interés social, con exclusión por tanto, de la representación y defensa de los intereses privados de la Administración ante los Tribunales.^{354,}

Desde 1986 el Ministerio Público sustituye al juez de instrucción en la investigación³⁵⁵ dentro del procedimiento penal³⁵⁶, característica común de los sistemas con un Ministerio Fiscal fuerte dependiente del Gobierno.³⁵⁷

En Portugal el término magistrados comprende tanto a los miembros de la carrera judicial como de la fiscal, aunque la semejanza en la regulación y características de ambos cuerpos es mucho mayor que en el caso francés.

Las condiciones particulares y técnicas para reclutar a jueces y fiscales son semejantes y también son paralelas, según sus grados, las remuneraciones, las incompatibilidades, los tratamientos y los honores, pero no se da la permeabilidad entre las dos carreras, como ocurre en Francia.

La estructura piramidal de la organización interna del Ministerio Fiscal Portugués y la obligación de obedecer las órdenes del superior jerárquico en cuya cabeza se sitúa el Procurador General de la República son las características principales de esta institución.

La procuraduría General de la República es designada como órgano superior del Ministerio Público. A ella compete la labor del nombramiento, colocación, transferencia promoción y ejercicio de la disciplina del Ministerio Fiscal. Esta presidida por el

³⁵⁴ PECES Y MORATE “I congreso Nacional del Ministerio Público” en Poder Judicial 1ra época número 5 Madrid, diciembre 1982 Pág. 153 a la 155.

³⁵⁵ GOMEZ ESCOLAR “El fiscal instructor: La experiencia portuguesa” en Poder Judicial 2ª época número 33 marzo de 1994 Pág. 33.

³⁵⁶ Hay que tener a cuenta que la constitución de la República Portuguesa, modificada por las leyes constitucionales 1-82, 1-89 y 1-92 dedica su capítulo IV Al Ministerio Público,

Procurador General de la República y comprende al Consejo Superior del Ministerio Público cuya composición, por mandato constitucional, debe incluir miembros elegidos por el Parlamento y otros elegidos por los propios magistrados del Ministerio Público.³⁵⁸

También existe los Auditores jurídicos³⁵⁹ y los Servicios de apoyo técnico y Administrativo³⁶⁰

El Procurador General de la República es un cargo político elegido por el gobierno entre juristas de su confianza y nombrado por el Presidente de la República, que ocupa la cabeza de la institución, aunque realmente no se halle integrado en ella. La necesaria coincidencia de voluntades políticas entre el Gobierno y el Presidente de la República entre el nombramiento y remoción del Procurador General de la República ha dotado al cargo en la práctica de una gran Estabilidad que se ha intentado evitar sin éxito en diferentes ocasiones³⁶¹

Además de sus funciones jurisdiccionales ante el Tribunal Supremo de Justicia, el Procurador General de la República tiene la de “dirigir, coordinar y fiscalizar la actividad del Ministerio Público y dirigirle directivas, órdenes e instrucciones a las que debe sujetarse la actuación de los respectivos Magistrados y Agentes.”³⁶²

³⁵⁷ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 63.

³⁵⁸ Véase el artículo 222 de la Constitución de Portugal.

³⁵⁹ Los auditores jurídicos son Procuradores Generales adjuntos que se destinan, en comisión de servicios, a la Asamblea de la República, a los distintos Ministerios o a los órganos ejecutivos de las Regiones Autónomas, en donde desempeñan esencialmente funciones consultivas a instancia de los miembros del Gobierno o jefes de departamento a los que estén adscritos o del Propio Procurador General de la República. Ver artículo 41 de la Ley Orgánica de fecha 47-86.

³⁶⁰ Son el Gabinete de Documentación y Derecho comparado, el Núcleo de asistencia Técnica y los servicios de apoyo técnico y administrativo. También existe el Departamento Central de Investigación y Acción penal cuyas funciones son de coordinación y dirección de la investigación y prevención de la criminalidad violenta altamente organizada o de especial complejidad. Ver artículo 9 de la Ley Orgánica.

³⁶¹ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio Fiscal en Europa...” Pág. 21. “curiosamente el valor asociable a la estabilidad institucional, de especial significación cuando se habla del órgano constitucional sobre el que pesan tan trascendentes cometidos, ha sido reputado un mal para el poder gubernativo, que ha intentado sin éxito la fijación de un plazo temporal que, al margen del concierto político, suponga el cese inmediato del Procurador General de la República.” El mismo autor comenta con detalle la sentencia del Tribunal constitucional de Portugal de fecha 2 de junio de 1992, que rechazó la fijación de un plazo para el nombramiento del Procurador General de la República, básicamente porque el señalamiento de un período exacto de tiempo degradaría aquel acto constitucional de nombramiento a la mera condición de acto administrativo, y la profundización en el valor constitucional de la autonomía del Ministerio Público no puede hacerse a costa de menoscabar la libertad de elección del quien y del cuándo, que asiste al Presidente de la República a propuesta del gobierno. “La exigencia de esta doble confianza política en el nombramiento del Procurador General de la República, así como la doble pérdida de confianza política para su relevo, posibilita una estabilidad funcional especialmente saludable para la autonomía del Ministerio Público que, mediante el enlace directo y cotidiano con el poder político, no solo con el gobierno, refuerza su legitimidad democrática”

³⁶² Ver el artículo 12.1 del Estatuto Orgánico.

El Consejo superior del Ministerio Público, es un órgano muy semejante al Consejo Fiscal de España al igual que el de Guatemala, y asiste al procurador General en materia disciplinaria y de gestión administrativa de la Fiscalía. Teniendo una composición mixta entre miembros natos³⁶³ y electos,³⁶⁴ dentro de la que se ha dado entrada a varios representantes del poder legislativo.

El consejo consultivo esta integrado por el Procurador General de la República quien lo preside, y cuatro procuradores generales, adjuntos designados por el Ministerio de Justicia a propuesta del Consejo superior del Ministerio Público, actuando como secretario el Secretario de la Procuraduría general de la República, los dictámenes de este consejo consultivo tienen un doble efecto: Internamente, El procurador General de la República puede ordenar que la doctrina fijada por el consejo sea seguida y mantenido por todos los magistrados y funcionarios del Ministerio Fiscal. Y Externamente, y que todas las veces que sean homologados por la Autoridad que los haya solicitado o por aquella a la que afecte el asunto en cuestión.³⁶⁵

Las procuradurías Generales de Distrito, son parte de la organización del Ministerio Público en Portugal y al frente de cada una de ellas se encuentra un Procurador Adjunto, con poderes de dirección y coordinación de la actividad del Ministerio Público dentro del distrito judicial de su competencia y de actuación procesal ante los Tribunales de Relación.³⁶⁶ También se encuentran Las procuradurías de la República, dirigidas por un Procurador de la República que representa al Ministerio Público ante los Tribunales de Primera Instancia. Y se encuentra por último los Procuradores Adjuntos que, sin perjuicio de las atribuciones de los procuradores de la República intervienen ante Tribunales de

³⁶³ Son miembros natos del Consejo El procurador general de la república, que lo preside y los nueve procuradores generales de cada uno de los distritos.

³⁶⁴ Son miembros electos Un Procurador General adjunto elegido por y entre los procuradores generales adjuntos, dos procuradores de la República, elegidos por y entre los Procuradores de la República, cuatro Procuradores adjuntos, elegidos por y entre los Procuradores Adjuntos, uno de cada distrito judicial, cinco miembros elegidos por la Asamblea de la República y dos personalidades de reconocido mérito designadas por el Ministro de Justicia.

³⁶⁵ Los dictámenes son elaborados en 60 días salvo cuando su extensión o complejidad justifiquen un período más largo, en cuyo caso, se avisará previamente a ello a la autoridad que efectuó la consulta, Las resoluciones del consejo se toman por mayoría de votos y los dictámenes son firmados por los Fiscales Generales adjuntos que hayan participado en ellos, junto con las declaraciones que se estimen oportunas. El Procurador General de la República tiene voto de calidad y también firma los dictámenes.

³⁶⁶ Estos tribunales son una especie de Tribunales Superiores de Justicia.

Primera instancia de ciertas comarcas fijadas en la organización de planta judicial portuguesa.

Portugal obtuvo una reforma a su código penal en el año de 1982 seis años después modificaron el papel procesal del Ministerio Público en el código de Proceso penal del año de 1988.

Este código de Proceso penal, respondiendo a un concepto de la justicia fundamentalmente acusatoria,³⁶⁷ manifiesta el autor LEONES DANTAS “no olvida por completo ciertas estructuras procesales propias de los sistemas mixtos, “Así en homenaje al principio acusatorio, se consagra un rígido tributo respecto de la decisión de iniciar el juicio, atribuida al Ministerio Público y respecto al juicio propiamente dicho. El tribunal del juicio no tiene poderes de iniciativa procesal para definir quien ha de estar sometido a juicio ni lo que se juzga, estando apartado de cualquier actividad de iniciativa procesal³⁶⁸.”

El Proceso penal se inicia por una investigación preliminar o **inquérito**³⁶⁹ caracterizada por el principio de escritura, secreto y ausencia total de contradicción. La dirección de esta investigación preliminar se encuentra exclusivamente atribuida al Ministerio Público quien es auxiliado por unidades de Policía criminal en la práctica de los actos y medios de prueba necesarios para la investigación. Y una vez considerada y

³⁶⁷ GOMEZ ESCOLAR “El Fiscal instructor...” Pág. 70 “ La reforma procesal en el código de 1929 introducida por el Decreto ley 35007 de 13 de octubre de 1945, reintrodujo el principio acusatorio, confiando la instrucción preparatoria al Ministerio Público, por entonces fuertemente dependiente del Poder Ejecutivo. La situación se mantiene hasta la ley 2-72 que crea la figura de los jueces de instrucción, institución que el constituyente del 75 trata de reforzar con la introducción del principio de jurisdiccionalización de la instrucción. Por ello señala el autor GOMEZ ESCOLAR que el Ministerio Público pasó de tener una posición estatutariamente débil y procesalmente fuerte a una situación de signo inverso. Nuevamente el Código procesal penal de 1987 atribuye la instrucción al Ministerio Público con unos resultados que no pueden ser calificados de plenamente satisfactorios.”

³⁶⁸ LEONES DANTAS “Sistemas de Proceso Penal en Europa, Portugal” Cedecs Barcelona 1998 Pág. 315.

³⁶⁹ El artículo 263 del código procesal penal de Portugal establece: “1º. La dirección de la inquérito corresponde al ministerio Público asistido por los órganos de policía criminal.2º. Al efecto de lo dispuesto en el número anterior, los órganos de la policía criminal actúan bajo la directa orientación del ministerio público y su dependencia funcional. El Artículo 262 del mismo cuerpo legal establece “1º. La inquérito comprende el conjunto de diligencias necesarias para investigar la existencia de un crimen, determinar sus autores y su responsabilidad y descubrir y recoger las pruebas, en orden a la decisión sobre la acusación 2º. Fuera de las excepciones previstas en este código la noticia de un crimen dará siempre lugar a la apertura de Inquérito el artículo 267 del mismo cuerpo legal reza, que “El Ministerio público practica los actos y asegura los medios de prueba necesarios para la realización de las necesidades referidas en el artículo 262 no. 1 en los términos y con las restricciones contenidas. El artículo 276 establece “El Ministerio Público termina la inquérito, archivando o deduciendo acusación, dentro del plazo máximo de seis meses, en el caso de prisión preventiva o de obligación de permanencia en su lugar de residencia o de ocho meses en los demás casos.”

terminada puede acordar el archivo, la continuación del proceso o la acusación ante los Tribunales.

En forma conclusiva FLORES PRADA comenta que “En el contexto europeo, el moderno modelo de Ministerio Público portugués representa una vía de enorme atractivo, cuya singularidad viene generando un interesante debate, centrado sobre las cuestiones más comprometidas que en la actualidad plantea la institución, tanto en su posición jurídico política como en sus relaciones con los distintos poderes del Estado.³⁷⁰” Sin embargo para GUTIERREZ ALVIS ARMARIO “El cambio de modelo de Ministerio Público en la constitución portuguesa supone una radical innovación por cuanto sus funciones “están en una línea casi acorde con la que en el derecho continental se atribuye al Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad y de determinados intereses³⁷¹”

2.1.3 EL MINISTERIO PUBLICO FEDERAL ALEMAN

El Ministerio Fiscal (**statsanwaltschaft**) aparece tardíamente en Alemania, cuando en la segunda mitad del siglo XIX deciden abandonar el sistema de enjuiciamiento inquisitivo, que, como todos sabemos reunía en una sola mano la instrucción criminal y el enjuiciamiento.³⁷²

Una de las notas que clásicamente ha caracterizado al sistema de Estado germánico es su federalismo, esto es, la división territorial y competencia entre el Estado Federal alemán (**Bund**) y los Estados federados alemanes (**Länder**) y las diversas relaciones entre los dos tipos de entes.

Con respecto a la jurisdicción este planeamiento de las relaciones entre el Estado federal y los Estados federados se traslada a la organización de los tribunales, por cuanto esta relación conlleva la desconcentración organizativa en la estructura judicial alemana³⁷³

³⁷⁰ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 177.

³⁷¹ GUTIERREZ ALVIS ARMARIO “La justicia según la constitución portuguesa 2 de abril de 1976” En revista Iberoamericana de Derecho Procesal Número 2 Pág. 566 citado por FLORES PRADA “El ministerio.” Pág. 178.

³⁷² NIEVA FENOL “El Ministerio Fiscal en Alemania” Justicia 99 Revista de Derecho Procesal año 1999 números 3 y 4 Pág. 595 a 637 citado por GOMEZ COLOMER “El Proceso penal alemán. Introducción y normas básicas” Editorial Bosch, Barcelona 1985 Pág. 74.

³⁷³ NIEVA FENOL “El Ministerio Fiscal en Alemania”.. Pág. 595 citado por GOMEZ COLOMER “El proceso penal alemán...” Pág. 74. También SERRA CRISTOBAL Y MARTINEZ GARCIA “El Poder

El Ministerio Fiscal Alemán se encuentra cercano al Gobierno, vinculado por los principios de unidad y dependencia jerárquica, fruto de la recepción de la figura del derecho francés³⁷⁴ y la incorporación posterior de elementos que refuerzan su papel en el proceso y lo hacen depender del Ejecutivo.³⁷⁵

La ley orgánica de los Tribunales de fecha 9 de mayo de 1975 concede el derecho de supervisión y dirección del Cuerpo de Fiscales al Ministro Federal de Justicia. Este mismo propone al Fiscal General Federal y a los Fiscales federales que son nombrados por el propio Presidente Federal, requiriéndose la aprobación de la cámara de representación territorial alemana, llamada, el consejo federal o Bundesrat, lo que significa obtener el acuerdo por la mayoría de los once Estados Federados,³⁷⁶

El Ministerio Fiscal es una autoridad de la Administración de Justicia, autoridad autónoma dentro de la misma. No es autoridad judicial debido a lo siguiente: 1º. Porque el ejercicio de la función jurisdiccional no le viene reconocido, 2º. Por la sujeción jerárquica a las disposiciones del superior, 3º. Por la falta del efecto de cosa Juzgada en sus resoluciones.³⁷⁷

La propia ley con respecto a la figura del Ministerio Público, desvincula al Ministerio Público de los Tribunales, afirmando su naturaleza gubernamental del Fiscal Federal General como “funcionario público.”

La primera gran reforma de la Ley procesal penal (Strafprozeordnung) se realizó el 1 de febrero de 1877, en el año de 1974, se llevó definitivamente consigo al juez de Instrucción, por lo que desde entonces la persecución penal de todos los delitos públicos esta confiada en exclusividad a la Fiscalía.

judicial en la República Federal Alemana: organización y función” Edicions Alfons el Magnanim IVEI, Valencia 1997 Pág. 243.

³⁷⁴ MUHM “Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana (crisis del modelo y perspectivas de reforma) en jueces para la democracia número 22, 2/1994 Pág. 93 “Puede producir perplejidad constatar que los miembros de la Asamblea constituyente alemana, no obstante la experiencia del uso arbitrario del aparato judicial por parte de la dictadura nacionalsocialista, no se hubieran preocupado de sancionar constitucionalmente ni la independencia personal del Fiscal ni la institucional del Ministerio Público. Es necesario recordar al respecto, que aunque la ley fundamental de la República Federal de Alemania (Grundgesetz) tenga en algunos aspectos un valor paradigmático, por desgracia resulta insuficiente en lo relativo a la configuración de instituciones jurídicas dirigidas a establecer una diferenciación entre los conceptos de Estado de Derecho y garantismo. Así son raras las normas constitucionales en materia de derecho penal, derecho procesal penal y ordenamiento judicial”

³⁷⁵ GOMEZ COLOMER “ El proceso penal Alemán...” Pág. 70

³⁷⁶ MARTINEZ “aspectos constitucionales...” Pág. 65.

La Fiscalía tiene reconocido el monopolio absoluto de la acción penal en juicio, pues a la víctima del delito solo se le permite comparecer como parte civil ante un Tribunal correccional o en la persecución de determinados delitos de acción privada.³⁷⁸

En Alemania existe un doble escalón jurisdiccional ocupado, respectivamente por los diferentes tribunales estatales (Gerichte der Länder) que operan en el marco territorial de cada Estado y los Tribunales Federales (Bundesgerichte) que hacen las veces de Tribunales Supremos de la Nación. Los tribunales inferiores propios de cada Land, se organizan de menor a mayor: En la base se encuentran Los Juzgados Locales denominados (das Amstgericht), formados por jueces unipersonales (das strafrichter) o por tribunales colegiados (das Schöffengericht) de uno o dos jueces profesionales y dos escabinos. Constituyen la justicia penal ordinaria distribuyéndose las competencias penales en los tribunales unipersonales y colegiados.³⁷⁹ Sobre ellos se encuentra el Tribunal del Estado (das Landgericht) con salas penales, civiles y mercantiles. En materia penal el Landgericht se compone de la pequeña sala de lo penal denominada (die Kleine Strafkammer) con un juez y dos escabinos³⁸⁰, y la gran sala de lo penal denominada (die Große Strafkammer) que la forman tres jueces y dos escabinos³⁸¹, y finalmente esta el Tribunal Superior del

³⁷⁷ GOMEZ COLOMER “El Proceso Penal Alemán. Introducción y normas básicas” Bosch, Barcelona 1985 Pág. 70.

³⁷⁸ MARTINEZ “aspectos constitucionales...” Pág. 69.

³⁷⁹ Ver artículos 24 y 25 de la Ley orgánica de fecha 27 de enero de 1877 denominada Gerichtverfassungsgesetz o GVG en la que “El juez único conoce de los delitos perseguidos a instancia privada, siempre que estén castigados con pena inferior a seis meses de prisión y de los delitos que el ministerio Fiscal someta a su jurisdicción siempre que la pena a imponer no exceda de dos años, El tribunal colegiado tiene una competencia residual, juzgando de todos los delitos que no sean competencia del Juez único del tribunal de Landgericht o del tribunal de jurado, siempre que la pena a imponer no sea superior a cuatro años de prisión”

³⁸⁰ Ver artículos 71 de la Ley Orgánica del 27 de enero de 1877

³⁸¹ DELMAS MARTY “Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra, Bélgica, Francia, Italia” Editorial Edijuz, Zaragoza, 2000. Pág. 95. “La gran sala de lo penal es extensa ya que está habilitada para conocer en primera instancia de todos los delitos graves que no vienen atribuidos al tribunal de primera instancia, al Tribunal de jurado o al tribunal regional superior, o de aquellos delitos graves o menos graves que por su importancia le somete al Ministerio Fiscal. Actúa bajo tres formas especiales: como tribunal de jurado (das Schwurgericht) para una serie de delitos graves enumerados por la ley sobre la organización judicial, como sala de protección del Estado (die Staatsschutzkammer) para algunas infracciones contra la seguridad del Estado, y como sala de lo penal económico (die Wirtschaftsstrafkammer) para las infracciones derivadas del derecho mercantil. El ministerio Fiscal dispone de un margen de apreciación al poder elegir entre llevar el asunto ante alguna de estas formaciones del Tribunal de primera instancia, en función de la pena solicitada o acudir al tribunal regional para que conozca de hechos que teóricamente son de la competencia del tribunal de primera instancia invocando su especial importancia (el acusado dispone entonces de un recurso) Sin embargo el tribunal constitucional federal no ha estimado que este poder se oponga al derecho al juez legal porque el tribunal al que se dirige puede aceptar o rechazar la petición del Ministerio fiscal.”

Land denominado (Oberlandesgericht) con varias salas civiles y penales.³⁸² Las Salas de lo penal del Tribunal Superior del Estado (die Strafsenate) están compuestas por cinco magistrados, y tienen competencia para conocer como Tribunales de primera instancia de ciertas infracciones graves contra la seguridad del Estado o aquellas que excepcionalmente el Fiscal General les someta a su conocimiento, mientras que, como Tribunal de Casación denominado (das Revisionsgericht) que se compone por tres magistrados, respetando la redacción de hechos probados, revisan la regularidad jurídica de las sentencias dictadas por los tribunales regionales³⁸³

El Ministerio Público alemán, tiene una estructura orgánica semejante a los Tribunales que anteriormente se expusieron, toda vez que por precepto legal de la ley GVG (Gerichtsverfassungsgesetz) en sus artículos 141 y 143 deberá existir una Fiscalía con la misma competencia territorial de éste. Por lo que con lo que corresponde a la organización del Ministerio Público encontramos³⁸⁴:

La fiscalía General Federal con competencia en toda la nación, que preside el Fiscal General Federal³⁸⁵ (Generalbundesanwalt). El fiscal General Federal sólo responde de su gestión al frente de la Fiscalía ante el Ministro federal de justicia³⁸⁶ (der

³⁸² Ver XIOL RIOS “El Poder judicial y su Consejo General en el Estado social y democrático de Derecho” Premios Poder Judicial 1 Pág. 112. Citado por LOPEZ LOPEZ “El ministerio...” Pág. 31.

³⁸³ LOPEZ LOPEZ “El ministerio...” Pág. 32.

³⁸⁴ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 174 “ De acuerdo con lo dispuesto en la ley orgánica de los tribunales (Gerichtsverfassungsgesetz) en particular en los artículos 141 a 152, la fiscalía alemana se organiza en forma piramidal, bajo la autoridad del Ministro de Justicia Federal y de los respectivos Ministros de Justicia de cada Land y, a su vez, en dos niveles de acuerdo con la estructura federal del Estado. De una parte en el Tribunal Federal las funciones del Ministerio Público se ejercen por el Fiscal General Federal y uno o varios Fiscales Federales. En los Tribunales Superiores del Land y, en los tribunales del Land existen uno o varios fiscales, al igual que en los Tribunales inferiores” ver CAROCCA PEREZ “El Ministerio Fiscal en la historia y en el Derecho comparado” en Justicia 94 Número IV. Pág. 1016 “La jerarquía externa se completa con un rígido sistema de jerarquía interna como lo demuestran los párrafos 146 y 147 de la GVG, que garantizan el poder de dirección e instrucción, tanto genérico como específico del superior jerárquico.”

³⁸⁵ REBMANN KURT “La oficina del Fiscal General, su dimensión constitucional y su relación con las distintas ramas del Gobierno” En Poder Judicial en Europa, Madrid 1989 Tomo I Pág. 503. “El fiscal general federal es un funcionario político según sección 36 sub-sección 1 número 5 del acta Federal del Servicio Civil. Esto significa que le puede ser asignado un estatus no activo en cualquier momento. Sin embargo, hasta ahora ningún gobierno Federal se ha aprovechado de esta posibilidad.

³⁸⁶ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 66 “El acercamiento del Fiscal al Gobierno concede a éste una amplia capacidad de influencia ante aquél. “esto significa que le puede ser asignado un estatus no activo en cualquier momento. Sin embargo, hasta ahora ningún gobierno federal se ha aprovechado de esta posibilidad. En la práctica, cualquier punto en el que se despierten dudas es aclarado mediante charlas personales entre el Fiscal General Federal y el Ministro o el Secretario de Estado y estas discusiones tienen lugar en una atmósfera agradable de confianza mutua” BEBMANN KURT “La oficina Del Fiscal General, su dimensión constitucional y su relación con las distintas ramas del Gobierno” en Poder Judicial en Europa Pág. 504 citado por MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 66 “La especial relación entre el Fiscal y el

Bundesjustizminister) sin que el parlamento tenga poderes directos de inspección o control sobre él, en ocasiones puede informar de determinadas cuestiones relacionadas con su labor. La fiscalía General Federal es una oficina acusadora cuyas funciones son: 1º intervenir en los juicios de apelación ante el jurado criminal del Tribunal de justicia Federal que es la alta instancia en que se crea la doctrina jurisprudencial alemana, 2º realizar la instrucción preparatoria de los delitos contra la seguridad interior del Estado especialmente delitos de terrorismo, 3º perseguir los delitos contra la seguridad exterior del Estado alemán en particular delitos de traición y espionaje, y 4º una oficina de Registro Criminal Federal Central, y del Registro de Comercio e industria³⁸⁷.

Las fiscalías superiores (staatsanwaltschaften bei den Oberlandesgerichten) de cada uno de los dieciséis estados federales, con su respectivo Fiscal Jefe a la cabeza (Generalstaatsanwalt) intervienen en las causas que conoce el Tribunal superior del Land.

El fiscal federal general carece de poderes jerárquicos sobre los Fiscales Estatales, que solo dependen del Ministro de Justicia de su respectivo Land. Es más, en los Lánders de Mecklenburgo, Brandemburgo y Schleswig-Holstein estos fiscales jefes son unos funcionarios políticos que pueden ser destituidos sin motivación alguna.³⁸⁸

Las Fiscalías de los Tribunales del Land (Staatsanwaltschaften bei den Landgerichten) también cuentan con su propio Fiscal Jefe, que actúan ante los tribunales del Land.

Finalmente encontramos a los Fiscales Legos ante los órganos judiciales inferiores³⁸⁹. En teoría únicamente la Fiscalía General Federal está subordinada directamente al Ministro Federal de Justicia³⁹⁰ y sólo ella puede recibir del Ministro instrucciones obligatorias,³⁹¹ pero, en la práctica las demás también lo están gracias al

Ejecutivo no cuenta con su límite en el Ministro. Tanto el Canciller federal como el Presidente pueden acceder al Fiscal a través del Ministro de Justicia por medio de una directiva gubernamental. El Ministro por su parte advierte al Fiscal general que, a su vez, puede hacer llegar las indicaciones a través de una instrucción al fiscal en cuestión. Es más en caso de urgencia el ministro puede enviar la instrucción directamente al fiscal a quien le concierne el caso”

³⁸⁷ REBMANN KURT “La oficina del fiscal...” Pág. 499.

³⁸⁸ LOPEZ LOPEZ “El ministerio...” Pág. 33.

³⁸⁹ Ver artículo 142 y 142 a de la GVG

³⁹⁰ Ver artículo 147.1 de la GVG

³⁹¹ MARCHENA “El ministerio Fiscal en Europa...” Pág. 1429 el párrafo 147.1 de la Ley Orgánica de los Tribunales establece con claridad que el Fiscal General y los Fiscales Federales están bajo la supervisión del Ministerio Federal de Justicia, a quien incumbe “ el derecho de inspección y dirección” junto a la facultad de proponer al gobierno el nombramiento de los mencionados funcionarios.”

sistema de nombramiento de los cargos de máxima responsabilidad,³⁹² pues tanto el Fiscal General Federal, como los dieciséis fiscales federales son nombrados por el Presidente Federal, a propuesta del Ministro Federal de Justicia, con la aprobación de la Cámara de representación territorial alemana (Bundesrat)³⁹³

No está previsto la existencia de una subordinación jerárquica directa entre las Fiscalías superiores de los Lánders y la fiscalía general federal, ni está expresamente previsto que pueda impartirles instrucciones de tipo alguno, aunque excepcionalmente sí que ésta facultad para remitir procedimientos de su competencia al servicio Fiscal de un Estado o a la inversa asumir la competencia en un proceso iniciado por la Fiscalía de uno de los Estados.³⁹⁴

Internamente cada fiscalía está gobernada por el principio de dependencia jerárquica y encabezada por una sola persona, que es la que distribuye el trabajo y las responsabilidades entre los funcionarios de su departamento³⁹⁵, y dirige sus actuaciones,³⁹⁶ aunque últimamente se ha discutido en Alemania si haciendo uso del principio de dependencia jerárquica, el Fiscal puede imponer a sus subordinados inmediatos el ejercicio de las acciones penales que ellos no consideran legal o fácticamente procedentes, pues por más que los Fiscales intervienen procesalmente en sustitución de su Fiscal Jefe³⁹⁷, los funcionarios del Ministerio Fiscal deben actuar de conformidad con las órdenes de sus superiores,³⁹⁸ y éste puede solucionar las eventuales discrepancias haciendo uso de sus

³⁹² MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 68.

³⁹³ Ver artículo 149 de la GVG.

³⁹⁴ GOMEZ COLOMER “El proceso penal alemán...” Pág. 75.

³⁹⁵ Ver artículo 144 GVG que dice “Si la fiscalía de un tribunal estuviera compuesta por varios funcionarios, las personas designadas ante el primer funcionario serán tratadas como personas sustitutas del mismo, ellos estarán autorizados, cuando actúen por él a desempeñar el cargo del mismo sin necesidad de justificar un encargo especial.”

³⁹⁶ Ver artículo 146 de la GVG que dice “Los funcionarios de la fiscalía acatará las ordenes de su superior que se refieran al servicio.”

³⁹⁷ Ver artículo 144 de la GVG “ Los funcionarios del Ministerio Fiscal deben actuar de conformidad con sus superiores”

³⁹⁸ MUHM “Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana (Crisis del modelo y Perspectivas de reforma)” Jueces para la democracia número 22 2/1994. Pág.95. “No han faltado desde hace años ásperas críticas ante la incapacidad de los fiscales para conducir ciertas causas penales contra determinados personajes de indudable influencia en el ámbito económico y político. En este sentido ya quedaron apuntadas importantes propuestas de reforma en el proyecto ministerial de reforma de 1976 en el que junto a las facultades de dirección que competen al Ejecutivo en relación con el ministerio fiscal, se preveía para la institución una cierta autonomía en el desarrollo de sus funciones: que las mismas instrucciones se cursen por escrito, la posibilidad del fiscal de oponerse a la orden del superior cuando fuera considerada ilícita o bien la autonomía del Fiscal en el juicio oral.”

poderes de avocación o sustitución³⁹⁹. Sin embargo hay quienes como LOPEZ LOPEZ que consideran que en la práctica no puede imponerles el ejercicio de una acción contraria a su íntima convicción personal porque estaría contraviniendo el supremo principio de búsqueda de la verdad y la justicia.⁴⁰⁰

Como se consigno en líneas anteriores, la fiscalía tiene reconocido el monopolio absoluto de la acción penal en juicio.⁴⁰¹ Y la víctima solo comparece como parte civil ante un Tribunal correccional⁴⁰² o ante un delito de acción eminentemente privada. Denunciada ante la fiscalía la comisión de un hecho punible, por la Policía, normalmente, iniciará obligatoriamente una somera instrucción preparatoria, con objeto de justificar la redacción de un acta de acusación contra el investigado⁴⁰³ o por el contrario el archivo del expediente por razones de legalidad o de oportunidad.⁴⁰⁴ Estas primeras investigaciones se encuentran protegidas por el secreto, por lo que sólo excepcionalmente el encartado y su letrado tienen conocimiento de su existencia, salvo, claro está, que el Fiscal haya acordado alguna de las medidas cautelares que tiene reconocidas como la conducción coactiva del inculcado a su presencia,⁴⁰⁵ la detención provisional del inculcado, en caso de que hubiera peligro de retraso del procedimiento, secuestro de efectos registros personales y domiciliarios, control de las comunicaciones.⁴⁰⁶

Formalmente el proceso penal alemán está regido por los principios de oficialidad y legalidad, que obligan a ejercitar la acción penal a la Fiscalía siempre, que durante la

³⁹⁹ Ver artículo 145 de la GVG

⁴⁰⁰ Ver artículo 160 ap 2 StPO. O Ley procesal Penal alemana.

⁴⁰¹ Ver Artículo 243 ap 3 de la ley Procesal alemana. StPO:

⁴⁰² Señala GOMEZ COLOMER “El proceso penal alemán...” Pág. 74 “Gracias a la ley de protección de Víctimas de 1986 se ha reforzado la situación jurídica de las víctimas en el juicio penal. Los perjudicados en su persona o bienes por un hecho punible pueden solicitar la asistencia jurídica de un abogado y si carecen de medios económicos tienen derecho a la gratuidad de este servicio. Pero la equiparación jurídica con las demás partes procesales no es total, pues el abogado de las víctimas tiene restringido el acceso a los expedientes y a la asistencia a los interrogatorios durante la instrucción de la causa.” Ver también a este respecto BOSS HANS “sistemas de Proceso Penal en Europa” Cedecs, Barcelona 1998 Pág. 25.

⁴⁰³ Ver artículo 151 StPO o Ley procesal penal alemana.

⁴⁰⁴ Ver artículo 170 StPO señala DELMAS MARTY “Procesos Penales de Europa...” Pág. 105. “ En teoría se practica una investigación previa (pre encuesta) para comprobar el fundamento tanto de los hechos como de las sospechas serias, de que se cometió de verda de la infracción así lo establece el artículo 163 de la StPO. Sin embargo en la práctica, la denuncia es investigada directamente por la Policía que dirige al Ministerio Fiscal en su informe final denominado (Schlussbericht) resumiendo las investigaciones practicadas y las pruebas recogidas”

⁴⁰⁵ Ver artículo 163 ap. 3, artículo 133 ap. 2 y 134 de la Ley procesal penal Alemana o StPO

⁴⁰⁶ Ver artículos 98 ap. 1, 105 ap. 1, III ap. 2, III e, ap 1, III n ap. 1, 127 ap 2, 163b y 163 c de la StPO.

instrucción preparatoria, obtenga pruebas suficientes de la culpabilidad del imputado.⁴⁰⁷ O bien el sobreseimiento de la causa siempre y cuando exista el asentimiento del Tribunal y se aplique adecuadamente el principio de oportunidad reglada.⁴⁰⁸ También el Fiscal se encuentra obligado a buscar en el curso de la fase preparatoria, las pruebas a favor y en contra del imputado, y debe interponer los recursos e interés del acusado que considere procedente, o solicitar la revisión de un proceso cuando tenga pruebas de la inocencia del condenado. Con respecto a otorgar el sobreseimiento validamente se puede otorgar cuando son Los delitos políticos o cometidos en el Extranjero, en este caso el Fiscal General Federal puede acordar dicho beneficio;⁴⁰⁹ en caso de infracciones veniales, castigadas con pena privativa de la libertad inferior a un año⁴¹⁰; Por delitos menores: en los que el ius puniendi del Estado puede quedar satisfecho por medios distintos de la sentencia penal. Esta posibilidad es utilizada frecuentemente por aquellos inculcados, que para eludir el procedimiento abierto en su contra están dispuestos a entregar una suma de dinero, que no es una multa, a una institución benéfica;⁴¹¹ O si la pena a imponer en un procedimiento careciera de importancia a la vista de las penas que ya han sido impuestas al acusado por otros hechos.⁴¹²

Las extraordinarias facultades y poderes que le otorga la ley procesal penal alemana al fiscal, impiden que éste puede ser entendido como una simple parte procesal algo importante es que la doctrina alemana no llama tanto a partes en el proceso sea material o formal sino que la doctrina ha denominado a las personas que intervienen en el proceso

⁴⁰⁷ Ver artículo 152 StPO

⁴⁰⁸ REBMANN “El papel investigador de la oficina del Fiscal. El principio de procesamiento de delitos: actividad regulada y oportunidad” en el poder judicial en Europa. Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales generales de los Tribunales supremos de los estados miembros de las comunidades Europeas, Tomo II Madrid 1989 Pág. 207. Que dice “El principio general que gobierna el ejercicio de la acción penal en Alemania es el principio de legalidad, Sin embargo junto a él, el código de procedimiento recoge variadas excepciones a dicho principio que constituyen manifestaciones del llamado principio de oportunidad reglada, cuando se trata de delitos menores, la culpabilidad es leve, no existe interés público y el imputado se aviene al cumplimiento de determinados requisitos o directivas. Sólo en algunos casos, la decisión de no perseguir determinados delitos por razones de oportunidad requiere el consentimiento del Tribunal. Además existen dos excepciones que permiten al Fiscal General Federal dejar de perseguir un delito. Cuando su persecución causa grave perjuicio a la República Federal o bien cuando la misma entra en colisión con otros intereses públicos más sustanciales y en segundo lugar cuando con el consentimiento del tribunal, quede constancia de que el supuesto delincuente ha contribuido después de su acción a evitar un peligro a la existencia o seguridad nacional.”

⁴⁰⁹ Ver artículos 153 d y 153 c de la StPO.

⁴¹⁰ Ver artículo 153 I StPO.

⁴¹¹ Ver artículo 153 a StPO.

⁴¹² Ver artículo 154 y 154 a StPO:

como “Sujetos Procesales” siendo los sujetos del proceso el Juez, el Fiscal, y el Acusado, y los peritos, testigos, y otros se les denomina intervinientes.

Es pues como dice MARCHENA que “en Alemania existe una absoluta confianza en relación a la Institución del Ministerio Fiscal”⁴¹³

Comenta FLORES PRADA “ Que la mayoría de los autores junto con la jurisprudencia califican al Ministerio Fiscal como un órgano de Administración de la Justicia sui generis / organ der Rechtspflege sui generis) que forma parte del Poder Ejecutivo.⁴¹⁴ Sin embargo constatada dicha naturaleza desde el análisis positivo del ordenamiento vigente, la doctrina y también ciertos sectores de la opinión pública, se muestran partidarios de una reforma de la institución”⁴¹⁵

2.1.4 EL MINISTERIO PÚBLICO CON REFERENCIA A OTROS PAISES DE LA EUROPA CONTINENTAL.

2.1.4.1 EL MINISTERIO PÚBLICO EN BELGICA.

Según el artículo 1º. De la Constitución de 1994 “Bélgica es un Estado federal que se compone de comunidades y regiones” en el que la organización de la protección jurisdiccional de los derechos e intereses de los ciudadanos es competencia exclusiva del Legislador Federal.

En cuanto al marco del nuevo Estado federal belga, la ubicación institucional del Ministerio Público dentro del Poder judicial o del Ejecutivo es actualmente una cuestión muy controvertida, ya que las evidentes influencias que de ambos poderes recibe le confieren una ambigua naturaleza jurídica.

⁴¹³ MARCHENA “El Ministerio...” Pág. 58.

⁴¹⁴ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 68 “ La relación de dependencia entre el poderoso Fiscal alemán y el Ejecutivo salta a la vista y aunque no han faltado voces reclamando la pertenencia del Ministerio Fiscal al Poder judicial “se afirma con igual certeza (pero no con bases más consistentes que el Ministerio Público pertenece al Poder Ejecutivo, como lo demuestra, justamente la falta de consideración de los sujetos titulares del Poder judicial por la Grundgesetz, además de la organización rigurosamente jerárquica y subordinada a la autoridad administrativa que reviste el Ministro de justicia. “

⁴¹⁵ FLORES PRADA “El ministerio...” Pág. 175.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 de la constitución, incluido dentro del capítulo III del Título II, dedicado al Poder judicial, el Rey⁴¹⁶, a propuesta del Ministerio de Justicia, nombra y revoca a todos los funcionarios del Ministerio Público ante los juzgados y tribunales el artículo 154 de la constitución en mención le confiere el carácter de magistrados con un estatuto particular que les garantiza un buen margen de autonomía en el ejercicio de sus funciones.⁴¹⁷

El código Judicial Belga, en su Título II de su Libro I y artículo 137 y siguientes, dedican el tema al Ministerio Fiscal, definiéndolo como “La fiscalía es un órgano judicial integrado por magistrados, que participan de las mismas condiciones generales de nombramiento, incompatibilidades, obligación de residencia y jubilación que los integrantes del Poder Judicial”

Señala LOPEZ LOPEZ que “El reconocimiento genérico a los Fiscales belgas del Status jurídico de la magistratura no les impide seguir siendo únicos e indivisibles en su función pudiendo sustituirse válidamente entre sí en el curso de un mismo procedimiento sin que esta circunstancia afecte a la validez del mismo. Tampoco les son aplicables las incompatibilidades que impiden al juez que haya intervenido en la primera instancia participar en la apelación⁴¹⁸, ni son inamovibles ni recusables y por último tienen un régimen disciplinario distinto al de los jueces”⁴¹⁹

Su marcado entorno al Poder Ejecutivo se demuestra en el artículo 142 del código judicial Belga en el sentido que “Las funciones del Ministerio Público ante la corte de Casación son ejercidas bajo la autoridad del Ministro de Justicia” dicha vinculación también se observa en el artículo 143.2 del mismo cuerpo legal cuando procuradores actúan ante los Tribunales de lo laboral.

En materia criminal el artículo 274 del código de instrucción criminal permite al Ministro de Justicia ordenar la investigación de un caso en particular, aunque, por el contrario, tiene prohibido imponer el sobreseimiento de una causa abierta.

⁴¹⁶ MARTINEZ “Aspectos...” Pág. 69 “ En Bélgica, la constitución se refiere al Ministerio Público en su artículo 101 esta norma fundamental belga, faculta al Rey a que nombre a los miembros de los tribunales y del ministerio fiscal.”

⁴¹⁷ KRINGS E. “La Fiscalía, su dimensión constitucional y sus relaciones con los diferentes poderes del Estado” El Poder judicial en Europa conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de las comunidades Europeas, Tribunal Supremo, Madrid 1989 Pág. 184.

⁴¹⁸ Ver artículo 292 del Código judicial Belga así como el artículo 832. Del mismo cuerpo legal.

La fiscalía belga esta gobernada bajo los principios de unidad y de dependencia jerárquica, estando dirigidas por un Fiscal que adopta el cargo de Procurador General.⁴²⁰ Existen cinco procuradores generales ante los tribunales de apelación, absolutamente independientes entre sí, por lo que, para facilitar la adopción de acuerdos de actuación conjunta, se ha institucionalizado una especie de Consejo de Procuradores Generales,⁴²¹ cuya existencia ha sido implícitamente reconocida por el Real decreto de 2 de septiembre de 1991. Esta especie de Consejo Supremo fiscal no constituye, sin embargo, un órgano con sustantividad jurídica propia, ni los acuerdos adoptados vinculan a sus componentes que siguen conservando íntegramente la totalidad de sus poderes⁴²²

Con respecto a los órganos judiciales belgas se distribuyen de la siguiente forma: El Tribunal de casación en cada una de las cinco provincias,⁴²³ existe un tribunal de Apelación, un Tribunal de Trabajo y tiene su sede el Tribunal del jurado. En los distritos judiciales en que se divide cada provincia, encontramos los Tribunales de primera instancia, los tribunales de comercio, los tribunales de trabajo, los tribunales de distrito, y los tribunales que resuelven las cuestiones de competencia, compuestos por los presidentes de los Tribunales de primera instancia, comercio y trabajo. Y sobre la base de esta jerarquía piramidal encontramos a los jueces de paz y los tribunales de Policía.⁴²⁴

La Fiscalía por su parte se organiza en tres estadios sucesivos: la Fiscalía General ante la Corte de Casación, Las Fiscalías generales ante los Tribunales de Apelación, y las Fiscalías de Distrito.

El procurador general ante la Corte de Casación no tiene reconocido entre el catalogo de sus atribuciones el ejercicio de la acción penal, salvo cuando excepcionalmente sea la propia corte de Casación la jurisdicción competente para conocer del delito enjuiciado.⁴²⁵ La fiscalía ante la Corte de Casación no cuida de la efectiva persecución de los delitos, ni probar la culpabilidad o inocencia de los acusados es de su incumbencia, su intervención procesal está fundamentalmente dirigida a asegurar el escrupuloso respecto de

⁴¹⁹ LOPEZ LOPEZ “El ministerio...” Pág. 35.

⁴²⁰ KRINGS E. “La fiscalía su dimensión constitucional...” Pág. 186.

⁴²¹ LOPEZ LOPEZ “El ministerio...” Pág. 35.

⁴²² LOPEZ LOPEZ “El ministerio...” Pág. 35.

⁴²³ Las provincias Belgas son: Amberes, Bruselas, Gante, Lieja y Mons

⁴²⁴ LOPEZ LOPEZ “El ministerio...” Pág. 35.

⁴²⁵ Ver artículo 144 del Código judicial Belga.

la legalidad en las decisiones judiciales.⁴²⁶ El fiscal ante la corte de casación, salvo casos excepcionales a los que antes nos hemos referido, no comparece a la vista en calidad de parte, limitándose a presentar ante la Corte un dictamen imparcial sobre las cuestiones jurídicas debatidas en la búsqueda permanente de la unidad de jurisprudencia y el respeto a la legalidad.⁴²⁷

Cuando el Ministerio Público comparece ante las jurisdicciones inferiores el procurador general ante los tribunales de apelación es quien ejercita, claro esta asistidos por sus abogados generales y los sustitutos del fiscal, la acción penal ante todos los Tribunales radicados en su territorio, controlando y dirigiendo además el trabajo de los fiscales del Rey o de distrito, que a su vez, también pueden estar asistidos por uno o más sustitutos.⁴²⁸

Ante los jueces de paz y tribunales de policía no existe una Fiscalía propiamente dicha, siendo el Fiscal de distrito quien se encarga del ejercicio de la acción penal ante esta clase de tribunales cuando es necesaria su presencia.

El ingreso al Ministerio Público Belga se produce efectivamente por nombramiento real, según la propuesta hecha por el Ministro de Justicia, tras el informe favorable del Procurador General, Procurador del Rey o auditor de Trabajo que dirija la Fiscalía en donde haya de incorporarse el nuevo fiscal, que, tras su nombramiento adquirirá la condición de Procurador sustituto.⁴²⁹ Estos procuradores sustitutos, tras al menos ocho años de ejercicio, pueden llegar a ser nombrados Abogados Generales, con facultades para representar al Procurador General ante los Tribunales de las diferentes instancias y jurisdicciones. La condición de Abogado General puede adquirirse definitivamente, si los informes de sus superiores son favorables y se ha desempeñado durante nueve años ininterrumpidos.⁴³⁰

La actividad penal de la Fiscalía belga se puede clasificar según LOPEZ LOPEZ en tres grandes sectores:

La Dirección de la policía judicial como primer sector, (código de instrucción criminal artículos 9 y 22): El proceso penal viene procedido por una información policial que dirige el Fiscal de Distrito, bajo la supervisión del Procurador General del Tribunal de

⁴²⁶ KRINGS E “La fiscalía su dimensión constitucional...” Pág. 186.

⁴²⁷ LOPEZ LOPEZ “El ministerio...” Pág. 36.

⁴²⁸ LOPEZ LOPEZ “El Ministerio...” Pág. 36.

⁴²⁹ KRINGS E. “La fiscalía, su dimensión constitucional...” Pág. 186.

⁴³⁰ LOPEZ LOPEZ “El Ministerio...” Pág. 34.

apelación respectivo. El comisario General de la policía judicial de la fiscalía se encuentra bajo la autoridad de los procuradores generales que designarán un fiscal general encargado de ejercer esta autoridad durante un plazo de tres años renovables.⁴³¹ El Ministro de justicia a propuesta de los Procuradores Generales confiará la dirección de la brigada especial encargada de la represión de la gran criminalidad a un magistrado del Ministerio Público.⁴³² El Ministerio Público es el máximo responsable de la lucha contra el crimen y tiene facultades de detención preventiva,⁴³³ o intervención inmediata del permiso de conducir con la duración máxima de la pena a imponer por el delito perseguido. Una vez concluida la información. El fiscal del Rey decide sobre el procedimiento a seguir o el archivo del procedimiento por considerar que no existe delito o no sea identificado su autor, pero también puede abortar el proceso cuando el perjuicio causado haya sido objeto de reparación y el delito se encuentre castigado con pena de prisión no superior a cinco años, propone al autor la elusión del proceso mediante pago de una cierta cantidad de dinero que se procederá a ingresar en las arcas estatales.⁴³⁴

El ejercicio de la acción penal como segundo sector (ley de 17 de abril de 1878 artículo 1º.) La fase intermedia del proceso penal belga, secreta y no contradictoria se inicia con la remisión al juez de instrucción de la querrela del fiscal. Una vez recibida la causa por el Juez de instrucción, éste tiene absoluta libertad de movimientos, pues no se encuentra limitado por la calificación jurídica de los hechos efectuados por el Fiscal. Tampoco está obligado el juez de instrucción a acceder a todas las peticiones que en el curso del procedimiento le realice la Fiscalía, pero si deniega la práctica de una diligencia ha de hacerlo por auto motivado, que puede ser recurrido ante la Sala de acusación. Lógicamente el fiscal para poder hacer efectivo su derecho a instar del Instructor aquello que considere más conveniente para el curso ulterior del proceso tiene derecho a examinar las actuaciones en cualquier momento. Por el contrario el imputado no tiene reconocido este derecho, ni el juez de instrucción esta obligado a responder o acceder a sus peticiones, ni puede utilizar recurso de clase alguna. Cuando el juez entiende que la instrucción está concluida, la remite al Fiscal de distrito para que aporte a la causa de su escrito de

⁴³¹ Ver artículo 5 del Real Decreto de 2 de septiembre de 1991.

⁴³² Ver artículo 15 párrafo 1º. Del Real decreto de 2 de septiembre de 1991.

⁴³³ Ver artículos 1 y 2 de la Ley de 20 de julio de 1990 sobre detención preventiva al igual que los artículos 55 al 58 del Real Decreto de fecha 16 de marzo de 1968.

⁴³⁴ Ver artículo 216 bis del código de instrucción Criminal.

conclusiones que una vez es devuelta por la Fiscalía, se presenta por el Juez de instrucción ante la Sala del Consejo que citará a las partes para la vista. La vista ante la sala del consejo se inicia con un informe oral del juez de instrucción, después el Fiscal expone su calificación de los hechos y finalmente intervienen sucesivamente la parte civil, el acusado y su defensor. Después de la vista, la Sala resuelve sobre la tipicidad de los hechos enjuiciados, si existen pruebas suficientes para la continuación del proceso, y cual es el Tribunal competente para la celebración del juicio ora, que según la gravedad del delito será un tribunal de policía, un tribunal correccional o un jurado.⁴³⁵ Y como tercer sector de la actividad penal se encuentra la Ejecución de sentencias y autos.⁴³⁶

2.1.4.2 EL MINISTERIO PÚBLICO EN DINAMARCA.

Aunque se resume en forma breve debido a la escasa información que se puede conseguir sobre el tema. En Dinamarca “normalmente, el Director del Servicio encargado del procesamiento es el Ministro de Justicia.” Sin embargo el Ministro no interfiere en la Dirección de los procesamientos. El Responsable es, en este caso el **Rigsadvokaten**, nombrado por la Corona y que es la autoridad suprema de procesamiento para la totalidad del país, y al mismo tiempo ejerce asesoría al Ministro de Justicia en temas generales, de ahí la dependencia con el poder ejecutivo, Al servicio del Rigsadvokaten se encuentra el Cuerpo de Fiscales denominado statsadvokater.⁴³⁷

El principio de oportunidad se encuentra admitido en la legislación danesa.⁴³⁸ El Rigsadvokate, puede en cualquier caso, suspender el procesamiento si considera que existen circunstancias atenuantes especiales que justifican una decisión a este efecto y que el procesamiento puede ser interrumpido sin perjuicio alguno del interés público. En casos de duda puede remitir dicha decisión al Ministerio de Justicia.⁴³⁹

⁴³⁵ LOPEZ LOPEZ “El Ministerio..” Pág. 35,36 y 37, amplía con mayor acuciosidad el presente tema

⁴³⁶ Ver artículos 30 de la constitución de Bélgica, 139 del Código judicial de Bélgica y 165,197 y 376 del Código de instrucción criminal de Bélgica.

⁴³⁷ KRINGS E. “La fiscalía, su dimensión constitucional...” Pág. 194.

⁴³⁸ KRINGS E. “La fiscalía, su dimensión constitucional...” Pág. 194.

2.1.4.3 EL MINISTERIO FISCAL EN HOLANDA:

El sistema acusatorio formal en estado puro es mantenido en Holanda desde el año de 1838 en que entrara en vigor su primer código de Instrucción Criminal. Este código que se mantuvo vigente hasta el año de 1926 en que se publicó el que actualmente se encuentra en vigencia, el código de 1938 usó una terminología muy expresiva de las funciones y naturaleza de cada cual, al juez de instrucción lo denominó juez comisario y al Fiscal, Oficial de justicia.

La organización judicial en Holanda se puede describir de la siguiente Manera: Existe un Tribunal Supremo con sede en la Haya, para toda la nación, con una misión armonizadora de la doctrina jurídica, cinco tribunales de Apelación, con funciones de segunda instancia penal, y finalmente tribunales de primera instancia e instrucción, en cada uno de los distritos judiciales en que se divide el territorio neerlandés.⁴⁴⁰

La fiscalía lógicamente se acomoda a esta estructura. La Máxima autoridad del organigrama Fiscal esta representada por la Fiscalía del Tribunal Supremo a cuyo frente se encuentra el Fiscal General del Tribunal Supremo nombrado con carácter vitalicio e independiente en el ejercicio de sus funciones. Este fiscal general del Supremo no está obligado a seguir las ordenes del Ministro de Justicia porque cuando actúa ante el Tribunal Supremo no lo hace para ejercitar la acción penal, sino que interviene de forma neutra en defensa de la legalidad, presentando unas alegaciones escritas que luego son publicadas in extenso por la prensa jurídica juntamente con las sentencias del Tribunal.⁴⁴¹ En teoría el Fiscal General del Tribunal Supremo podría dar órdenes a los Fiscales Generales ante los Tribunales de Apelación, pero, como entre sus funciones no se halla la tramitación de diligencias penales, nunca se dirige a los cinco Fiscales Generales, que confeccionan libremente las directivas por las que han de regirse los Fiscales de la Reina que de ellos dependen.⁴⁴² El Ministro de Justicia también puede publicar directivas obligatorias para los Fiscales de su Majestad, pero últimamente se ha impuesto la convocatoria de una especie de Consejo en el que se reúnen los cinco Fiscales Generales con el Ministro de Justicia con

⁴³⁹ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 72.

⁴⁴⁰ NOORDHOEK “Sistemas de Proceso Penal en Europa, Holanda” Cedecs, Barcelona 1998. Pág. 197.

⁴⁴¹ NOORDHOEK “Sistemas de Proceso penal...” Pág. 197.

la intención de llegar a acuerdos de actuación conjunta.⁴⁴³ En un plano distinto actúa la llamada Fiscalía Nacional, que dirige el denominado Equipo de Investigación Nacional denominado (Landelijk Rechercheteam) encargado de la investigación y descubrimiento de los delitos cometidos por la criminalidad organizada así como la gestión de todas las actuaciones nacionales e internacionales que esta materia suscita. Las Fiscalías Generales ante los Tribunales de Apelación se encuentran al frente de su Respectivo Jefe Fiscal. Y las Fiscalías de Distrito que desempeñan las funciones procesales propias de la Fiscalía dentro del territorio de su jurisdicción.⁴⁴⁴

Las fiscalías holandesas se encuentra regidas por los principios de unidad y dependencia jerárquica, que hacen que la decisión de uno de sus miembros vincule a todos sus compañeros de oficina, pero no a los destinados en otras distintas, que se comportan con absoluta independencia, salvo cuando existan los principios generales de actuación jurídica antes mencionados.⁴⁴⁵

La instrucción criminal en los Países bajos se descompone fundamentalmente en dos partes bien diferenciadas:⁴⁴⁶

Primera. Las llamadas informaciones provisorias, en las que el Oficial de Justicia persigue la comisión de los delitos,⁴⁴⁷ controlan la legalidad de la actuación Policial, estando habilitado para dar toda clase de órdenes a los agentes de la Policía judicial,⁴⁴⁸ y

⁴⁴² NOORDHOEK “Sistemas de Proceso penal...” Pág. 198.

⁴⁴³ LOPEZ LOPEZ “El ministerio fiscal...” Pág. 51.

⁴⁴⁴ NOORDHOEK “Sistemas de Proceso penal...” Pág. 198. “El ingreso en el cuerpo de Fiscales se puede hacer por una doble vía. Para los menores de treinta y un años se realiza una rigurosa selección entre los candidatos a ingresar en el Centro de formación, mediante diversas entrevistas y pruebas psicológicas. Los admitidos seguirán durante seis años un plan de formación teórica práctico. Los mayores de treinta y un años, con experiencia profesional superior a los seis años, pueden ser nombrados fiscales, si así lo decide una comisión especial, formada por magistrados y personas influyentes en la vida social holandesa.”

⁴⁴⁵ LOPEZ LOPEZ “El ministerio fiscal...” Pág. 51.

⁴⁴⁶ Así lo expone LOPEZ LOPEZ “El ministerio fiscal...” Pág. 51.

⁴⁴⁷ Ver artículo 141 del Código de procedimiento penal holandés: “de la averiguación de los hechos delictivos se encargan a. Los fiscales, b. Los funcionarios de la Policía de conformidad con lo establecido en el artículo 3 apartado primero. Bajo a) y b) en el apartado segundo de la Ley policial de 1993; c. En los casos a determinar por el ministro de justicia en coordinación con el ministro de Defensa, los funcionarios y sub funcionarios de la Guardia Real y otros militares del mencionado cuerpo nombrados por los ministros”

⁴⁴⁸ El artículo 148 del Código de Procedimiento penal establece: “1.El fiscal se encarga de las investigaciones de los hechos punibles de los cuales el Tribunal al que pertenece y lo juzgados de distrito que se encuentran dentro de la jurisdicción del último que tenga conocimiento, así como de la investigación de hechos punibles que se hayan perpetrado dentro de la jurisdicción del tribunal al que pertenece y de los que otros tribunales o juzgados de distrito tengan conocimiento. 2. Para tal fin dará las ordenes oportunas a las personas encargadas de las actuaciones de averiguación. 3. Al llevar a cabo él mismo actuaciones de averiguación, debe informar de los resultados por medio de un atestado instruido bajo juramento profesional.”

decide unilateralmente que sospechosos serán objeto de investigación y cuales no⁴⁴⁹, con la facultad si estima motivos preferentes de interés general, de renunciar a proceder.

Por regla general en el caso de infracciones que la ley castigue con penas de cuatro o más años, la Policía puede en interés de la investigación acordar la detención del presunto delincuente durante dos días, que el Oficial de Justicia puede prolongar por otros dos. En el curso de la detención, el Oficial de Justicia también puede decidir, por ejemplo la incomunicación del detenido, la toma de fotografías y de huellas digitales y en caso de urgencia su registro o exploración corporal entrados en domicilio y otros. También puede acordar la retirada directa del permiso de conducir en el caso de ciertas infracciones. Todas estas decisiones del Fiscal holandés están sujetas a recurso, pero de naturaleza administrativa o judicial.

Por último la incompetencia del Fiscal para proceder penalmente contra una infracción penal determinada está admitida entre las excepciones previas que pueden ser propuestas por la defensa al comienzo de las sesiones del juicio oral y que deben ser resueltas en la sentencia.

Segunda: La instrucción Propiamente dicha, que se abre a instancias del Oficial de Justicia, cuando estima necesaria la intervención judicial en el curso de una información penal.⁴⁵⁰ En esta fase procesal cuando el Juez Comisario, quien dada la trascendencia de sus funciones, es elegido entre Magistrados con varios años de experiencia en un Tribunal penal, puede ordenar la detención del inculcado por un periodo máximo de diez días⁴⁵¹ o acordar otras medidas que afecten gravemente a la privacidad de los inculcados.⁴⁵² Pero este juez comisario que asume la dirección de la investigación criminal en su calidad de

⁴⁴⁹ Ver artículo 167, párrafo 2 del código de procedimiento penal al igual que el artículo 74 del código penal que dice: “1. Antes de la apertura de la vista de la causa, el fiscal podrá estipular uno o más condiciones para evitar la persecución penal de los delitos, a no ser que dichos delitos sean castigados con una pena privativa de libertad superior a los seis años. Al cumplirse las mencionadas condiciones, el derecho de enjuiciamiento caduca. 2. SE podrá exigir el cumplimiento de las siguientes condiciones: a. El pago al Estado de una cantidad pecuniaria, con un mínimo de cinco florines y como máximo el importe establecido por ley, b. La renuncia a los objetos secuestrados y que puedan ser confiscados o decomisados, c. Entrega al Estado de objetos que puedan ser confiscados o el pago del valor estimado de dichos objetos, d. Pago al estado de una cantidad pecuniaria o la renuncia de los objetos secuestrados por el sospechoso para privarle del beneficio ilícito obtenido por medio del hecho delictivo, e. Recompensación de los daños y perjuicios causados por el hecho delictivo. 3. El fiscal certificará el cumplimiento de las condiciones a solicitud de la persona implicada.

⁴⁵⁰ Ver artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de Holanda

⁴⁵¹ Ver artículo 63 y 64 del código de procedimiento penal de Holanda

⁴⁵² Por ejemplo escuchas telefónicas o de una manera más general, investigaciones en materia de telecomunicaciones ver artículo 125 f al 125h del código de procedimiento penal de Holanda

Juez de instrucción, también debe vigilar por lo que los derechos fundamentales de la defensa del inculpado sean plenamente respetados, así como por que el curso del proceso de investigación se ajuste al principio de verdad material.

En la práctica, sin embargo este juez no suele tener que tomar muchas decisiones relativas al caso. En la mayoría de los casos, el juez libraré una autorización a instancias del Fiscal para llevar a cabo ciertas medidas, como una escucha telefónica. Al tener una relación más estrecha con el equipo de investigación, suele ser el Fiscal quien se encarga de la investigación aunque en cooperación del juez.

En el Derecho neerlandés, a pesar de que el Oficial de Justicia está a las órdenes expresas del Ministro de Justicia⁴⁵³ se le considera integrado al Poder judicial como órgano público encargado de vigilar el cumplimiento de las Leyes.⁴⁵⁴ Se justifica la dependencia gubernamental de la Fiscalía en que el Ministro de Justicia responde políticamente ante el Parlamento neerlandés de los actos del Ministerio Público y en que siguiendo el derecho consuetudinario, el Ministro de Justicia nunca interviene en procesos penales concretos, teniendo expresamente prohibido ordenar al fiscal que se abstenga de proceder contra una persona determinada. Por ultimo es el Ministerio fiscal quien tiene confiada la ejecución de las resoluciones judiciales.⁴⁵⁵

2.2. EL SISTEMA DEL COMMON LAW.

2.2.1 EL MINISTERIO PUBLICO DE INGLATERRA Y GALES:

La peculiaridad del sistema anglosajón tiene su reflejo en la institución que nos ocupa no esta demás advertir que es generalmente conocida la diferencia de contenidos jurídicos entre el sistema anglosajón y el continental o civile law

Se puede afirmar que las competencias del Poder Ejecutivo en relación con la administración de justicia están repartidas al menos en tres órganos: El Lord Canciller, el

⁴⁵³ Ver artículo 5 de la Ley de Organización Judicial de Holanda.

⁴⁵⁴ LOPEZ LOPEZ "El ministerio..." Pág. 51.

⁴⁵⁵ NOORDHOEK "Sistemas de Proceso penal..." Pág. 197.

Ministro del Interior y los llamados Law Officers of the Crown.⁴⁵⁶ Siendo como anteriormente se expuso el Attorney General y el Solicitor Genral.⁴⁵⁷

El profesor DIEZ PICAZO conocedor de la acción penal en el derecho inglés, nos comenta que “la acción penal (prosecution) ha estado tradicionalmente atribuida a la Corona. Ello se debe a que, en origen, sólo los hechos delictivos de especial gravedad eran considerados como atentados contra la llamada “paz del rey” es decir, violaciones del orden público. De aquí que el conocimiento de estos delitos correspondiera a los tribunales regios. La represión de los demás hechos ilícitos, continuo siendo de la competencia de las antiguas jurisdicciones señoriales y locales que sobrevivieron a la centralización de la administración de Justicia lleva a acabo en la segunda mitad del siglo XII. A medida que estas jurisdicciones fueron desapareciendo se fue ampliando el ámbito de la justicia penal común y paralelamente de la acusación en nombre de la Corona. Todo ello no ha significado jamás sin embargo, que la acción penal haya de ser materialmente ejercida por la Corona o por sus agentes, denominados Law Officers,⁴⁵⁸ Más bien, la regla general ha sido la contraria: cualquier persona puede ejercer la acción penal en nombre de la Corona, a menos que con respecto al tipo de delito en cuestión exista alguna limitación legal. Esta universal posibilidad de actuación en nombre de la Corona se debe a que el derecho inglés no ha desarrollado jamás una institución equiparable a un auténtico Ministerio Fiscal.⁴⁵⁹”

Por lo tanto como dice VERCHER NOGUERA “hablar de un Ministerio Fiscal es difícilmente conciliable con la tradición legal inglesa”⁴⁶⁰ en la cual hasta estos días ha pervivido un proceso penal acusatorio.⁴⁶¹”

⁴⁵⁶ DIEZ PICAZO “El poder de acusar...” Pág. 46. “El origen de los Law Officers se remonta a la Baja Edad Media. Su misión primigenia consistía en defender ante los tribunales en cualquier tipo de proceso los interés de la Corona. Precisamente porque los tribunales centrales e itinerantes eran órganos del Rey. Éste podía hacer oír su voz ante ellos, siempre que tuviera un interés público o privado, en alguna causa. En este sentido, la naturaleza originaria de los Law Officers no era demasiado distinta de la de los Procureurs du roi en Francia, antecedentes remotos del instituto del Ministerio Fiscal, pero, aparte del distinto modelo de proceso en que operaban había una estructura judicial centralizada que impidió la aparición de una vasta red de representantes periféricos de la Corona, segundo nunca existió la enajenación de los oficios públicos de modo que no se pudo crear un cuerpo de funcionarios diferentes de la abogacía.

⁴⁵⁷ DIEZ PICAZO “El Poder de acusar...” Pág. 46.

⁴⁵⁸ DIEZ PICAZO “El Poder de acusar...” Pág. 47 “Hoy en día los Law officers forman parte del gobierno y por consiguiente deben ser miembros del Parlamento ante el que son responsables. Ya no es usual, en cambio que el Attorney General forme parte del Gabinete. Solo acude a las reuniones de éste cuando es llamado para discutir de algún asunto específico, con respecto al cual se estima oportuno oír su opinión.

⁴⁵⁹ DIEZ PICAZO “El Poder de acusar, Ministerio Fiscal y constitucionalismo” Ariel, Barcelona 2000. Pág.36.

⁴⁶⁰ VERCHER NOGUERA “Hacia un Ministerio Fiscal Inglés” en La ley no. 2/1987 Pág. 923.

Una de las principales características del proceso penal inglés fue durante tiempo la inexistencia de una acusación pública, con lo cual las necesidades para el progreso de la acción corrían exclusivamente a cargo de la víctima del acto ilícito.

Como se ha escrito según FARAZMAND “no había crimen en la Inglaterra anglosajona, porque la idea de crimen no existía.”^{462,}

En el año de 1829 se destinó un esfuerzo policial a la investigación de los hechos ilícitos y se crearon las fuerzas regulares de policía, se defendió la actividad justificando que se traba de una actuación particular realizada por la fuerza pública como ciudadano. Aunque varias voces se levantaban a favor de conservar el sistema único de acusación privada.⁴⁶³

Lo cierto es que fue criticado desde diversos frentes: la falta de una acusación que se preocupase de que hubiera justicia cuando el delito afectaba a muchos en general, los costes del proceso con que tenía que hacer frente desde un principio la víctima o la

⁴⁶¹ DIEZ PICAZO “El Poder de acusar...” Pág. 38. “ La arriba mencionada supervivencia del proceso penal acusatorio no significa sin embargo, que hubiera un desentendimiento de la Corona hacia la represión criminal, ni que la justicia penal continuara siendo vista como una cuestión esencialmente privada. Parece más acertado afirmar que a partir del siglo XII, el ejercicio de la acción penal tendió a ser concebido como una función pública difusa. Con mayor precisión, cabría hablar de un supuesto de ejercicio privado de funciones públicas; esto es, se trataría de una función pública para cuya realización se solicita la colaboración de los particulares. Esta idea requiere al menos tres ulteriores explicaciones. Ante todo el hecho de que en Inglaterra el ejercicio de la acción penal esté abierto a los particulares no quiere decir que aquélla pueda ser configurada como una genuina acción popular, los particulares no gozan, en cuanto tales, de legitimación activa para iniciar el proceso penal. Se esta en presencia más bien de una especie de delegación tácita de la Corona o en términos modernos del Poder Ejecutivo a los particulares. Ello trae consigo no desdeñables consecuencias prácticas: a diferencia de lo que sucedería si se tratara de una auténtica acción popular, los particulares sólo pueden ejercer la acción penal en la medida en que se lo consienta la Corona y así basta que ésta se persone en una causa para que el acusador privado quede desplazado. No se puede actuar en nombre de alguien cuando éste está presente y defiende sus intereses. En segundo lugar, la apertura de la acción penal a todas las personas no es un resto arqueológico. Si bien es cierto que algunas leyes han ido limitando o excluyendo con respecto a ciertos tipos delictivos la incoación del proceso penal por los particulares, la regla general continúa siendo que todos pueden actuar en nombre de la Corona. Esta idea se encuentra tan profundamente enraizada que, hasta la fecha, ha impedido una reforma global que introdujera un verdadero Ministerio Fiscal. Además, la carga de actuar en nombre de la Corona es una simple ficción, sino que posee un significado jurídico preciso, el acusador, quienquiera que sea, está siempre vinculado a ciertos cánones de lealtad y objetividad. Por último la tradicional configuración del ejercicio de la acción penal como una función pública difusa de ningún modo significa que no haya habido agentes públicos encargados de este cometido. Desde la Baja Edad Media, se ha considerado que esta función debe ser primariamente desempeñada por las mismas instituciones que tienen a su cargo el mantenimiento del orden público. La participación de los particulares tiende a ser subsidiaria. Ahora bien, siguiendo un arraigado criterio del constitucionalismo inglés. Los agentes públicos no están investidos de una autoridad especial cuando ejercen la acción penal. En palabras de una resolución judicial clásica en esta materia “La mayoría de las causas penales son incoadas por la policía, que actúa como un ciudadano privado, en nombre de la Corona.”

⁴⁶² FARAZMAN ALI “Handbook of Bureaucracy” Marcel Dekker, Nueva York 1994 Pág. 435 citado por MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 72.

⁴⁶³ DELMAS MARTY “Procesos penales de Europa...” Pág. 170.

posibilidad de usar el poder acusatorio para obtener resultados ilegítimos se blandían como argumentos contra el monopolio de la acusación privada.⁴⁶⁴

Cincuenta años más tarde de la creación de estas fuerzas policiales aparecería el equivalente inglés al Ministerio Público⁴⁶⁵ en su función de acusador⁴⁶⁶ este fue el **Director of Public Prosecutions**, que existió tras ser proclamada la **Prosecution of Offences Act**. La falta de objetividad en algunas actuaciones policiales y el hecho de usar criterios criminalísticos y no jurídicos en sus investigaciones, incidió en la aparición de la figura que nació dependiente funcionalmente del Fiscal General denominado **Attorney General**⁴⁶⁷ y con un campo de actuación no demasiado amplio.⁴⁶⁸

⁴⁶⁴ AULET “Jueces, Política y Justicia en Inglaterra y España” Cedecs, Barcelona 1998 Pág. 630 citado por MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 73.

⁴⁶⁵ DIEZ PICAZO “El poder de acusar...” Pág. 36. “¿Por qué Inglaterra ha permanecido al margen de la tendencia general a la creación de un Ministerio Fiscal? Es claro que, en la Europa continental, el origen del Ministerio Fiscal está relacionado con la formación del Estado Moderno y, en particular con la instauración del proceso penal de tipo inquisitivo como uno de los instrumentos de la centralización del poder político iniciada en la baja Edad Media. Es igualmente claro que, cuando más tarde las revoluciones liberales reformaron el proceso penal dándole una impronta acusatoria, fue necesario que un agente público distinto del Juez se ocupara de ejercer la acusación. No sólo resultaba irrazonable esperar que los particulares asumieran espontáneamente esta tarea, sino que tampoco era deseable: a finales del siglo XVIII imperaba ya la opinión ilustrada según la cual la persecución de los delitos es un cometido esencialmente público que no debe ser dejado en manos de la delación y de los intereses privados. En Inglaterra por el contrario, la modernización jurídica política bajo medieval no comportó la supresión del viejo proceso penal acusatorio. Este último era concebido como un litigio entre dos particulares y en consecuencia tendía más a dar satisfacción a la víctima y sus allegados que reprimir los comportamientos antisociales. Dado que Inglaterra no experimento la recepción del ius comune de origen romano canónico, tampoco llegó a adoptar el proceso penal inquisitivo. Ello no significa que, como elemento inherente a la centralización del poder político, la corona no asumiera el mantenimiento del orden público, pero este cometido estaba encomendado a todos los hombres libres. A ello no fue ajena la institución de las milicias locales, en las que debían servir todos los hombres libres (yeomen) y cuya finalidad principal consistía precisamente en la salvaguardia del orden público: eran los ciudadanos soldados, quienes tenían el deber de preservar la “paz del rey” La centralización del poder político pudo, en consecuencia, ser llevada a cabo sin alterar, al menos formalmente, la naturaleza acusatoria del proceso penal que ha sobrevivido ininterrumpidamente hasta hoy.”

⁴⁶⁶ DIEZ PICAZO “El poder de acusar...” Pág. 46 “La configuración de la acción penal como una función pública descentralizada no obsta a la existencia de dos órganos centrales con atribuciones en la materia el Attorney General y el Director of Public prosecutions. En el Reino Unido no existe equivalente alguno de un Ministro de Justicia de corte continental. Las competencias del Poder Ejecutivo en relación con la Administración de justicia están repartidas, al menos entre tres órganos: el Lord Canciller, el Ministro del Interior y los llamados Law Officers of the Crown. Estos últimos son el Attorney General y con carácter vicario el Solicitor General.”

⁴⁶⁷ MARCHENA “el Ministerio Fiscal en Europa...” Pág. 46. “La naturaleza del Attonery General no tiene traducción en el derecho español” AULET. “Jueces, Política y Justicia...” Pág. 926. Citado por MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 74 “El Attorney General es un Secretario de Estado (Ministro sin asiento en el gabinete) responsable del alto asesoramiento jurídico del gobierno.”

⁴⁶⁸ DIEZ PICAZO “El poder de acusar...” Pág. 47. “El Attorney General preside la abogacía inglesa. Es el principal asesor jurídico del gobierno. En esta condición da todo tipo de consejos e informes en su conjunto o a concretos ministros. Las opiniones que emite como asesor jurídico son confidenciales, por lo que el ministro que las recibe si es interpelado en el parlamento no suele hacerlas públicas, participa en comisiones de investigación, preparación de proyectos de ley. Además puede actuar ante los tribunales defendiendo al

El cambio más reciente calificado de un “salto evolutivo en el sistema de acusación inglés” se dio en 1985 con la Prosecution of Public offences, que creó la “ **The Crown Prosecution Service**” formando por el **Director of Public Prosecutions** y los **Crown Prosecutors** “configurado como una rama especializada de la Administración del Estado, dotada de una amplia independencia funcional.”⁴⁶⁹ A su cabeza se sitúa el Attorney General, por su parte, debe ser siempre miembro de la casa de los comunes y siempre un barrister. Además forma parte del gobierno y la persona que detenta el cargo generalmente cambia con la llegada de un nuevo partido al poder.⁴⁷⁰

Al mismo tiempo el Solicitor General, adjunto al Attorney General, es un barrister también miembro del Parlamento y del gobierno. La responsabilidad ministerial ante el Parlamento del Attorney General se extienden al **Government legal Service**, al DPP Para Inglaterra y Gales y al **Crown Prosecution Service** a Irlanda del Norte y al Director of the Serious Fraud Office. Con todo esto, ejerce de guardián del interés público.⁴⁷¹

El Director of Public Prosecutions, es designado por el Attorney General al que está obligado a rendir informe cuando éste se lo solicite⁴⁷² Para poder ser Nombrado Director of Public Prosecutions, se ha de poseer la condición de barrister o solicitador con mínimo de diez años de ejercicio profesional.⁴⁷³ A él le corresponde principalmente dirigir todos los procedimientos penales, salvo los accionados por la Policía,⁴⁷⁴ si bien estos últimos el Director puede asumir la dirección del proceso en el momento que lo crea oportuno.⁴⁷⁵ Es así mismo el Jefe de The Crown Prosecutor. En la organización Jerárquica subordinados al DPP se encuentran los Chief Crown Prosecutor y más allá los Branch Crown Prosecutors.⁴⁷⁶ Datos claro está que dentro del presente tema se irán ampliando.

gobierno o a un departamento Ministerial. Aun así sólo actúa en juicio en casos particularmente relevantes ya que los intereses gubernamentales son cotidianamente patrocinados por el servicio jurídico del Ministerio del Tesoro, bajo la dirección del Treasury Solicitor. El Attorney General es el primer abogado de la Corona, está legitimado para ejercer todo tipo de acciones civiles en defensa de la legalidad. Ello le permite por ejemplo hacerse portavoz de los llamados “intereses difusos” En el ámbito criminal sus facultades son aún más intensas puede iniciar cualquier proceso penal, su autorización es imprescindible para proceder contra determinados delitos, secuestros oficiales terrorismo entre otros...”

⁴⁶⁹ AULET “Jueces, Política y...” Pág. 630 citado por MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 74.

⁴⁷⁰ DELMAS MARTY “Procesos penales de Europa...” Pág. 170.

⁴⁷¹ AULET “Jueces, Política y...” Pág. 630 citado por MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 75.

⁴⁷² Ver artículo 9.3 Prosecution Offences Act. 1985.

⁴⁷³ Ver art. 2 Prosecution Offences Act. 1985.

⁴⁷⁴ Ver art. 3 Prosecution Offences Act. 1985.

⁴⁷⁵ Ver art. 6 Prosecution Offences Act. 1985.

⁴⁷⁶ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 75.

Con respecto a la organización judicial El derecho inglés distingue entre Jueces profesionales y Jueces no profesionales. Los jueces profesionales actúan en la Crown Court (tribunal encargado del enjuiciamiento de los delitos de mayor gravedad) y pueden tener diversas categorías (High court judges, circuit judges, recorders y assistant recorders⁴⁷⁷)

En las Magistrates' Court, que conocen las infracciones menos graves,⁴⁷⁸ existen Jueces profesionales (stipendiary magistrates) y no profesionales (law magistrates)⁴⁷⁹ ninguno de estos jueces realiza funciones de investigación, pues la figura del Juez de instrucción es desconocida en Inglaterra.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ LOPEZ LOPEZ "El Ministerio Fiscal..." Pág. 52: "Los High Court judges son jueces de la High Court of Justice que sólo actúan en la Crown Court para ciertas categorías de casos a petición del Lord Chancellor. La función de los circuit judges ha sido establecida por la Court Act de 1971. Estos Jueces son nombrados por la Corona por recomendación del Lord Chancellor. Pueden ser nombrados circuit judge las personas que han ejercido como abogado con diez años de antigüedad ante los Crown Court (tribunal competente para conocer de las infracciones graves o mixtas) o ante los County Courts. Los Records son nombrados por la corona a recomendación del Lord Chancellor y se comprometen a actuar en el tribunal 20 días al año. Las personas que pueden ejercer esta función son las mismas que las que pueden ejercer la función de Circuit judge. Los assistant recorders tienen las mismas funciones que los Records, pero actúan a petición del Ministerio de Justicia" tomado de ASSOCIATION DE RECHERCHES PENALES EUROPEENNES bajo la dirección de MIREILLE DELMAS MARY "Procesos penales de Europa" Pág. 150 y 151.

⁴⁷⁸ LOPEZ LOPEZ "El ministerio..." Pág. 53. "El derecho inglés distingue, a efectos de la competencia de sus tribunales de justicia, entre delitos graves denominados (indictable offences) delitos menos graves o sumarios denominados (summary offences) y delitos mixtos (either way offences). Los delitos graves son competentes el Crown Court, los delitos menos graves del Magistrates' Court y los delitos mixtos pueden ser juzgados por el Magistrates' court o por el Crown Court. Si el Magistrates' court decide no juzgar una de estas infracciones lo será obligatoriamente por el Crown Court. Por el contrario si el Magistrates' Court se declara competente, el acusado puede escoger entre uno y otro Tribunal."

⁴⁷⁹ LOPEZ LOPEZ "El ministerio..." Pág. 53 "Los Lay magistrates son nombrados por el Lord Chancellor a recomendación de los comités locales. Antes de poder ejercer sus funciones deben en su tiempo libre seguir una formación jurídica rudimentaria y completarla en el primer año que sigue a su nombramiento. El reclutamiento en el distrito de Cada tribunal. Los Barristers y los solicitor que tengan más de siete años de antigüedad puede ser nombrados stipendiary magistrates," al respecto ver también MARCHENA "Proceso penales de Europa..." Pág. 151.

⁴⁸⁰ DIEZ PICAZO "El Poder de Acusar..." Pág. 39 "Hasta el final de la Edad Media el papel central en la iniciación del proceso penal correspondía al jurado e acusación denominado "gran jurado" o (grand jury). A diferencia del jurado de conocimiento (petty jury), cuyo cometido es examinar los hechos y decidir sobre la inocencia o culpabilidad del imputado el gran jurado cumplía una función predominantemente instructoria en una sociedad agraria y estática, la mayor parte de la población vivía en pequeñas comunidades, donde todos conocían las circunstancias en que se habían cometido los delitos, y así el gran jurado formado por vecinos de la localidad, constituía la fuente de información sobre la que los jueces regios administraban justicia. Es claro que, en ese contexto la víctima o cualquier otro perjudicado que ejerciera la acción penal contaba con el apoyo activo de su comunidad. Sin embargo a medida que la sociedad se fue haciendo más compleja y dinámica, los vínculos de solidaridad comunitaria se aflojaron y dejó de ser indefectible la posibilidad misma de que cualquier vecino conociera las circunstancias de cada delito. El gran jurado fue perdiendo en consecuencia su idoneidad para desempeñar aquella tarea. Aun así el gran jurado sobrevivió, si bien transformándose en un mecanismo de control previo de la consistencia de la acusación es decir, dado que su veredicto favorable era requisito necesario para poder abrir el juicio, el gran jurado comenzó a operar como filtro de la seriedad y solidez de las pruebas de cargo. Téngase presente que, en la audiencia ante el gran jurado sólo las pruebas de la acusación eran examinadas de modo que el imputado carecía del derecho de presentar pruebas de descargo o hacer alegaciones de cualquier tipo. El gran jurado que existe aún en los

Con lo que respecta a la organización de la Fiscalía de la Corona Inglesa se puede argumentar que es una oficina pública centralizada que se organizó administrativamente al modo continental. El Crown Prosecution Service es una rama especializada de la Administración del Estado, a la que se ha dotado de una amplia autonomía funcional. Como antes se consigno la Cabeza visible de la Fiscalía inglesa la ocupa el Attorney General que forma parte del Gobierno. Toda vez que es nombrado por la Corona a propuesta del Primer ministro, entre Abogados de gran prestigio, para asegurar la puesta en práctica de los principios de política criminal diseñados por el Gobierno de la nación en tal virtud asume el cargo de consejero jurídico del gobierno y de la Policía, controla y dirige el funcionamiento general del Servicio y es responsable de él ante el Parlamento. No obstante, las explicaciones que el Attorney General ofrece al parlamento cuando es llamado a comparecer ante él son siempre en términos muy generales, sin detenerse en actuaciones particulares, decisiones concretas o las razones que las motivaron. Dentro de las atribuciones del Attorney General se encuentra adoptar, alegando motivos de interés general o de seguridad nacional, un **nolle prosequi**, que pone fin a la acción penal o conceder una **immunity from prosecution**, por simples razones de oportunidad. También inicia y dirige la investigación de delitos de excepcional gravedad o que afecten a la seguridad interior o exterior del Estado. Mientras que otro tipo de infracciones como las de terrorismo no pueden ser perseguidas sin su consentimiento previo.⁴⁸¹

Debajo del Attorney General y elegido por el Ministro del Interior por un período de cinco años se encuentra como en el inicio de este tema advertimos el Director of Public Prosecutions, que dirige la acción penal ante los Tribunales y redacta y publica el código para los fiscales de La Corona (Code for Crown Prosecutors s. 10 Prosecution of Offences Act 1985) y confecciona el informe anual de la actividad de la Fiscalía, que es entregado al attorney General y por éste al Parlamento antes de proceder a su difusión pública.

El Director of public prosecutions, actúa bajo la supervisión inmediata del Attorney General y ello requiere una explicación como describe LOPEZ LOPEZ “ El Término

Estados Unidos fue finalmente suprimido en Inglaterra en 1937 desde entonces salvo la citación judicial de comparecencia en juicio, no existe control previo alguno sobre el ejercicio de la acción penal. Pues bien esta transformación del gran jurado de mecanismo de investigación en mecanismo de control comportó la necesidad de que, a fin de evitar la impunidad y la anarquía, algún agente publico se encargará de la investigación de los hechos y del acopio de las pruebas, así como en, su caso, de forzar la puesta en marcha del proceso penal. Esta misión fue encomendada a los jueces de paz (justices of the peace)”

utilizado por la ley de 1985 es “superintendence” termino escogido deliberadamente para describir la relación entre ambas autoridades y que excluye la relación de mando jerárquico que se encuentra normalmente entre los integrantes de un mismo departamento administrativo cuando tienen distinta categoría. Por ley el Director of public prosecutions tiene que pedir la autorización del Attorney para poder perseguir a ciertas personas o por ciertos delitos, pero una vez dada la autorización, o sin ella en los casos en que no es preceptiva, depende exclusivamente del DPP llevar adelante la acusación y en qué medida hacerlo.⁴⁸²,”

El Director of public prosecutions es quien personalmente controla y dirige el trabajo del Crown prosecution Service, ejerciendo su autoridad sobre el siguiente eslabón de la escala jerárquica quienes se encuentran los Chiefs Crown Prosecutors (fiscales jefes) que al frente de cada una de las Fiscalías de distrito se distribuyen por toda Inglaterra y Gales. Justo debajo del Chief Crow Prosecutors hallamos a varios Senior Crown Prosecutor y Principal Crown Prosecutor, que desempeñan funciones superiores dentro de la oficina y ya en la base se encuentran los Crown Prosecutors. Estos últimos gozan calidad de funcionarios de la Administración. Normalmente los Crown Prosecutors tienen la cualificación jurídica de Prosecutor solicitors y solo pueden ejercitar la acusación por delitos menos graves, de que conocen las Magistrates Courts. En el caso de que un Crown Prosecutor determinado no cuente entre sus funcionarios con ningún barrister o solicitor,⁴⁸³ tendrá que contratar uno independiente para llevar la acusación ante los Crown Courts, competentes para enjuiciar los delitos graves con Jurado. Como Todos los Crown Prosecutors son funcionarios públicos están obligados al secreto profesional y a no criticar públicamente al gobierno de la nación.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ DELMAS MARTY “Procesos penales en...” Pág. 421.

⁴⁸² LOPEZ LOPEZ “El ministerio...” Pág. 59. Así también DELMAS MARTY “Procesos penales en...” Pág. 421 “ En general, el Director de persecuciones penales dispone de un margen de autonomía muy extenso para el cumplimiento de su misión, la cuota “supervisión” del Attorney General no se percibe como un control y una dirección constante. El Attorney General debe ser tenido al corriente de la política seguida en materia de persecución de los delitos en General, y consultado en los asuntos susceptibles de tener repercusiones políticas como guardián del interés público y responsable, del servicio de esta calidad ante el parlamento”

⁴⁸³ DELMAS MARTY “Procesos penales de...” Pág. 422 “La abogacía inglesa conoce dos profesiones separadas, la de los barristers y la de los solicitors, las diferencias entre ambas se ha minimizado últimamente, sobre todo tras la promulgación en 1990 de la ley Courts and Legal Services Act. En esencia el Barrister es un abogado especializado en la defensa oral ante los Tribunales de Justicia mientras que el solicitor es un abogado generalista que salvo que obtenga una habilitación especial sólo puede actuar ante los tribunales de la justicia inferior, como la Crown Court, los County Courts y los juzgados de paz.”

⁴⁸⁴ DELMAS MARTY “Procesos penales de...” Pág. 422.

En Inglaterra y Gales,⁴⁸⁵ el ejercicio de la acción penal ha sido tradicionalmente considerado como un derecho privado de la víctima,⁴⁸⁶ pero desde que a principios del siglo XIX, se atribuyera a la policía la investigación criminal de los delitos,⁴⁸⁷ este principio procesal se ha atemperado de tal forma que de hecho ha desaparecido.⁴⁸⁸

La acción popular formalmente se ha mantenido.⁴⁸⁹ Así como el principio acusatorio,⁴⁹⁰ pero como la Policía⁴⁹¹ además e investigar delitos y detener a sus culpables,

⁴⁸⁵ LOPEZ LOPEZ “el ministerio...” Pág. 53. “En Escocia existe un sistema de acción penal semejante al continental, en el que la acción penal es ejercitada por el Procurator Fiscal, que es quien recibe las diligencias policiales y ejercita la acusación ante los Tribunales. Estos fiscales dependen jerárquicamente del Lord Advocate, que forma parte del gobierno y son funcionarios públicos.”

⁴⁸⁶ LOPEZ LOPEZ “El ministerio...” Pág. 53. “Según el pensamiento liberal, la acción penal es demasiado importante para las libertades públicas para ser confiada al poder ejecutivo. Ahora bien aunque antiguamente quien acusaba era, normalmente el perjudicado por el delito, se entendía que lo hacía también en nombre de la Corona. Así aunque se denominaba acción Pública cuando la ejercitaba el agente de policía en nombre propio (o utilizando el nombre de Wontners” o “privada” cuando fuese el propio perjudicado o ciudadano cualquiera quien acusara, la acción era la misma y el policía era tratado como si fuera un ciudadano privado. Ambos (Policia y perjudicado) tenían y tienen los mismos derechos y deberes procesales, las mismas expectativas y cargas” al respecto ver también VERGER GRAU “La acusación pública oficial en Inglaterra” Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. Centro de Estudios jurídicos de la administración de justicia Tomo IV – 1999 Pág. 147.

⁴⁸⁷ DIEZ PICAZO “El poder de acusar...” Pág. 40 y 41 “Dos leyes de 1554 y 1555 aprobadas durante el reinado de María Tudor, ampliaron notablemente los poderes de los jueces de paz. Por lo que aquí interesa, quedaron facultados para obligar a los testigos a comparecer en juicio, y sobre todo para obligar al denunciante a constituirse actor. De esta manera indirecta los jueces de paz si no formalmente si de hecho se transformaron en acusadores públicos, por más que nunca ostentarán un monopolio sobre la acción penal. Este fue el modo de poner en marcha el proceso penal hasta comienzos del siglo XIX, cuando la importancia de los jueces de Paz declino por dos motivos: la ampliación de la intervención de la autoridad judicial en las cuestiones anteriores (detención, medidas cautelares etc.) y la creación para hacer frente a las nuevas exigencias de una sociedad industrial, de una estructura policial de naturaleza permanente y profesional. Desde entonces existe la práctica de considerar que el esclarecimiento de los delitos y la persecución ante los tribunales corresponde primariamente, a la policía. De aquí que la justicia penal inglesa no esté, en rigor, basada en la separación entre investigación y acusación. Es cierto que, cuando un agente de policía se constituye en acusador, no puede postular por sí mismo en juicio, sino que ha de recurrir a los servicios de un abogado y es, asimismo, cierto que la inter - mediación del abogado a menudo amortigua la tentación policial del exceso de celo. Ahora bien, no es menos claro que, en ese esquema tradicional, el abogado cuyos servicios han sido contratados por la policía debe seguir las instrucciones de su cliente.”

⁴⁸⁸ LYELL Sir NICHOLAS “Attorney General Para Inglaterra y Gales” “ The role of the Investigating Juge and the Públic Prosecutor in criminal Proceedings: reform trends in europe” Conferencia de Presidentes de Corte Suprema de Justicia y Procuradores Generales de los países de la Unión Europea” Documentación y derecho comparado números 59/60 Lisboa 1994 Pág. 465 citado por LOPEZ LOPEZ “El ministerio..” Pág. 53.

⁴⁸⁹ LOPEZ LOPEZ “El ministerio...” Pág. 54. Esta permitido por ejemplo ver el artículo 6.1 Prosecution of Offences Act. De 1981 que el perjudicado por el delito pueda comparecer sosteniendo la acción que la policía no ha ejercitado y últimamente también se ha admitido que puedan cumplir con este papel las organizaciones que comparezcan en apoyo de las víctimas de determinados delitos.”

⁴⁹⁰ DIEZ PICAZO “El poder de acusar...” Pág. 37. “Tal como es entendido en el derecho inglés, el principio acusatorio significa sustancialmente que los tribunales carecen de facultades de actuación de oficio porque éstas serían, en puridad incompatibles con la igualdad entre los litigantes. De aquí deriva una serie de consecuencias a) La investigación y el esclarecimiento de los delitos no corresponde a la autoridad judicial, por lo que no existe una auténtica fase instructora en el proceso penal b) La incoación del proceso penal exige

asumió también el papel de la acusación dentro del proceso judicial, en la práctica ha determinado por ser sólo ella la que comparezca en la mayor parte de los juicios penales.

Esta Policía omnipotente investiga y acusa con un más de considerable margen de discrecionalidad⁴⁹² que ha hecho gala de frecuentes e intolerables disparidades de criterio,

que alguien ajeno al tribunal se constituya como actor c) El acusador tiene la carga de probar los hechos que imputa al acusado y la culpabilidad de éste de donde se sigue el principio de la presunción de inocencia d) si bien se trata de un desarrollo más reciente, el acusado tiene el derecho de aportar sus propias pruebas de descargo y, sobre todo, de someter a examen crítico las pruebas de cargo aportadas por el actor.”

⁴⁹¹ DIEZ PICAZO El poder de acusar...” Pág. 41. “La policía inglesa no constituye una estructura unitaria y centralizada, sino que, por razones históricas y por una no disimulada desconfianza hacia la concentración de poder, está articulada sobre una base local. Hasta la gran reforma introducida por la Police Act de 1964 cada circunscripción local, rural o urbana, poseía una fuerza de policía propia. Por razones de eficiencia y economía dicha ley favoreció una reducción del número de fuerzas de policía mediante una refundición voluntaria, bien por imposición del Ministro del Interior. En 1992 sin considerar la situación de Londres, había cuarenta y una fuerzas de policía. En Inglaterra y Gales. Ello significa que menudo varias circunscripciones locales comparten una misma fuerza de policía. Como expresión de la autonomía y democracia locales, cada fuerza de policía se halla bajo la supervisión de un órgano denominado Police authority que está compuesto por concejales y jueces. Cada fuerza de policía, está asimismo, organizada jerárquicamente bajo la dirección de un jefe de policía. (Chief constable) que es nombrado, previo informe favorable del Ministro del Interior, por el mencionado órgano supervisor entre personas con una determinada antigüedad en el servicio policial. La Local police authority puede cesar al correspondiente jefe de Policía, en todo caso éste goza de autonomía operativa en el ejercicio de las funciones policiales, es decir ni el órgano de supervisión ni el Ministro del Interior pueden dirigirle órdenes directamente vinculantes. La única excepción a este esquema organizativo viene dada por Londres, donde existe desde 1829 la más antigua fuerza policial la Metropolitan Police. Esta se halla bajo la directa dependencia jerárquica del Ministro del Interior. No obstante, aunque éste puede impartir órdenes operativas a la policía londinense y es políticamente responsable por su actuación no es claro que dicho poder de dirección comprenda también el de orientar o decidir acerca del ejercicio de la acción penal.”

⁴⁹² DIEZ PICAZO “El poder de acusar...” Pág. 43 “En el derecho inglés no existe norma alguna que imponga, en presencia de indicios de la comisión de un hecho delictivo, la obligatoriedad de ejercer la acción penal. El ejercicio de ésta es discrecional y, habida cuenta de que se trata de una función pública descentralizada, no es sorprendente que así sea. ES verdad que el ejercicio de la acción penal se considera tarea prioritariamente correspondiente a la policía, pero ello no está establecido en norma alguna, sino que se apoya en una mera práctica jurídico política consolidada y generalmente aceptada. En definitiva quienquiera que ejerza la acción penal lo hace como simple particular en nombre de la Corona y dentro de semejante esquema, no tendría mucho sentido una norma que impusiera la obligatoriedad de sostener la acusación contra todos los hechos delictivos de que se tenga noticia. Existe además otra razón, que ayuda a explicar el carácter discrecional del ejercicio de la acción penal en el derecho inglés. En un proceso penal con jurado, el resultado final tiende a ser bastante más imprevisible que allí donde todo es resuelto por el juez. En esta perspectiva, la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal puede ser interpretada como una exigencia de economía de medios, es decir, quien se plantea si acusar o no debe inevitablement realizar un cálculo de sus probabilidades de éxito. La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal está profundamente arraigada en Inglaterra, donde suele ser justificada mediante el argumento de las implicaciones políticas de la acción penal y, en particular por medio la idea del interés público. Sir Hatley Shawcross a la sazón Attorney General, dio en 1951 una formulación clásica de esta idea en un discurso ante la Cámara de los Comunes: “No ha sido jamás la norma en este país y espero que no lo sea nunca que el sospechoso de haber cometido un delito deba ser automáticamente sometido a proceso. El interés público es la consideración prevalente.” Aun reconociendo que la discrecionalidad puede dar lugar a abuso o discriminación, prevalece la idea de que el automatismo inherente a la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal impediría alcanzar otros fines, cuya importancia para la colectividad se reputa superior a la aplicación a toda costa de la legalidad. Tales serían por ejemplo el orden público, la seguridad nacional, la incolumidad de terceras personas, el rechazo de leyes obsoletas o socialmente polémicas. El carácter discrecional del ejercicio de la acción penal se traduce de hecho en que la

por lo que se hizo necesaria una institución que garantizara una cierta uniformidad jurídica a la hora de ejercitar la acción penal ante los Tribunales de Justicia.⁴⁹³

A estos fines respondió la aparición de 1879 del Director of Public Prosecutions, que a las ordenes directas de Attorney General y en ocasiones del Ministro del Interior especialmente en los delitos castigados con pena de muerte y cuando el interés público o la dificultad del caso así lo demandarán⁴⁹⁴ controlaba la legalidad en el ejercicio de las acciones penales procedentes. Tras un escabroso proceso evolutivo como se refirió anteriormente AULET expresa que. “Consiguieron separar tajantemente las competencias de investigación criminal y acusación penal, centralizándose estas ultimas en el denominado Crown Prosecution Service; cuya creación por ley de 1985,⁴⁹⁵ no supuso sin embargo una gran pérdida de poder para la policía inglesa, que cuando investiga la comisión de un hecho punible no se encuentra bajo el control de un fiscal y mucho menos de un juez.⁴⁹⁶ Así por ejemplo la Policía decide libremente sobre iniciar el procedimiento judicial o el archivo del expediente, pues no existe autoridad judicial o administrativa

policía disfruta de un amplio margen de libertad de criterio acerca de cuándo y cómo iniciar el proceso penal. Dado que la policía no se halla sometida a una dirección política unitaria, la discrecionalidad no es, en definitiva, sino la imposición en cada distrito policial de las directrices y órdenes del correspondiente jefe de policía.”

⁴⁹³ LOPEZ LOPEZ “El Ministerio...” Pág. 54. “Aunque la Policía inglesa forme un cuerpo estatal, no tiene una organización jerárquicamente centralizada. Las fuerzas de policía no dependen del Ministerio del interior, siendo responsabilidad del county o (condado) dentro de cada condado existe una local police authority, compuesta por consejeros locales y magistrates no profesionales que nombra el Chief Constable o (jefe de policía) que ostenta la dirección y control de los funcionarios de policía que componen el servicio. El Home Secretary o Ministro del interior británico sólo tiene bajo su control directo el Metropolitan Police District (que no comprende la City of London Police Force que depende del Common Council of the City of London) designado al Commissioner que la dirige, al que puede dirigir instrucciones generales de actuación pero no ordenar la persecución o no de delitos concretos.”

⁴⁹⁴ VERGE GRAU “La acusación Pública oficial en Inglaterra” Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, centro de estudios jurídicos de la administración de justicia Tomo IV/1999 Pág.144.

⁴⁹⁵ DIEZ PICAZO “ La acusación penal en Inglaterra” Tribunales de Justicia no. 11 noviembre de 1987 Pág. 1097 “El sistema de acusación penal inglés venía generando un importante grado de insatisfacción, que se puso de manifiesto en el informe de la Royal Comisión on the police, publicado en el año de 1962 conocida como la Philips comisión, que recomendaba la creación de un Servicio de Acusación Pública para luchar contra la falta de uniformidad que padecía la acción policial a la hora de adoptar decisiones tan trascendentales como ejercitar la acción penal o contentarse con una simple amonestación al autor de los hechos. Así sucedió en 1985 cuando el Parlamento Inglés, en la Prosecutions of Offences Act, creó el Crow Prosecution Service.”

⁴⁹⁶ DELMAS MARTY “Procesos Penales de Europa...” Pág. 158 “El juez que interviene durante la fase policial es un juez de paz (justice of the peace) el justice of the peace no tiene que ser profesional y en la mayoría de los casos no lo es. Como Juez de la fase preparatoria tiene por función realizar un control continuado de ciertos actos efectuados por la Policía. Está encargado de acordar mandamientos para ciertos registros, secuestros de bienes y detenciones. Cuando interviene, debe examinar el fundamento de la medida que le solicita la Policía...”

alguna que pueda obligarla a ejercitar la acción penal cuando por las razones que fuera ha decidió abandonarla.”

Señala LOPEZ LOPEZ que “tal ausencia de dependencia jerárquica o funcional ente la Policía y el Crown Prosecutor Service, se ha visto mitigada, no obstante por la facultad de condicionar el ejercicio de la acción penal a la realización de determinadas diligencias policiales de investigación que la Ley ha reconocido al Fiscal, lo que en la práctica le ha permitido dar indicaciones u órdenes a la Policía.⁴⁹⁷” Por otro lado las investigaciones criminales de la Policía están protegidas por el secreto por lo que ésta libre e comunicar o no al inculpado los progresos o avatares de la investigación.⁴⁹⁸

Una vez que la Policía piensa que ha reunido pruebas de cargo suficientes para proceder contra un presunto delincuente, se le ofrecen dos opciones: o bien deducir la imputación (charge) ante el Magistrates Court, lo que requiere la descripción fáctica y calificación jurídica de los hechos o sustituirla por la llamada (caution⁴⁹⁹) que permite prescindir del proceso judicial, siempre que el autor no vuelva a delinquir dentro de un plazo determinado de tiempo.⁵⁰⁰

Presentada la imputación o (charge) los interrogatorios del imputado deben ir precedidos por la expresa advertencia de que no tiene obligación de declarar, pero que si lo hace, sus manifestaciones podrán ser utilizadas en su contra ante el Tribunal. Sólo tras la toma de declaración del sospechosos, puede ser acordada su detención así como su inmediata puesta de disposición del Magistrates Court, que será quien decida, tras oír a las

⁴⁹⁷ LOPEZ LOPEZ “El Ministerio...” Pág. 55.

⁴⁹⁸ DELMAS MARTY “Procesos penales de Europa...” Pág. 158.

⁴⁹⁹ DIEZ PICAZO “El poder de acusar...” Pág. 46 “La caution constituye una auténtica alternativa, en manos de la policía, al ejercicio de la acción penal. Se trata de una amonestación formal que la policía dirige al autor de una infracción cuando, por cualquier razón no estima oportuno proceder contra él. Esta amonestación carece de efectos jurídicos en sentido estricto ya que no puede ser aportada como prueba en un hipotética futuro proceso.”

⁵⁰⁰ Señala DELMAS MARTY “Procesos penales de Europa...” Pág. 158. “La cautión constituye una auténtica alternativa, en manos de la policía. Se trata de una amonestación formal que la policía dirige al autor de una infracción cuando, por cualquier razón no estima oportuno proceder contra él. Esta amonestación carece de efectos jurídicos en sentido estricto, ya que no puede ser aportada como prueba en un hipotético futuro proceso por un nuevo delito. Ello se debe a que la caution no tiene fundamento normativo, al no estar prevista por la ley o por los precedentes judiciales. SE apoya en una nueva práctica policial, tolerada por el Parlamento y los tribunales. Aun así, surte efecto disuasorio, pues su destinatario se sabe observado por la policía, que presumiblemente no será tan indulgente en la próxima ocasión. Este instrumento es ampliamente utilizado para delitos que no revisten una especial gravedad y de manera generalizada, para las infracciones menores de tráfico, siempre que no haya reincidencia. La cautión sin embargo es un verdadero instituto jurídico en el caso de la justicia de menores: esta prevista en la ley y puede ser aportada como prueba de reincidencia o peligrosidad en futuros procesos”

partes procesales, la acomodación de las actuaciones al procedimiento legalmente procedente.⁵⁰¹ Existe la posibilidad del guilty plea que consiste en la admisión por el imputado de los cargos contra él formulados. Se basa en la disponibilidad de las partes en el proceso, si el imputado reconoce su culpabilidad no es preciso celebrar el juicio, sino que el juez debe dictar sentencia congruentemente con lo solicitado por la acusación.⁵⁰²

Todas las actuaciones hasta aquí quedan al margen del proceso penal propiamente dicho, que comienza con la remisión del expediente por el Crown Prosecutor Service al Magistrates' Court, para que éste convoque directamente a juicio oral, en el caso de delitos menos graves, o abra el juicio de acusación, a los efectos de conseguir o no el transfer for trial, necesario para proceder por delitos graves de competencia de las Crown Court.⁵⁰³

A pesar que en la persecución de determinados delitos, el Crown Prosecution Service no tiene la exclusividad de la acusación pública, que también puede ser ejercitada por otros organismos públicos como la Serious Fraud Office, el Customs and Excise, el Inland Revenue, el Departamento of Social Security, etc., desde el año de 1985 en que se aprobó la prosecutions of offences Act.⁵⁰⁴ Ha pasado a dominar de forma absoluta el

⁵⁰¹ DELMAS MARTY "Procesos penales de Europa..." Pág. 159.

⁵⁰² DIEZ PICAZO "El poder de acusar..." Pág. 45. "Ello encuentra su explicación en el llamado "modelo lego de proceso" que se impuso en Inglaterra a partir del siglo XII Tan diferente del modelo profesional del proceso adoptado en la Europa continental. Mientras en este último todo el proceso se desarrolla ante un juez profesional, que recibe la petición del actor, practica las pruebas necesarias para esclarecer los hechos, define las normas jurídicas aplicables y resuelve la causa, en el modelo lego hay una participación activa de personas sin una formación jurídica específica, especialmente a través del jurado. Resulta inevitable, así un determinado modo de tramitación de la causa, pues de los legos en derecho no cabe esperar la solución de cuestiones técnico jurídicas, ni probablemente tampoco un análisis particularmente refinado de los hechos. Hay que formularse una pregunta precisa y clara de donde deriva una determinada estructura procesal: en una primera fase, un juez profesional examina la admisibilidad de la pretensión del actor y tras oír a la otra parte, fija el objeto del litigio, interpreta las normas aplicables y determina los hechos relevantes para la resolución del caso sólo entonces pasa la causa a los legos, ante quienes se practican las pruebas que les sirven de base a ello, si existe acuerdo sobre los hechos, el litigio es directamente resuelto por el juez profesional sin necesidad de prueba alguna. Pues el bien el guilty plea permite a la policía no tener que llevar a juicio en la mayor parte de las causas penales. Según datos de 1988 alrededor de un 90% de las causas por delitos leves y un 60% causas por delitos graves fueron resueltos por esta vía. Hay muchos motivos por los que los imputados deciden no luchar: primero: la esperanza de cargos benignos y en consecuencia de una condena indulgente, segundo la relajación a partir de la Police and Criminal Evidence Act de 1986 de la antigua norma según la cual las confesiones obtenidas como resultado de amenaza o promesa no podían ser hechas valer como prueba en juicio. Si a ello se añade que el derecho inglés no reconoce un derecho absoluto a la asistencia letrada en el interrogatorio policial se limita a establecer la facultad del detenido de consultar si lo solicita con un abogado en conversación privada, puee comprenderse con facilidad que muchos imputados se declaren culpables."

⁵⁰³ DELMAS MARTY "Procesos penales de Europa..." Pág. 159 al igual que LOPEZ LOPEZ "El ministerio..." Pág. 55.

⁵⁰⁴ Dice su artículo 3: 1º. El Director ejercerá sus funciones de conformidad con esta ley, bajo la supervisión del Attorney General. 2º. Son deberes del Director: a) Asumir la dirección de todos los procedimientos penales, (excepto determinados procedimientos específicos incoados a instancia de la policía, ya sea por el

ejercicio material de la acción penal ante los Tribunales de Justicia, pues, dejando de lado la iniciativa pre procesal desarrollada por la Policía, es el Fiscal quien decide libremente asumirla, modificarla mediante el plea bargaining⁵⁰⁵ o abandonarla, incluso durante las sesiones del juicio oral, antes de que la causa quede vista para sentencia.⁵⁰⁶ En la toma de estas trascendentales decisiones los Fiscales, aunque gozan de un considerable margen de discrecionalidad, han de ajustarse a unos principios generales de actuación que se hallan recogidos en el Code for Crown Prosecutors, que redacta el Director of public prosecutions y se publica oficialmente para su conocimiento general

miembro de laguna fuerza, sea por cualquier otra persona. Ver también VERGER GRAU “La acusación Pública” Pág. 161. Citado por LOPEZ LOPEZ “El ministerio...” Pág. 56.

⁵⁰⁵ Ver DIEZ PICAZO “el poder de acusar...” Pág. 46.

⁵⁰⁶ DELMAS MARTY “Procesos penales de Europa.” Pág. 170 y 171. “Otro aspecto importante del proceso penal inglés reside en la falta de poder coactivo del Crown Prosecution Service. El Crown Prosecution Service fue establecido por la Crown Prosecution Service Acta 1985 con el fin de poner límites a los poderes de la Policía, Pero no tiene poder coactivo ni contra la policía ni contra el acusado. Los poderes de la policía no han sido modificados por la creación del Crown Prosecution Service. Es como si se hubiera introducido un nuevo actor en el proceso penal pero sin haberse cambiado los papeles de cada uno. Se aprecian aquí las dificultades que se encuentra el Crown Prosecution Service en el ejercicio de su función. El Crown Prosecution Service está encargado de reconsiderar la decisión de la Policía de perseguir ante los tribunales al infractor. Por tanto, al estar desprovisto de todo medio de investigación, su decisión ha de basarse en los elementos que le proporciona la Policía. Será pues sin duda difícil para el Crown Prosecution service desmarcarse de la decisión inicial de la Policía de ejercer la acción penal contra el acusado. Nada impide pedir a la Policía que efectúe nuevas investigaciones, pero no tiene poder para obligarla a que lo haga. Si la policía se niega a cooperar, la misión del Crown Prosecution service corre el riesgo de fracasar. El informe dado por la Royal Commission en 1993 revela que, en la práctica, la negativa de la Policía a cooperar significa el sobreseimiento de caso por el Crown Prosecution Service. La tarea del Crown Prosecution Service puede ser difícil cuando la Policía, si decide perseguir la infracción, envía las diligencias al juez. Entonces ocurre con frecuencia que el Juez, informado por la Policía de la comisión de la infracción ha fijado ya la fecha de la vista del juicio antes de que el Crown Prosecution Service haya sido puesto al corriente de la iniciación del proceso por la Policía de ahí la dificultad para el Crow Prosecution service de no continuar la persecución iniciada por la Policía, incluso aunque disponga del poder de cesar la persecución el día de la vista en virtud de la sección 22 del Prosecution of Offences Act.”

2.2.2 EL MINISTERIO FISCAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA:

Si alguna cosa ha incidido notablemente en el Fiscal estadounidense es el hecho de que, en su conformación participó tanto la tradición anglosajona del **common law** con una gran parte de caracteres propios, tomados en su momento del derecho continental, y orientados hacia el sistema de gobierno presidencialista, del cual fue pionero y federal.

De esta manera el fiscal norteamericano se nos presenta como una institución nueva, original y con rasgos muy específicos.⁵⁰⁷

La figura del **United States Attorney General**, aun cuando se toma prestada la figura del derecho inglés, cuenta con sus particularidades. Históricamente, mientras el Fiscal inglés era un funcionario de la Corona, al servicio de aquélla, su contrapartida norteamericana fue creada por la Judiciary Act de 1789. Para proteger a los ciudadanos y sus libertades políticas de cualquier actuación que pudiera intentar arrebatárselos⁵⁰⁸

El derecho inglés que ha admitido siempre la discrecionalidad, en el ejercicio de la acción penal, no ha reconocido jamás, sin embargo el principio de monopolio público sobre la acción penal ni ha creado un genuino Ministerio Fiscal como anteriormente fue expuesto. De aquí que, si bien el principal modelo en la formación de los ordenamientos jurídicos de las colonias norteamericanas fue la metrópoli, en ese punto la solución adoptada fue original.

Incluso antes de la independencia las colonias norteamericanas fueron dominadas por la idea de acusación pública: afirmación del monopolio público sobre la acción penal y creación de órganos específicamente encargados de su ejercicio.

La historiografía jurídica norteamericana se ha enfrentado a este fenómeno como a un enigma ¿Por Qué se produjo, en este punto una desviación del modelo inglés? Para explicar la desviación con respecto al modelo inglés es importante avocarse al autor DIEZ PICAZO que explica: “Se han avanzado al respecto diferentes hipótesis”:

a) el fiscal norteamericano no sería sino la reproducción del Attorney General inglés en un contexto de descentralización político administrativa, de modo que, habría

⁵⁰⁷ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 76.

⁵⁰⁸ CABEZUDO RODRIGUEZ “El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica. Comares, Granada 1996 Pág. 129.

heredado en el ámbito local las mismas facultades de aquél disponía en Inglaterra a escala nacional, tendentes a evitar que la acción penal fuera desvirtuada o utilizada para fines espurios;

b) podría tratarse de una forma de supervivencia del schout holandés funcionario en cierta medida similar al juez de paz inglés e implantado en aquellos territorios que habían estado previamente bajo el dominio colonial de los Países bajos

c) cabría pensar en una influencia al menos de índole intelectual de la figura francesa del procureur du roi.

Sea ello como fuere si se tiene en cuenta que en Inglaterra no hubo jamás un desentendimiento público por el ejercicio de la acción penal, el origen de la idea norteamericana de acusación pública y por lo tanto de un genuino Ministerio Fiscal resulta menos enigmático y sobre todo, fue debido a una desviación menos radical de lo que parece a primera vista. Por ello, aunque las mencionadas hipótesis sean de difícil verificación si cabe aclarar cuales fueron las circunstancias que favorecieron la afirmación del monopolio público sobre la acción penal. Entre ellas, aparte de la probable permeabilidad a ciertas ideas ilustradas europeas, cabe mencionar, el apego a la autoridad y descentralización del poder.⁵⁰⁹

⁵⁰⁹ DIEZ PICAZO “El Poder de acusar...” Pág. 66 “ El apego a la autoridad y la descentralización del poder, íntimamente relacionados en su origen con las grandes dimensiones del territorio y la dificultad de las comunicaciones, que habría dado lugar a un fiscal vinculado a las comunidades locales; el temprano enraizamiento de prácticas democráticas, que habría traído consigo la implantación del carácter electivo y políticamente responsable del fiscal, una rígida concepción del principio de separación de poderes, según la cual, el ejercicio de la acción penal sería un instrumento inherente a la función ejecutiva. Por lo demás, dentro de este cuadro general, es posible distinguir tres fases en la formación de la idea norteamericana de acusación pública. La primera fase corresponde a la época colonial. Las colonias gozaban de un notable margen de autonomía con respecto a la metrópoli. Cada una de ellas tenía su propia carta fundacional otorgada por la Corona. Cualquiera que fuera su naturaleza la carta constitutiva creaba órganos de gobierno propios, el gobernador, que era nombrado por el beneficiario de la concesión regia y actuaba como representante de la Corona y la asamblea representativa. Salvo en aquellas cuestiones que afectaban directamente a los intereses imperiales, los gobernantes de Londres no legislaron para las colonias norteamericanas de modo que éstas pudieron proceder aun trasplante selectivo y autónomo de la tradición jurídica inglesa y creaba por sí mismas sus propios ordenamientos jurídicos. Así siguiendo el ejemplo inglés se asiste a la temprana introducción del Cargo de Attorney General en cada una de las colonias y además fueron progresivamente introduciéndose agentes vicarios de aquél (deputy attorneys general) con atribuciones delegadas para una concreta circunscripción local. Ello pone de manifiesto que, ya en el periodo anterior a la independencia, la tradición inglesa de acusación privada no había logrado implantarse en las colonias. A veces se ofrece una interpretación idealizada de este fenómeno, que habría respondido a una particular receptividad hacia las ideas ilustradas en materia de represión penal o aun rechazo de índole igualitaria del pretendido carácter elitista de la acusación privada. Es decir, se habría tratado de la voluntad política de impedir que el ejercicio de la acción penal quedara reservado, de hecho a las clases acomodadas. No obstante, parece más realista pensar que la aparición de agentes públicos especializados en el ejercicio de la acción penal estuvo relacionada con específicas

En Norteamérica, como en Alemania el sistema político adoptado impone la existencia de dos organizaciones judiciales separadas:

La federal para toda la nación que componen el Tribunal Supremo (United State Supreme Court) y los Tribunales inferiores. Estos últimos divididos a su vez en las United States District Courts, y las United States Circuit Courts of Appel, que solo son once. Y la Estatal Propia de cada uno de los cincuenta Estados de la Unión. Normalmente cada Estado tiene un Tribunal Supremo, unos Tribunales intermedios de apelación (Superior Courts, Circuit Courts o Courts of Appeals) Los tribunales de Primera instancia (Conty Courts, Distric Courts, Firs Instance Judge o Trial Judge) en cada demarcación territorial del condado, y en la base de la escala judicial, los Juzgados de Paz (judge of peace).⁵¹⁰ El sistema de nombramiento de los jueces norteamericanos varía según se trate de una u otra organización.

Los jueces Federales son elegidos por el Presidente de los Estados Unidos, a propuesta de los Senadores más veterano y más joven del Estado de donde proceda el candidato, El nombramiento presidencial deberá ser ratificado por los dos tercios del Senado para que adquiera validez y “aunque se trate de mantener el equilibrio entre los dos partidos” resulta según LOPEZ LOPEZ que todos los jueces suelen pertenecer al partido del Presidente.⁵¹¹

Los jueces estatales, en cambio tienen diversos sistemas de nombramiento. La elección de la Judicatura por sufragio universal, tradicional en Estados Unidos fue utilizada por primera vez en el año de 1832 en el Estado de Mississippi, extendiéndose rápidamente

exigencias de orden público derivadas de las duras condiciones de la vida colonial y en particular, de la necesidad de dedicar todas las energías humanas disponibles a la expansión y el asentamiento sobre vastos territorios. En una segunda fase, que se extiende desde la Declaración de Independencia en 1776 hasta 1829 los nuevos Estados experimentaron una consolidación de la naturaleza pública de la acción penal en la que sobresalen dos aspectos por un lado los fiscales no eran elegidos sino nombrados. La facultad de nombramiento estaba normalmente en manos d el Poder Ejecutivo, si bien en algún estado correspondía a los órganos judiciales. Por otro lado, la acusación pública no poseía todavía la relevancia jurídico política que habría de adquirir más tarde, como lo demuestra que en esta época prevalecía una concepción cuasi judicial de la misma, esto es, los fiscales eran concebidos como un instituto meramente ancilar con respecto a los tribunales. Es significativo en este orden de consideraciones que la mayor parte de los textos constitucionales y legales de los Estados no regularan la acusación pública en la sección correspondiente al poder ejecutivo sino en torno al Poder Judicial. El tercer período abarca desde 1829 año en que Andrew Jackson llegó a la presidencia de los Estados Unidos hasta el estallido de la Guerra civil en 1860. En este trentenio, el Ministerio Fiscal norteamericana adquiere definitivamente los rasgos esenciales que aún hoy lo caracterizan.

⁵¹⁰ ESPARZA LEIBAR “Sobre el procedimiento de selección del personal jurisdiccional en los EE.UU” Poder Judicial número 36 diciembre de 1994 Pág. 325 a 332.

⁵¹¹ LOPEZ LOPEZ “El ministerio...” Pág. 38.

al 70% de los Estados de la Unión a finales del siglo pasado. Pero los problemas que plantea este sistema de acceso a la función judicial para la independencia de sus componentes ha determinado que, en la actualidad se encuentre en franca decadencia según ESPARZA LEIBAR⁵¹² Habiendo sido sustituido en numerosos lugares por la designación de los jueces por el Gobernador del Estado o el Tribunal Supremo estatal entre una terna de candidatos para el cargo que se pretenda cubrir, que le es propuesta por una comisión especial de ordinario vinculada al Colegio de Abogados del Estado.⁵¹³

Con lo que respecta a la Fiscalía estadounidense, que tuvo su primera aparición legislativa en el año 1704, en la entonces colonia Británica de Conecticut,⁵¹⁴ una vez alcanzada la independencia participó de la revolución administrativa que supuso la creación de la administración Federal, a cuya sombra surgieron, en virtud de los Judiciary Act de 1789 los primeros Fiscales Estatales y la figura del Fiscal General (Attorney General). En sus inicios los Fiscales de cada Estado eran absolutamente independientes del Fiscal General.⁵¹⁵ Situación que se invirtió cuando éste pasó a dirigir el Departamento de Justicia según (Act del 22 de junio de 1870.) En cuyo Organigrama funcional quedaron aquellos integrados a partir de ese momento.

El Ministerio Fiscal Estadounidense, evolucionó, desde la posición de mero funcionario judicial, con funciones de apoyo y asesoramiento del Tribunal de Justicia en que se hallaban destinados, hasta la de rector absoluto de la persecución criminal⁵¹⁶. Este particular proceso evolutivo estuvo motivado, entre otras por las siguientes causas:

1º. La asunción del principio de separación de poderes de ascendencia francesa, que inmediatamente ubicó a la Fiscalía en el seno del Poder Ejecutivo, dentro del cual se le reconoció una discrecionalidad funcional que no tiene parangón alguno en el Derecho Comparado.

⁵¹² ESPARZA LEIBAR “Sobre el procedimiento...” Pág. 326.

⁵¹³ ESPARZA LEIBAR “Sobre el procedimiento...” Pág. 329. “ Este sistema de elección del personal judicial tampoco está exenta de politicismo, porque, es habitual que de los integrantes de la terna, dos pertenezcan al partido político del gobernador y el tercero al partido de oposición, ya que la comisión proponente deberá respetar el equilibrio político existente.”

⁵¹⁴ CABEZUDO RODRIGUEZ “El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de América” Comares Granada 1996 Pág. 11.

⁵¹⁵ CABEZAUDO RODRIGUEZ “El Ministerio Público en los Estados Unidos de Norteamérica.” Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Tomo IV 1999 Pág. 180.

⁵¹⁶ LOPEZ LOPEZ “El Ministerio...” Pág. 39.

2°. La adopción del sistema de persecución pública, en contra de la herencia anglosajona, con la consiguiente necesidad de un funcionario que sostenga la acusación dentro del procedimiento penal.

3°. La absoluta descentralización de las facultades de gobierno hacia los entes locales, que lógicamente condicionaría la distribución territorial de la Fiscalía.

4°. El sentimiento democratizador (que se conoce con el término democracia Jacksoniana) que se extendió por Estados Unidos entre los años 1830 a 1850 y que desembocó en la elección de los miembros del Ministerio Fiscal por Votación Popular. La mención a Jackson está lejos de ser retórica o superflua en esta sede, pues fue él quien inspiró y dirigió una genuina revolución democratizadora de las estructuras de gobierno estatales y federales, de los Estados Unidos. Antes de él, la vida política norteamericana estaba dominada por las ideas tan en consonancia con las convicciones de federalistas de los redactores de la Constitución del Rule of Law, la separación de poderes y una escasamente disimulada desconfianza hacia la regla de la decisión por mayoría, después de él sobre este sustrato de liberalismo se implantó una firme fe en las virtudes del principio democrático. El principal Vehículo de democratización fue el establecimiento de la elección como mecanismo de acceso a casi todos los cargos públicos, incluidos los de naturaleza judicial. El Ministerio Fiscal no fue una excepción a la generalización del principio democrático.⁵¹⁷”

La introducción del carácter electivo del Ministerio Fiscal trajo consigo, además dos importantes consecuencias 1°. Contribuyó a afirmar la noción de que la acción penal es un instrumento de la función ejecutiva,⁵¹⁸ 2°. Sirvió de fundamento para el asentamiento de la práctica de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.⁵¹⁹

Con lo que respecta a la evolución del Ministerio fiscal el mismo en los Estados Unidos fue objeto de severas críticas en las primeras décadas del siglo XX. Es importante

⁵¹⁷ LOPEZ LOPEZ “El Ministerio fiscal...” Pág. 41.

⁵¹⁸ DIEZ PICAZO “El poder de acusar...” Pág. 69. “Como significadamente se desprende del hecho de que el ministerio Fiscal pasara a estar regulado dentro de los textos constitucionales y legales de los Estados, en la sección relativa al Poder Ejecutivo.”

⁵¹⁹ DIEZ PICAZO “El Poder de acusar...” Pág. 69 “ la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal parece ser resultado de la confluencia en el Ministerio Fiscal Norteamericano de dos rasgos a saber, su naturaleza local y su carácter electivo. La primera conducido a considerar como una legítima expectativa política que el fiscal adecue su actuación a los valores y exigencias de la concreta comunidad a la que sirve, el segundo ha desembocado en una deferencia hacia las decisiones del fiscal, cuyo control judicial se reputa poco conciliable con el carácter políticamente representativo y responsable del cargo.”

como marco de referencia tomar en consideración que en esa época tras la Primera Guerra Mundial, presencié un notable aumento en los índices de criminalidad.⁵²⁰ En esas circunstancias El Ministerio Fiscal poseía una imagen de ineficiencia que dio lugar a que en algunos Estados se crearan comisiones encargadas de realizar estudios para la reforma del mismo. El Presidente Roosevelt instituyó en 1934 la llamada Wickersham Commission. Que pretendía hacer del Ministerio Fiscal un ente centralizado, jerarquizado y con obligatoriedad de la acción penal, pero dicha comisión e intento reformista decayó.⁵²¹

En la segunda guerra mundial por razones económicas y de eficiencia, la institución del gran jurado⁵²² hizo crisis en muchos Estados y ello significó que, el Ministerio Fiscal quedó convertido en el protagonista incontestado de toda la actividad de instrucción e iniciación de la acción penal.⁵²³ Y como resultado se profesionalizó la institución.⁵²⁴

De lo anterior se puede aducir que el derecho norteamericano ha acogido tanto en la esfera federal como la estatal, el concepto de Ministerio Fiscal, entendido como una estructura de agentes públicos específicamente encargados del ejercicio de la acción penal en nombre del Estado, y ello porque se considera que la persecución de los delitos es, en los Estados Unidos exclusivamente una función pública⁵²⁵.

En conclusión en palabras de DIEZ PICAZO “Se comprende con facilidad que el derecho norteamericano convierte al Ministerio Fiscal en un formidable centro de poder cuyo contrapeso viene dado precisamente por su descentralización y su responsabilidad política, así como por el hecho de que los fiscales comparten un mismo ethos profesional con abogados y jueces. Sólo fuera de un esquema centralista y burocrático,”⁵²⁶

Con respecto a la estructura orgánica del Ministerio Fiscal en los Estados Unidos de Norteamérica se puede decir que a su cabeza se encuentra el **United States Attorney**

⁵²⁰ CABEZUDO RODRIGUEZ “El Ministerio Público en los Estados Unidos...” Pág. 181.

⁵²¹ DIEZ PICAZO “El Poder de Acusar...” Pág. 69. “En la comisión en referencia el Portavoz de la misma Roscoe Pound consigno en 1930 “En ninguna parte han hecho tanto daño las ideas de los pioneros de descentralización, difusión de responsabilidad y versatilidad como en nuestro sistema de acusación.”

⁵²² DIEZ PICAZO “El Poder de Acusar...” Pág. 70. “El gran jurado compuesto por un número variable de legos en derecho, tiene como misión valorar la admisibilidad de los cargos sobre la base de su solidez y seriedad”

⁵²³ CABEZUDO RODRIGUEZ “el Ministerio Público en los Estados Unidos...” Pág. 184.

⁵²⁴ DIEZ PICAZO “El Poder de Acusar...” Pág. 70. “dio lugar a reformas estatales conducentes a una profesionalización exigencia de licenciatura en derecho, y dedicación a tiempo completo que hasta entonces con frecuencia inexistente, de los fiscales”

⁵²⁵ CABEZUDO RODRIGUEZ “El Ministerio Público en los Estados Unidos...” Pág. 187.

⁵²⁶ DIEZ PICAZO “El Poder de Acusar...” Pág. 70.

General, que como jefe del Departamento de Justicia desempeña las funciones propias de un Ministro de Justicia y del interior toda vez que sus funciones pueden ser resumidas de la siguiente manera: 1°. Es el Jefe de la Policía y el responsable del orden interno nacional. 2°. Es una especie de Abogado del Estado, que tiene encomendada la defensa y representación de los intereses del Gobierno Federal. 3°. Como fiscal ejercita la acción pública para perseguir delitos federales. 4°. Asume las facultades de supervisión de las acciones penales y ejercitadas por los representantes del Ministerio Fiscal en cada distrito. Tal supervisión puede llevara a efecto, marcando previamente las líneas maestras de actuación o, incluso, interviniendo directamente en casos de especial relevancia, lo que no impide que los Fiscales Estatales, gocen de una gran autonomía pues el Attorney General⁵²⁷ carece de poder disciplinario sobre ellos. La única arma de que dispone el Attorney General sobre los Fiscales Estatales es la velada amenaza de destitución por el presidente de los Estados Unidos, algo que tampoco se revela muy eficaz, porque dado el carácter cuasijudicial del cargo de Fiscal, la remoción de cualquiera de ellos precisa del consentimiento previo del Senado.

Dentro del departamento de Justicia nombrados también por el Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica con la anuencia del Senado e inmediatamente subordinados al Attorney General se hallan: 1°. El Vice fiscal General denominado en inglés (**Deputy Attorney General**) que asiste y sustituye al Fiscal General en el ejercicio de sus funciones, dirigiendo y coordinando personalmente la actividad de todas las unidades orgánicas que componen el área de lo criminal dentro del Departamento de Justicia, entre las que se encuentra, por supuesto el célebre “**Federal Bureau of Investigation**” F.B.I.

2°. El Fiscal General Asociado (**Associate Attorney General**,) con funciones consultivas del Fiscal y Vicefiscal General.⁵²⁸ Asume también tareas de supervisión sobre todas las atribuciones no penales que son tramitadas en el Departamento de Justicia.⁵²⁹

⁵²⁷ DIEZ PICAZO “El poder de acusar...” Pág. 71 “La figura del Attorney General federal, creada por la Judiciary Act de 1789 pertenece al núcleo originario de la Administración Federal. El Attorney General es un miembro del gabinete presidencial cuya misión fundamental es asesorar jurídicamente al Presidente y a los jefes de los departamentos, así como defender a la Federación ante el Tribunal Supremo. Aquí interesa poner de relieve que, en la configuración que recibió originariamente, se trataba de un órgano unipersonal encuadrado en el Poder Ejecutivo, es decir la creación del cargo no fue acompañada de la creación de un departamento de justicia, debido al recelo de los Estados hacia la expansión de la Administración Federal.”

⁵²⁸ Creado por la orden del Fiscal General de fecha 10 de marzo de 1977.

3º. El Letrado General (**Solicitor General of the United States**) que representa al Gobierno federal ante la Corte Suprema. Este último goza de oficina propia y poder para decidir cuando y cómo el Gobierno va a recurrir una decisión judicial ante el Tribunal Supremo de la Nación.

En el siguiente escalón encontramos Los Fiscales Estatales (United States Attorneys) que en el marco territorial de su distrito respectivo tienen atribuida la dirección del Departamento de Justicia, la representación del Estado ante los Tribunales y la defensa de los intereses del Fisco. Estos fiscales estatales no tienen reconocida entre sus funciones la de sostener la acción pública para la persecución de los delitos comunes, que por regla general esta reservada al tercer eslabón de este organigrama.⁵³⁰

Es el (**District Attorney**) o fiscal de Distrito y que cuando ejercita la acción penal ante los Tribunales recibe el nombre de “**Public Prosecutor.**” Cuando un Public Prosecutor comparece en juicio, no lo hace en representación del gobierno del que administrativamente depende, sino lo hace en el nombre del pueblo americano, en el que recae la titularidad única de la acción pública para la persecución de los delitos. Quizás por ello no existe subordinación alguna entre los Fiscales de Distrito y su Fiscal Estatal de manera que, en la esfera local, aun de forma más marcada que en la federal, la acción penal se ejerce con una gran independencia de criterio.⁵³¹

Y Por último se encuentran los (**Assistans o deputies**) que en la práctica son los que desempeñan materialmente, por delegación del titular del cargo, las obligaciones procesales que a éste legalmente corresponden.⁵³²

Con lo que respecta a la elección o bien ocupación de cada uno de los cargos dentro del Ministerio Público se puede sintetizar lo siguiente: Con respecto al Unites States Attorney General, como los demás miembros del Gabinete, es designado libremente por el Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica. Al igual que los Unites States Attorney o Fiscales Estatales también son nombrados y cesados por el Presidente según lo establece

⁵²⁹ CABEZUDO RODRIGUEZ “El Ministerio Público en los Estados Unidos...” Pág. 185

⁵³⁰ LOPEZ LOPEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 41 “En la actualidad hay 93 Fiscales Estatales para los 94 Distritos en que se ordena la Administración de Justicia Federal, pues los Distritos de Guam y las Islas Marianas son competencia de un único Fiscal.”

⁵³¹ CABEZUDO RODRIGUEZ “El Ministerio Público en los Estados Unidos...” Pág. 184.

⁵³² LOPEZ LOPEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 41 “ Como hemos dicho antes con fundamento en el common law o en leyes estatales, se reconoce al Attorney General la posibilidad de intervenir en

el artículo 2, sección II de la Constitución norteamericana pero estos al ser empleados públicos que ejercen sus funciones en el marco de los Estados miembros, su nombramiento debe recibir la anuencia previa del Senado.⁵³³ El ejercicio del cargo tiene una duración de 4 años, con posibilidad de reelección indefinida, aunque lo habitual es que los Fiscales Estatales presente su dimisión a cada cambio presidencial.⁵³⁴

Los Fiscales de Distrito gozan de una característica muy peculiar, en el concierto de sistemas de nombramientos de Fiscales y que denota la característica impresa de la Unión Americana, como lo es que son elegidos por votación popular.⁵³⁵ Y los ayudantes del Fiscal son nombrados libremente por éste.

Una nota característica de este sistema norteamericano es **la figura del Fiscal especial** o (**Special Prosecutor**) que tuvo su origen en la facultad que ciertos ordenamientos estatales concedían al Juez para impedir la actuación de un Fiscal en el que apreciara un interés distinto del meramente procesal. Fue el escándalo protagonizado por el presidente Richard Nixon en la que se reguló la figura del **Fiscal Independiente** en inglés (independent **Counsel**) a través del Ethics in government Act de 1978.⁵³⁶ Que ordena el

procedimientos penales juntamente con el Fiscal de Distrito o Condado o en su sustitución pero tales facultades son muy esporádicamente utilizadas”

⁵³³ CABEZUDO RODRIGUEZ “El Ministerio Público en los Estados Unidos...” Pág. 187.

⁵³⁴ DIEZ PICAZO “El Poder de Acusar...” Pág. 73 “Aunque formalmente el nombramiento corresponde al Presidente con la aprobación del Senado, el proceso de selección no es impermeable a consideraciones políticas. Una selección preliminar de los posibles candidatos y una valoración técnica y personal de los mismos, similares a las efectuadas para el nombramiento de los jueces federales, son llevadas a cabo por el Departamento de Justicia. No obstante, a diferencia de la judicatura, la figura del U.S. Attorney es abiertamente considerada parte integrante de la clase política. Así se trata siempre de juristas que pertenecen o son afines al partido del Presidente y, sobre todo, el cargo opera normalmente como eslabón dentro de la carrera política. De aquí la práctica de la llamada senatorial courtesy, en virtud de la cual el Presidente suele solicitar para sus propuestas de nombramiento de U.S. Attorney, siempre que ello sea posible el visto bueno de un senador por Estado correspondiente y perteneciente a su propio partido. En caso de que los dos senadores pertenezca al Partido del presidente, la consulta suele dirigirse a aquel con mayor antigüedad en el cargo. Esta práctica además de ser respetuosa con el tradicional poder senatorial de patronazgo político, asegura la vinculación de los U.S. Attorneys a los valores y expectativas locales de las comunidades en que están llamados a servir. De esta vinculación local deriva la ambigua relación que mantiene con el Departamento de Justicia. Jurídicamente los U.S. Attorneys están bajo la dependencia jerárquica de aquél que puede avocar cualquier caso y emitir instrucciones sobre el modo de ejercer la acción penal, pero en la práctica esas instrucciones son genéricas y flexibles y la avocación se ejerce en contadas ocasiones. Por ello, los U.S. Attorney disfrutan de un amplio margen de autonomía operativa, de modo que pueden adecuar el ejercicio de la acción penal a las peculiaridades de su distrito y a las exigencias de la población del mismo.”

⁵³⁵ CABEZUDO RODRIGUEZ “El Ministerio Público en los Estados Unidos...” Pág. 189. “excepto el Estado de Connecticut que son designados por la Criminal Justice Commission, New Jersey en que los nombra el Gobernador del Estado y Delaware, Alaska y Rhode Island donde los elige el Attorney General de cada uno”

⁵³⁶ DIEZ PICAZO “El Poder de acusar...” Pág. 91.” Entre las novedades introducidas por la Ethics in government Act. De 1978 destaca, precisamente, el hecho de que su título VI dio por primera vez una

nombramiento de un Fiscal especial para la investigación de los delitos que se imputaran a todos los altos cargos del Poder Ejecutivo. Es el Ministro de Justicia o Attorney General quien decide si la naturaleza de un asunto en concreto merece la designación de un fiscal independiente pero la elección de éste entre juristas no vinculados profesionalmente con el Estado compete a una comisión de tres Jueces Federales. El instituto del fiscal especial ha sido asimismo adoptado en la esfera federal. No ha sido Históricamente infrecuente el nombramiento de juristas con simpatías por el partido contrario al del Presidente. Hasta

regulación legal a la figura del Fiscal especial. La ley disponía una presunción absoluta de conflicto de intereses en el departamento de justicia con respecto a ciertas categorías de personas: el presidente y todos los altos cargos del Poder Ejecutivo. Así como los agentes electorales del Presidente en ejercicio. Cada vez que hubiera indicios criminales contra una de estas personas cabría nombrar un fiscal especial. Así la figura del fiscal especial seguía careciendo de permanencia. Su nombramiento era para un caso concreto. Era posible, además nombrar un fiscal especial en casos relativos a otras personas siempre que se apreciase la existencia de un concreto conflicto de intereses. Conviene señalar que la ley no hacía distinción alguna en cuanto a la naturaleza de los hechos delictivos hipotéticamente cometidos, de modo que la aplicabilidad de la figura del fiscal especial no quedaba limitada a delitos específicamente relacionados con el ejercicio de funciones públicas. El procedimiento de nombramiento de un fiscal especial había de iniciarse sobre la base de una información específica relativa a la comisión de un hecho delictivo por alguna persona perteneciente a las categorías mencionadas. La iniciativa correspondía al Attorney General, bien de oficio bien a instancia del Comité de asuntos judiciales de una de las dos cámaras del congreso. En este último supuesto, a fin de evitar eventuales maniobras de bloqueo por parte de los congresistas favorables al Poder Ejecutivo, la aprobación de la moción requería únicamente el voto favorable de la mayoría de uno de los dos grupos de dicha comisión. Esta moción sin embargo, no era vinculante para el Attorney general, por más que debiera en todo caso notificar al Congreso su decisión, motivada y por escrito. El attorney General había de realizar una investigación preliminar sobre cualquier denuncia en un plazo no superior a ciento veinte días. En el desarrollo de esta investigación preliminar le quedaban vedados ciertos instrumentos procesales, tales como la negociación de los cargos o la promesa de inmunidad. En caso de decisión favorable el Attorney General, el nombramiento del fiscal especial quedaba encomendado a la llamada Special División. Un grupo de tres jueces de la U.S. Court Or Appeals for the Distrito of Columbia, es decir, el tribunal federal de Washigton D.C. El nombramiento en sede judicial tenía por finalidad asegurar la independencia del designado, pero la Special División carecía de discrecionalidad en cuanto a la decisión misma de nombrar un fiscal especial ya que debía hacerlo siempre que se lo solicitara el Atroney General. En cambio si poseía cierto margen de libertad de apreciación ala hora de ampliar el ámbito, personal y material de investigación y acusación del fiscal especial. Podía hacer público asimismo, el nombramiento de este y la naturaleza de su tarea. Ello contrasta con la practica ordinaria del Ministerio Fiscal norteamericano que, a fin de proteger la reputación de las personas, sólo da publicada estas circunstancias una vez que se llega a la imputación formal del delito. El fiscal especial estaba dotado de todos los poderes típicos de la acusación pública tanto en materia de investigación de inmunidad a testigos, convocatoria de los mismos ante el gran jurado, acceso a documentos como en sede procesal. Tenía incluso, ciertas facultades de que carecen los fiscales ordinarios, tales como la facultad de oponerse ante el juez a la negativa de aportar pruebas aduciendo el Executive Privilege, recuérdese que éste había sido el principal caballo de batalla en el Watergate o la facultad de informar al Congreso y a la opinión pública sobre la marcha de su actividad. El Distanciamiento con respecto al estatuto de os fiscales ordinarios. Quedaba aún más acentuado si se tiene presente que el fiscal especial debía seguir la directrices del departamento de justicia en materia da acusación solo en la medida de lo posible, esto es únicamente en tanto en cuanto ello no fuera incompatible con el cumplimiento de su específica función. En idéntico sentido hay que interpretar la regla según la cual, el imputado por un fiscal especial que era reclutado a tiempo completo y provisto de un gran profusión de medios personales y materiales, tenía derecho a obtener el reembolso de su gastos como abogado solo si resultaba absuelto. En fin al terminar su tarea el fiscal especial tenía el deber de presentar un informe global a la Special Division, la cual podía hacerlo público.

1973 año del “Escándalo Watergate⁵³⁷” el mecanismo en cuestión dio resultados satisfactorios en las cinco ocasiones en que, frente a asuntos que implicaban a altos cargos del Poder Ejecutivo. Fue originariamente utilizado en 1875 por el Presidente Ulysses Grant, fue empleado dos veces en 1902 y 1903 por el Presidente Theodore Roosevelt y se usó de nuevo en 1924 y 1952 bajo las presidencias de Calvin Coolidge y Harry Truman respectivamente. Mientras que en los tres primeros supuestos el fiscal especial fue directamente nombrado por el Presidente en el cuarto lo fue por el Presidente con la confirmación del Senado y en el quinto se trató de un nombramiento del Attorney General Federal. Estas variantes se deben al hecho de que el instituto, carente de base legal alguna, se justifica por una práctica constitucional flexible y en definitiva, por el deber presidencial de asegurar la adecuada ejecución de las leyes que llevaría aparejada la facultad de nombrar un acusador ad hoc.

Dentro del ámbito de juristas Norteamericanos existen ciertas reticencias con respecto a la figura del fiscal independiente. Toda vez que existe en contraposición el principio de igualdad en el sentido que no pueden tener procedimientos diferentes de investigaciones lo gobernantes como los gobernados. Rudolph Giuliani asevera que

⁵³⁷ DIEZ PICAZO “El Poder de Acusar...” Pág. 88 “ La figura del fiscal especial no suscitó graves conflictos con anterioridad al escándalo del Watergate, éste que es bien conocido durante la campaña electoral de 1972 ciertos individuos entraron subrepticamente en el cuartel general del Partido Demócrata con la finalidad de espiar a favor de Richard Nixon que era candidato a la reelección. El asunto comenzó a adquirir grandes dimensiones cuando en virtud de las investigaciones del juez federal John Sirica y de las averiguaciones de dos periodistas, resultó claro que colaboradores cercanos al Presidente estaban involucrados. Fue entonces cuando Nixon intentó hacer un gesto de buena voluntad y autorizó al nuevo Attorney General a nombrar, si lo estimaba necesario, un fiscal especial según el esquema tradicional. El nombramiento recayó en Archibald Cox un conocido constitucionalista de Harvard que había servido en el departamento de justicia durante la presidencia de Kennedy. El debate jurídico constitucional en el que habría de ser puesta en cuestión la posición del fiscal especial, comenzó cuando se vino a saber de la existencia de ciertas grabaciones magnetofónicas de las conversaciones presidenciales con sus más íntimos colaboradores. Cox intentó que le fueran entregadas. La reacción de Nixon consistió en ordenar al Attorney General que lo destituyera. En una sola noche el Attorney General y su segundo dimitieron para no tener que obedecer la orden presidencial, mientras que sólo el tercer responsable en la línea jerárquica del Departamento de Justicia, se trataba de Robert Borck cuya candidatura al Tribunal Supremo habría de naufragar años más tarde, aceptó cesar a Cox. No obstante el clamor popular impuso el nombramiento de un nuevo fiscal este recayó en la persona de Leon Jaworski, que continuó la batalla judicial por las grabaciones. Todo terminó cuando en 1974 el Tribunal Supremo Ordenó definitivamente al Presidente la entrega de las grabaciones. Nixon, que además estaba amenazado de impeachment por el congreso, cumplió la orden judicial y dimitió. Así pues, la batalla procesal del escándalo Watergate que se libró principalmente en torno a los límites constitucionales de la facultad presidencial de no revelar información confidencial versó también sobre la naturaleza y las atribuciones del Fiscal especial. Recuérdese que este instituto no sólo carecía de regulación legal sino que, sobre todo, debía su existencia a un nombramiento ad hoc del poder ejecutivo. La línea de defensa de Nixon era evidente si el Poder Ejecutivo es libre de nombrar o no un fiscal especial debe también ser libre de cesarlo. El tribunal

siempre el nombramiento de un fiscal especial atrae la atención de la opinión pública hasta tal punto que cualquiera que sea el resultado, queda siempre una sospecha si no se ejerció la acción penal fue porque hubo presiones indebidas, si se ejerció la acción penal fue porque hubo animo persecutorio.⁵³⁸ Aunque el caso más reciente y que pone en el panorama de discusión y análisis la institución del fiscal especial ha sido el famoso caso “Lewinsky” en el que se viera involucrado el Presidente Clinton en estas circunstancias no cabe la menor duda que el Fiscal Kenn Starr desacreditará la figura del fiscal especial poniendo de manifiesto que las ya conocidas reticencias y críticas hacia la misma en su manifiesto exceso de celo y la justicia de apariencia que como dice DIEZ PICAZO tenían fundamento.⁵³⁹

Es importante e insoslayable dedicar algunas líneas del presente trabajo a lo que en los Estados Unidos de Norteamérica se le ha denominado criminalidad gubernativa, en virtud de que en muchos de los países latinoamericanos este fenómeno criminal se ha convertido en la principal lacra de miseria en indignación que destruye la fe en las instituciones públicas y que erosionan cada vez más el sistema democrático y constitucional de derecho.

La expresión “criminalidad gubernativa” es meramente convencional y sirve para designar cualesquiera hechos delictivos cometidos por los miembros y agentes del Poder Ejecutivo. Comprende así tanto los delitos cometidos en el ejercicio del cargo pudiendo ser por ejemplo prevaricación, malversación, hurto agravado, falsedades materiales o ideológicas, apropiaciones indebidas, etc. El fenómeno de la criminalidad gubernativa plantea serios problemas en cualquier ordenamiento que se funde en los postulados del Estado democrático de Derecho. Estos problemas no pertenecen sólo al ámbito de teoría constitucional. Sino también a la esfera eminentemente práctica de la ingeniería constitucional es decir en síntesis Pregunta el autor DIEZ PICAZO ¿es compatible la legalidad democrática de los gobernantes con su plena sujeción a la legalidad?: una vez que se ha acordado que los gobernantes deben quedar sometidos a responsabilidad penal, ¿Cual es el mecanismo idóneo para hacer que ésta sea efectiva?⁵⁴⁰ Este último interrogante

Supremo sin embargo rechazó este punto de vista en la sentencia United States Vrs Nixon de 1974 que puso fin a la disputa sobre las grabaciones, definió con nitidez la posición del fiscal especial”

⁵³⁸ Véase T.EASTLAND Pág. 71 Citado por DIEZ PICAZO “El Poder de acusar” Pág. 103.

⁵³⁹ DIEZ PICAZO “El Poder de Acusar...” Pág. 108.

⁵⁴⁰ DIEZ PICAZO “El Poder de Acusar...” Pág. 108.

distinta de ser trivial porque, a diferencia de los políticos de la oposición o de los simples parlamentarios, los miembros y agentes del Poder Ejecutivo tienen a su disposición medios económicos humanos y tecnológicos que son privativos del Estado. Por más que, como ocurre en los Estados Unidos, todos los cargos públicos estén plenamente sometidos a responsabilidad penal, la estratégica posición del poder ejecutivo puede permitir a los miembros de éste poner a su disposición los resortes del Estado y, en consecuencia, estarán en condiciones de obstaculizar o impedir una efectiva investigación y acusación de los delitos cometidos por ellos mismos o por sus colaboradores.⁵⁴¹

El Ministerio Fiscal norteamericano se basa en los principios de discrecionalidad y monopolio, es decir, sólo él está habilitado para ejercer la acción penal, y en presencia de indicios de comisión de un delito, es libre de acusar o no. La acción penal además hay que tener presente es concebida como un instrumento al servicio de la función ejecutiva y como corolario de todo ello, los fiscales deben actuar según criterios de representatividad y responsabilidad política. Tanto a escala estatal como sobre todo a nivel Federal, El poder ejecutivo dispone de un notable margen de maniobra para tratar con indulgencia los hechos ilícitos cometidos por sus miembros y agentes. Ahora bien ante los supuestos de criminalidad gubernativa el Ministerio Fiscal norteamericano se encuentra por definición en una situación de conflicto de intereses: la concurrencia en un cargo público de un interés no necesariamente privado que es antagónico del interés público cuya consecución tiene encomendada. El interés público en el esclarecimiento y represión de los delitos contraste con el interés, inherente a la configuración del Ministerio Fiscal norteamericano, de no perturbar a los propios superiores o a otros cargos públicos dotados de capacidad de represalia. Para hacer frente ante la lacra de la criminalidad gubernativa el derecho norteamericano ha dispuesto tradicionalmente de un mecanismo: La figura del Fiscal especial que no pertenece a la ordinaria estructura del Ministerio Fiscal sino que es nombrado para un caso en el que existe conflicto de intereses. Este instituto tiene su origen en los ordenamientos estatales, en los que resulta generalmente admitido que el juez tiene la facultad de suspender al Fiscal cuando aprecie en él un conflicto de intereses, y por tanto, la

⁵⁴¹ En Guatemala ha existido un vivo ejemplo de estos casos por ejemplo el denominado caso “jueves negro” y el caso denominado “conexión Panamá” en donde el presidente del Ejecutivo y del Legislativo se encontraron involucrados y por amistad y por el nombramiento directo del Fiscal General por parte del Presidente se impidió una efectiva y correcta investigación habiendo manipulaciones en las evidencias y distorsión en la información.

posibilidad de que no actúe de conformidad con la confianza pública de que es depositario, pero sólo en algunos estados esta facultad de suspensión esencialmente negativa, va acompañada de otra facultad positiva de nombramiento de un acusador ad hoc cuyas cualidades profesionales y personales lo sitúen más allá de toda sospecha de connivencia. En otros estados, en cambio, la ley prevé que el conflicto de intereses sea resuelto por el correspondiente Attorney General, figura equivalente a un Ministro de Justicia, bien avocando el ejercicio de la acción penal, bien nombrando un fiscal especial ⁵⁴²

En resumen la criminalidad gubernativa recibe un tratamiento específico, consistente en evitar que investigue y acuse alguien quien tiene algún interés público o privado en el caso. Porque la existencia de un Ministerio Fiscal dependiente del Poder Ejecutivo puede en alguna medida o en ciertos momentos favorecer una instrumentalización partidista de la acción penal así como una indulgencia hacia la criminalidad gubernativa, que tanto daño le hace al sistema democrático, por lo que en lo que respecta a la utilización del Fiscal especial es concebible su utilización en los países latinoamericanos.

Con lo que corresponde al proceso penal, se debe de tener a cuenta que el Modelo de proceso en los Estados Unidos es visto como un medio de resolución de conflictos, arraigado en todos los países del Common Law, comporta dos efectos relevantes en esta sede: Primero, la legalidad no constituye un valor absoluto que no admita ser amortiguado o dispensado, sino que es percibida más modestamente como un instrumento idóneo para afrontar y resolver ciertos problemas, segundo, la aplicación de la legalidad debe ser encomendada a agentes versátiles, dotados de capacidad de iniciativa y maniobra y en consecuencia de adaptación a las concretas exigencias sociales. ⁵⁴³

Con lo que respecta a la investigación criminal, existe una estrecha relación entre La policía y el Ministerio Fiscal. No puede decirse que en el derecho norteamericano rija un principio de separación en virtud del cual quien investiga no debe acusar. Es cierto que en la mayoría de los casos el Fiscal se limita a recibir las pruebas aportadas por la policía y a actuar en consecuencia, pero nada impide que si lo estima oportuno, adopte cualquier tipo

⁵⁴² La regulación del conflicto de intereses del Ministerio Fiscal en los ordenamientos estatales es analizado en el manual para Fiscales de B.L GERSHMAN "Prosecutorial Misconduct," Clark Boardman and Callaghan, Nueva York 1990 Pág. 13. Citado por DIEZ PICAZO "El poder de acusar..." Pág. 87.

⁵⁴³ CABEZUDO RODRIGUEZ "El Ministerio fiscal en los Estados Unidos..." Pág. 188.

de iniciativas en materia de investigación. Así, la actividad de investigación es compartida entre la policía y el Ministerio Fiscal, tanto en la esfera estatal como en la esfera Federal. Ahora bien sentado lo anterior en este punto hay notables diferencias entre los Estados y la federación.⁵⁴⁴ A nivel federal las relaciones entre policía y Ministerio Fiscal no suelen ser particularmente conflictivas, porque ambas organizaciones están compuestas por personal no electivo y sobre todo, porque dependen de un superior jerárquico común el Attorney General y, en definitiva el Presidente. A nivel estatal, en cambio la relación es más compleja porque se basa en una permanente tensión entre dos organizaciones políticamente responsables ante el electorado local. Téngase presente que casi todas las fuerzas de policía son locales y el jefe de policía, cuando no es directamente electivo es nombrado y separado directamente por el órgano de gobierno municipal.⁵⁴⁵ De aquí que se tienda a producir una atribución mutua de los errores y fracasos en materia de represión criminal. La policía argumenta que es el fiscal quien no consigue que los delincuentes sean condenados, en tanto que éste sostiene que aquella no le proporciona las pruebas necesarias. Es preciso señalar sin embargo que estas tensiones entre la policía y el Ministerio Fiscal no se deben sólo al hecho de que ambas deben responder políticamente, sino también a los diferentes criterios que la legalidad les impone en su actuación, mientras que la primera opera sobre la base de indicios fiables denominado por la doctrina norteamericana (probable cause) el segundo debe probar la culpabilidad del imputado más allá de toda duda razonable (beyond any reasonable doubt) es decir para ejercer la acción penal con posibilidades de éxito, las condiciones son más exigentes que para practicar indagaciones o detenciones. Como resultado de todo ello, el equilibrio entre la policía y el Ministerio Fiscal tiende a ser inestable.⁵⁴⁶

Aunque tanto la federación como todos y cada uno de los estados tienen su propio sistema de justicia penal, es lícito hablar, en singular del proceso penal norteamericano. Ello se debe, sobre todo a la existencia de una única cultura jurídica de ámbito nacional; esto es, tanto los ciudadanos como específicamente los operadores jurídicos han mantenido tradicionalmente un conjunto relativamente uniforme de representaciones mentales, actitudes y pautas de comportamiento en relación con el derecho. El Proceso penal presenta

⁵⁴⁴ CABEZUDO RODRIGUEZ “El Ministerio fiscal en los Estados Unidos...” Pág. 188.

⁵⁴⁵ CABEZUDO RODRIGUEZ “El Ministerio Público en los Estados Unidos...” Pág. 189.

⁵⁴⁶ DIEZ PICAZO “El poder de acusar...” Pág. 77.

así una estructura y unos principios rectores muy similares entre los distintos ordenamientos estatales, así como entre éstos y el ordenamiento federal. En este último, las normas fundamentales del proceso penal se hallan codificadas en las **“Federal rules of Criminal Procedure”** aprobadas y revisadas periódicamente por el Tribunal Supremo, según una antigua práctica de los países del Common Law por la que la regulación procesal es dejada permanentemente en manos del máximo órgano judicial. Debido a la autoridad de su origen, Las Federal Rules of Criminal Procedure ejercen por lo demás, una notable influencia sobre la legislación y la jurisprudencia estatales. A ello hay que añadir un segundo factor que, en los últimos cuarenta años, ha contribuido a la homogeneización del proceso penal: la llamada **incorporation** de los derechos constitucionales.⁵⁴⁷ Se trata de una doctrina jurisprudencial en virtud del cual el Tribunal Supremo ha ido progresivamente declarando aplicables en el interior de los ordenamientos estatales muchos de los derechos proclamados en el **Bill of Rights**, es decir, en las diez primeras enmiendas de la constitución, que en origen era vinculante únicamente para las autoridades federales y ello en sustancia, sobre la base de que tales derechos se reputan fundamentales para una convivencia libre.⁵⁴⁸ Si se tiene presente que muchos de estos derechos constitucionales están directa o indirectamente relacionados con el proceso penal se comprende con facilidad que dicha operación jurisprudencial ha contribuido a limar las diferencias originariamente existentes.⁵⁴⁹

Dos rasgos fundamentales del proceso penal norteamericano heredados del derecho inglés es importante señalar por una parte se trata de un proceso penal basado en el principio acusatorio puro o (adversary system) lo que entraña una doble exigencia, la absoluta ajenidad y neutralidad del juez con respecto a las partes y la sustancial igualdad procesal de éstas. El proceso penal tiende a ser una mera controversia entre dos litigantes. Por otra parte, está la disponibilidad e ambas partes, acusador e imputado, sobre el proceso mismo, que es consecuencia del modelo lego de proceso. Este se basa en la previa discusión y delimitación jurídica del objeto litigioso ante el Juez, una vez que se han fijado las normas aplicables y sólo si no existe acuerdo sobre cuestiones fácticas, se abre el juicio, cuya finalidad es precisamente fijar los hechos. Esta última operación queda encomendada

⁵⁴⁷ DIEZ PICAZO “El poder de acusar...” Pág. 78.

⁵⁴⁸ CABEZUDO RODRIGUEZ “El Ministerio Público en los Estados Unidos...” Pág. 188.

⁵⁴⁹ DIEZ PICAZO “El poder de acusar...” Pág. 78.

a legos en derecho, que en la tradición anglosajona viene dados por el jurado. DE aquí que el imputado pueda allanarse a la pretensión del acusador (Guilty plea) e incluso, negociar con él los cargos (plea bargaining) . En este contexto, la garantía básica viene dada por la noción de Probable cause, empleada en la enmienda IV de la constitución sin indicios fiables no es lícito llevar a cabo una investigación criminal en sentido estricto ni, por supuesto, ejercer la acción penal. Esta idea implica algo más que la mera sospecha, si bien algo menos que la fundada certidumbre. En ausencia de indicios fiables, la policía y los fiscales no disponen de otros medios que los propios de un simple particular y en consecuencia, deben limitarse a observar a los sospechosos. Salvo en circunstancias extraordinarias cualquier intromisión en la libertad, la propiedad y la esfera privada de las personas requiere una previa autorización judicial, cuyo otorgamiento queda condicionado a que el juez haya sido convencido de la existencia de indicios fiables. La exigencia de indicios fiables excluye además iniciativas investigativas indiscriminadas o sin un fundamento concreto.⁵⁵⁰ La noción de Probable cause, en definitiva, constituye una barrera frente al riesgo del exceso de celo en materia de investigación criminal. Un criterio similar es adoptado para verificar la admisibilidad de la acción penal, evitando una utilización abusiva o intimatoria por parte de la acusación pública.⁵⁵¹ El trámite de admisión tiene lugar en la vista preliminar, que normalmente se desarrolla ante el mismo juez que después presidirá el juicio. La finalidad primordial consiste en comprobar que hay elementos suficientes para proceder, así como que las pruebas de cargo han sido legalmente obtenidas. En el derecho federal, la vista preliminar admite dos procedimientos diferentes, según se trate de delitos graves o menos graves el **indictmen** y el **information**.⁵⁵² Mientras en este último supuesto la decisión corresponde al propio juez, el procedimiento por indictment se desarrolla bajo la dirección del juez ante un gran jurado, que cumple una finalidad de garantía: debe ser un grupo de conciudadanos del inculcado quienes determinen si hay suficientes pruebas de cargo para proceder contra él. Es precisamente este significado garantista el que subyace a la enmienda V de la constitución que consagra el derecho a la incriminación mediante gran jurado; pero hay que recordar que, junto con la prohibición de fianzas excesivas, éste es el único derecho constitucional relevante en sede

⁵⁵⁰ DIEZ PICAZO “El poder de Acusar...” Pág. 81

⁵⁵¹ DIEZ PICAZO “El Poder de Acusar...” Pág. 81.

⁵⁵² DIEZ PICAZO “El poder de Acusar...” Pág. 81.

de proceso penal que no ha sido aún declarado aplicable dentro de los ordenamientos estatales. Ello entraña que sea constitucionalmente lícita que los Estados no reconozcan este instituto o más frecuentemente que limiten su ámbito de operatividad. Conviene señalar, en fin, que el instituto del gran jurado no tiene sólo un significado de garantía. La convocatoria de un gran jurado representa un arma extraordinaria en manos del fiscal, no sólo porque la defensa no tiene derecho a llamar a sus propios testigos ni a interrogar a los de la acusación sino, sobre todo, porque existe un deber de testificar bajo juramento cuando se es citado por un gran jurado. Así si bien el testimonio dado ante el gran jurado no tiene en sí mismo valor de prueba, sirve para obtener legalmente elementos probatorios que serán luego utilizables en el juicio. Téngase presente, a este respecto, que el falso testimonio ante el gran jurado es constitutivo de delito.

Ha sido importante el estudio de este instituto a la luz de la legislación comparada en virtud que nos amplía una concepción de lo que corresponde a la acción penal, al uso del jurado que como institución democrática dentro del proceso ha sido objeto de constante análisis y discusión en el panorama europeo, así como la utilización del fiscal especial para casos en donde se involucra la criminalidad gubernamental.

3. EL MINISTERIO PÚBLICO ASIMILADO EN LA ESFERA DEL PODER JUDICIAL

Aunque muchos hablan de un Ministerio Fiscal independiente son pocos los casos que reúnen las características del fiscal como las de un juez o por así decirlo conceptualizar a un juez que no juzga pero que acusa. Es pues en este orden de ideas, que el único caso, que se encuentra actualmente, en la que el Ministerio Público se encuentra en la esfera del poder judicial, es el caso Italiano, circunstancia por la que se analizara el mismo:

3.1 EL MINISTERIO PÚBLICO DE ITALIA:

Con anterioridad e igual que el resto de los Estados europeos, la institución del Ministerio Público en Italia se configuraba al modo napoleónico, desde la ley de 1865 que concebía al fiscal como representante del poder Ejecutivo ante la autoridad judicial bajo la dirección del Ministro de Justicia, pero fruto de varios análisis y de proyectos como el de ZANARDELLI ya anunciaba una importante reforma de la institución.⁵⁵³

Junto al ejemplo portugués, la vía italiana del Pubblico Ministero constituye una de las aportaciones más originales y a la vez discutidas en el actual contexto europeo. El vigente ordenamiento jurídico italiano que arranca con la Constitución Italiana de 1947⁵⁵⁴ tras la experiencia fascista así como la derrota del sistema autoritario de gobierno, tras la II guerra mundial y partiendo de la gran desconfianza ante el Ejecutivo, incluyó al **Pubblico Ministero** en la Magistratura otorgando al Fiscal italiano las mismas garantías que los jueces.⁵⁵⁵

Es pues que la figura del fiscal en líneas muy generales se asemeja al de un magistrado que sin formar parte del Poder Judicial goza de las mismas garantías que la magistratura, desvinculado por completo del poder ejecutivo, sin una dependencia jerárquica nacional sino más bien territorial y con una amplia intervención en el proceso penal.⁵⁵⁶

Así el texto constitucional en casi todo momento se refiere al fiscal como magistrado, sin diferenciar entre el estatuto de ambos, lo que asimismo explica la inclusión del Procurador General del Tribunal de Casación como miembro de derecho, en el

⁵⁵³ FLORES PRADA “el Ministerio...” Pág. 185. “El Proyecto ZANARDELLI, presentado a la Cámara el 12 de febrero de 1903 y que no llegaría a convertirse en ley, representaba un precedente de importancia en el camino de la reforma de la institución. En el que se partía de la consideración del Ministerio Público como magistratura independiente con las mismas garantías que cualquier otro magistrado, su función era considerada como una manifestación más de la potestad jurisdiccional y sus miembros se integraban en una única carrera judicial.”

⁵⁵⁴ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 187 “La constitución italiana estableció, tras largas e intensas deliberaciones parlamentarias, un diseño del Ministerio Público claramente vinculado a la órbita judicial y, sin embargo no exento de ambigüedades y dificultades interpretativas. El cambio de modelo resultaba, eso sí evidente, con la sola lectura de los preceptos dedicados a la institución: el artículo 104 establece que el Procurador General ante la Corte de Casación formará parte del consejo superior de la Magistratura”

⁵⁵⁵ MANZINI “trattato di diritto processuale penale, secondo il nuovo codice” Dos volúmens Turín 1931 Pág. 223 citado por MONACO “Pubblico Ministero ed Obbligatorietà d'azione penale” Pág. 297 y siguientes

⁵⁵⁶ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 184.

Consiglio Superiore della Magistratura,⁵⁵⁷ el órgano que según la constitución incumbe el gobierno del poder judicial.

Sobre el panorama constitucional que se acaba de mostrar, conviene acordar con JANNACCONE en dos conclusiones más claras que pueden extraerse del mencionado diseño normativo: en primer lugar que el legislador no podrá abolir la institución y en segundo lugar, que tampoco podrá el legislador ordinario, en el marco jurídico político del Estado, asignar al Ministerio Público una colocación que le saque del cuadro organizativo del Poder Judicial para integrarlo luego en el poder Ejecutivo.⁵⁵⁸

Este artículo ha sido interpretado por MARTINEZ en el sentido de que “seguramente ha querido asegurar el órgano de auto gobierno de la Magistratura la presencia de la función del Fiscal en su más alta expresión, con implícito reconocimiento del carácter co-esencial de dicha función y por ende, de la Procuraduría General a la estructura y a la realidad ordenamental de la institución judicial.”⁵⁵⁹

La Constitución diseña un perfil para el Ministerio público y a sus fiscales colocándolos “sustancialmente en una posición de sujeción única a la ley, asimilable a la del Juez.”⁵⁶⁰

Así los órganos judiciales italianos se dividen en órganos juzgadores e inquisitivos: los magistrados, honorarios o profesionales, que juzgan en solitario o formando un tribunal, y los magistrados, sólo profesionales que ejercen las funciones de la Fiscalía.

La inclusión del Ministerio Fiscal italiano en la esfera del Judicial fue sancionada por el Tribunal Constitucional de este país, que describió la naturaleza del Pubblico

⁵⁵⁷ Como referencia ver el artículo 104 párrafo tercero de la Constitución Italiana que al respecto dice: “ Ne fanno parte di diritto il primo presidente e il procuratore generale della corte di casazione”

⁵⁵⁸ JANNACCONE “Il Pubblico Ministero nel sistema costituzionale” en Il Pubblico Ministero Nell Ordinamento Italiano, Rassegna dei Magistrati,” V congresso Nazionale, unione Magistrti Italiani, anno XVII números 7.9 luglio settembre 1977.Pág.13. al igual MONACO “Pubblico Ministero Ed obbligatorieta del’azione penale...” Pág. 273.

⁵⁵⁹ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 82. También ver BRACACCIO Y LONGO E. “La Procuraduría General de la República ante la Corte Suprema de Casación. Relaciones con los otros poderes del Estado” en AA.VV. El Poder Judicial en Europa Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de las comunidades Europeas. Tribunal Supremo, tomo I, Madrid 1989 Pág. 599.

⁵⁶⁰ BARTOLE “Il potere giudiziario” en AA.VV. Manuale di diritto pubblico, Pág. 641 II Molino Boloña 1986 el artículo 101 de la Constitución Italiana declara que los jueces sólo están sometidos a la ley. Esta disposición “Se entiende en el sentido de que éstos, en el desarrollo de su actividad de aplicación de las normas legislativas, deben gozar de absoluta autonomía de juicio, sin estar influidos por directrices posiblemente dictadas al respecto por sus superiores ni tampoco por otros órganos estatales.” Ver también MONACO “Pubblico Ministero Ed Obbligaroieta del’azione penale...” Pág. 273 en adelante.

Ministerio como “un magistrado perteneciente al orden judicial colocado en posición de independencia institucional respecto a cualquier otro poder.”⁵⁶¹ La ley que desarrolla los preceptos constitucionales sobre el poder judicial organiza la institución determinando que el Procurador General ante el tribunal de Casación debe exponer, con ocasión de la inauguración del Año Judicial, un informe que “Constituye no sólo el aspecto culminante de la solemne ceremonia a la cual atribuye prestigio la presencia del Jefe de Estado y de las más altas autoridades civiles y militares, sino también un análisis articulado de los problemas de la administración de justicia, de la evolución de la criminalidad y de los fenómenos emergentes en la dinámica de la sociedad.”⁵⁶²

El fiscal de Italia se ha perfilado como una institución independiente y como se ha estudiado asimilado en su totalidad a la judicatura, en virtud de esto se le otorga garantías comunes tanto al fiscal como a los magistrados, jueces o procuradores como lo es su independencia;⁵⁶³ su inamovilidad⁵⁶⁴ y su competencia.⁵⁶⁵ Es pues que el Ministerio público se encuentra incardinado al Poder judicial y una separación total con el Ministro de Justicia.

El tribunal constitucional italiano en sentencia número 52 de fecha 16 de marzo de 1976 señalada por MARTINEZ establece que existe una diferencia entre la independencia de un fiscal y la de un juez, en el ámbito de que “A los primeros la independencia que señala el artículo 101 de la Constitución Italiana debe aplicarse a los miembros, respecto al fiscal esta independencia se predica del oficio concebido de manera unitaria y no de sus miembros.”⁵⁶⁶

La inclusión del Ministerio Fiscal en el Poder judicial llega hasta el punto que el Tribunal Constitucional Italiano ha aceptado la capacidad del Ministerio Público de representar al órgano judicial en casos de su interés. . .⁵⁶⁷

⁵⁶¹ Ver artículos 86 y 819 de la *Legge sull'ordinamento Giudiziario*.

⁵⁶² BRACACIO Y LONGO “La procuraduría General de la República ante la Corte Suprema de Casación...” Pág. 600 citado por MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 83.

⁵⁶³ Ver artículo 104 de la Constitución Italiana

⁵⁶⁴ Ver artículo 107. 1 de la Constitución Italiana

⁵⁶⁵ Ver artículo 107.3 de la Constitución Italiana.

⁵⁶⁶ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 85.

⁵⁶⁷ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 85. La sentencia número 420 de septiembre de 1995 citada también por MARTINEZ “decidió admitir un recurso de conflicto de competencias que había alzado el Procurador de la República de Nápoles contra el Ministro del Interior y el de Gracia y Justicia en relación con el decreto 687 de 24 de noviembre de 1994 sobre los criterios de formulación del programa de protección para aquellos que colaboren con la justicia” esta sentencia señala MARTINEZ en primer lugar se pone de relieve

Se ha estudiado tras la relevante reforma del Código Procesal Penal de 1988 en la que tras la eliminación de todos los casos en los que el fiscal ejercía una función jurisdiccional el Ministerio Fiscal italiano se constata como parte en el proceso, y su importante sujeción al poder judicial, Figura pues que como parte en el proceso y que ostenta una función judicial si bien no jurisdiccional, no deja de convertirla en una institución peculiar, diferente a cualquier otro modelo conocido.⁵⁶⁸

Las principales funciones del Fiscal Italiano son: 1º. La vigilancia de la observación de las leyes y del funcionamiento correcto de la administración de justicia, 2º. La vigilancia y tutela de los derechos del Estado, de las personas jurídicas y de los incapaces, 3º. El ejercicio de la acción penal 4º. La ejecución de las sentencias y demás disposiciones judiciales.⁵⁶⁹

El autor SACCUCI señala en particular que el Ministerio Público además de las funciones antes consignadas también se encuentran: 1º. La investigación que ha asumida nuevas dimensiones tras la última reforma procesal, para la averiguación de los indicios con vistas a ejercitar la acción penal.⁵⁷⁰ 2º. La promoción de la acción penal “fruto de la opción que el Ministerio Público debe hacer entre el buen resultado de la averiguación previa y la solicitud de archivación del caso” 3º. La ejecución de las resoluciones del juez y la garantía de la correcta evolución del proceso.⁵⁷¹

Con lo que respecta a la organización judicial penal de Italia esta compuesta por La Corte Suprema de Casación (Corte di cassazione) equivalente a Nuestro Tribunal Supremo, tiene su sede en Roma y jurisdicción en todo el territorio nacional. Está dividido en varias secciones, cada una con su respectivo presidente. Mediante el recurso extraordinario de

cuando “El abogado del Estado, en la defensa de la norma, solicitó al Tribunal la inadmisibilidad del recurso por cuanto el Ministerio Fiscal no tendría capacidad de “declarar definitivamente la voluntad del poder al que pertenece” el Tribunal constitucional reiterando su posición de sentencias anteriores afirmó que “El Ministerio Público está indudablemente legitimado para plantear conflictos de competencia entre los poderes del Estado por cuanto es el titular directo y exclusivo de la actividad de investigación que tiene como fin obligatorio la acción penal: respecto al desarrollo de esta función se reconoce al ministerio Público órgano no jurisdiccional, la competencia para declarar definitivamente la voluntad del poder judicial al que pertenece”

⁵⁶⁸ SACCUCI “Las funciones del Ministerio Público en el nuevo Proceso penal” en AA.VV. Justicia y Sociedad UNAM México 1994. Pág. 382.

⁵⁶⁹ Ver artículos 73,74 y 78 del Ordenamiento Judicial Italiano

⁵⁷⁰ El artículo 326 del Código Procesal Penal de Italia señala “ el Ministerio Público y la policía judicial desempeñan, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, las averiguaciones necesarias para determinar el ejercicio de la acción penal” El Ministerio Público se constituye como director de las investigaciones y da instrucciones para ello a la policía judicial

casación la Corte di Cassazione pretende asegurar la exacta y uniforme aplicación de la Ley, así como resolver las cuestiones de competencia entre los diversos tribunales. Luego siguen las Cortes de Apelación (Corte di appello) que, como nuestros Tribunales Superiores de Justicia, extienden sus competencias al Distretto, que es un ámbito territorial coincidente con la región y se subdividen en Varias secciones. La Corte di appello se compone de tres magistrados y conoce de las apelaciones interpuestas contra las sentencias dictadas en primera instancia por el Tribunale y el Pretore. Los Tribunale o Tribunales Colegiados son los órganos judiciales ordinarios en materia penal, por lo que desempeñan todas las atribuciones no conferidas especialmente a otros órganos dentro del **Circondario**, que es una demarcación judicial, coincidente, en general, con el ámbito territorial de la provincia, se forman con tres magistrados uno de los cuales ejerce como Presidente. El Pretore por su parte es una especie de Juez de lo penal, que extiende su competencia territorial al Mandamento que es una especie de partido judicial y que conoce, entre otras materias, del enjuiciamiento y fallo de los delitos que llevan aparejada una pena no superior a cuatro años de prisión. También extienden su competencia al enjuiciamiento de delitos castigados con pena de mayor gravedad.⁵⁷²

Por último se encuentran los jueces de Paz (Giudice di pace)⁵⁷³ que son magistrados honorarios a los que se reconoce competencia para conocer de conflictos de escasa entidad. En materia penal juzgan los delitos y faltas castigados con pena de multa siempre que se trate de tipos que no exijan especiales conocimientos jurídicos para su interpretación.

Con relación a la Fiscalía Italiana la misma se organiza de la siguiente manera: El Procurador General de la República ante la Corte Suprema de Casación, desempeña el fundamental papel de defensor independiente e imparcial del interés general y la recta aplicación de la Ley ante la Suprema Corte.⁵⁷⁴ Los procuradores Generales de la República

⁵⁷¹ SACCUCCI “Las funciones del Ministerio Público en el nuevo Proceso penal” Pág. 408

⁵⁷² Ver artículo 7 c 2 CPP

⁵⁷³ Creados por Ley 374 de 1991 el 21 de noviembre también ver al respecto el artículo 36 de la Ley 374 de 1991.

⁵⁷⁴ Ver artículos 73 y 76 del Ordenamiento Judicial así como el artículo 104 de la Constitución que reza “ La Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de todo otro poder. El consejo Superior de la magistratura está presidido por el Presidente de la República, forman parte del Consejo por derecho propio el primer presidente y el fiscal general del Tribunal Supremo. Los demás miembros son elegidos en sus dos terceras partes por todos los magistrados ordinarios de entre los pertenecientes a las distintas categorías y en un tercio por el Parlamento en sesión conjunta entre catedráticos de universidad de materias jurídicas y

ante las Cortes de Apelación y Cortes de Asises de Apelación. Los procuradores de la República ante los Tribunales ordinarios, Cortes de Asises y Tribunales de Menores y los Procuradores de la República ante las Preturas.

Las Procuradurías ante la Corte de Apelación, Los Tribunales ordinarios y las Preturas que tengan su sede en la capital del partido judicial están dirigidas por un Procurador General, que en el nuevo código de procedimiento ha visto recortadas significativamente sus facultades jerárquicas sobre los funcionarios destinados en su Fiscalía, pues por un lado, en la audiencia los Fiscales desempeñan sus funciones con total autonomía⁵⁷⁵ y por otro los antiguos poderes de sustitución y avocación se han limitado a los supuestos tasados en el nuevo código⁵⁷⁶ y en todo caso siempre precisan de un Decreto motivado.

Externamente, todas las Fiscalías italianas ejercen sus funciones con absoluta autonomía.⁵⁷⁷ Además se puede citar dentro de este campo del Ministerio Público a la Dirección Nacional Antimafia (**Direzione Nazionale antimafia**) que es una oficina autónoma dirigida por un Fiscal General nombrado ad hoc por el Consejo Superior de la magistratura para realizar investigaciones contra el crimen organizado.

Con lo que corresponde al proceso penal. Se instauro en Italia un sistema procesal eminentemente acusatorio como lo dice el autor MONACO⁵⁷⁸ que separa tajantemente la fase del debate oral público y la investigación que le antecede: Las investigaciones previas tienen por objeto identificar los diversos medios de prueba que permitan evaluar convenientemente la existencia o no de los requisitos precisos para el ejercicio de la acción penal en la fase de debate público, que corresponde con exclusividad al Ministerio Público.

El extraordinario poder procesal que se ha conferido al Ministerio Público Italiano se ha visto multiplicado por la naturaleza pública del ejercicio de la acción penal que por

abogados con quince o más años de ejercicio profesional El consejo elige un vicepresidente entre los componentes designados por el Parlamento. Los miembros electivos del Consejo desempeñan el cargo durante cuatro años y no serán inmediatamente reelegibles. Mientras desempeñen su cargo no puede inscribirse en los registros profesionales ni pertenecer al Parlamento ni aun Consejo Regional”

⁵⁷⁵ Ver artículo 53.1 Código del Procedimiento Penal.

⁵⁷⁶ Ver artículos 53.2 y 54 , 372 y 412 del código de Procedimiento penal de Italia.

⁵⁷⁷ El artículo 53 del código de procedimiento penal dice “Autonomía del Ministerio Público en el juicio oral. Casos de sustitución: 1. En la audiencia el Magistrado del ministerio Público desempeñará sus funciones con plena autonomía. 2. El jefe del órgano decidirá la sustitución del Magistrado en los casos de grave impedimento importantes razones de servicio o en los casos previstos en el artículo 36.1 incisos a),b),c),d) y e) en los demás supuestos el Magistrado sólo podrá ser sustituido con su consentimiento.

⁵⁷⁸ MONACO GIUSEPPE “ Pubblico Ministero ed Obbligarorietà...” Pág. 71 en Adelante.

mandato del artículo 112 de la Constitución italiana es obligatoria.⁵⁷⁹ Esto presupone una oposición al principio de oportunidad aduciendo un ejemplo más de la voluntad constitucional de separar la institución del ámbito de la influencia del Gobierno, toda vez que la tesis de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal vendría acompañada de la necesidad de la valoración de la oportunidad, necesariamente competencia del Ejecutivo en función de los criterios de política criminal. Frente a ella la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal garantiza los inamovibles criterios de legalidad a los cuales únicamente debe estar vinculado el Ministerio Público.⁵⁸⁰

En el proceso penal Italiano, el Ministerio Público es una de las partes procesales, pero una parte *sui generis*⁵⁸¹ y privilegiada a la que se reconocen amplios poderes en la práctica de pruebas en la evaluación de la actividad procesal desplegada, o en la decisión del curso ulterior del proceso⁵⁸²

Como comentario se puede decir que el Fiscal de Italia no puede renunciar a ejercer la acción penal, ya que ésta únicamente puede interrumpirse o suspenderse en los casos previstos por la norma. El juego de características, independencia del Fiscal y la obligación de la acción penal,⁵⁸³ para un sector de la doctrina⁵⁸⁴ son principios que no pueden darse por separado y ha suscitado un debate en aquellos partidarios de conservar la independencia del Fiscal y sus capacidades, manteniéndolo alejado de la influencia del Ejecutivo y los que solicitan unos fiscales más responsables respecto a la comunidad política

⁵⁷⁹ MONACO GIUSEPPE “Pubblico Ministero ed Obbligatorietà...” Pág. 273 al 308. Así también hay que ver la obra de FERRI “L’istituto del pubblico Ministero nell’attuale ordinamento giudiziario e nella Costituzione della Repubblica” en *Natura e funzioni del Pubblico Ministero* Linamenti per una riforma. II convegno Nazionale, Roma Eur Palazzo dei Congressi 23, 24,25, aprile 1966 Comitato di direzione per la Giustizia artigrafiche Jasillo, Roma 1967 Pág. 96. A juicio del autor: “La norma del artículo 102 clave de bóveda para entender todo el sistema de garantías establece la autonomía e independencia de la magistratura de la cual el Ministerio Público es parte. En segundo lugar el artículo 105 instituye el consejo superior de la magistratura como el centro motor de las garantías que pertenecen a la magistratura, del cual forma parte el Ministerio Público sustrayendo todas las actuaciones en relación con dicho poder del ámbito de influencia del Ejecutivo. El artículo 107 in fine, profundamente discutido en cuanto parece distinguir el orden judicial del Propio Ministerio Público ya que necesita atribuir de forma específica al Ministerio Público las garantías del orden judicial, expresamente estaría excluyendo a la institución de dicho orden “

⁵⁸⁰ LEONE “trattato di diritto processuale penale” Napoli 1961 Vol I Pág. 432

⁵⁸¹ Según LOPEZ LOPEZ. “el Ministerio ...” Pág. 60 también ver el artículo 358 del código procesal penal de Italia que “Obligada también a verificar los hechos y circunstancias a favor del imputado”

⁵⁸² LOPEZ LOPEZ “El Ministerio...” Pág. 60.

⁵⁸³ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 87.

4. EL MINISTERIO PÚBLICO DEPENDIENTE DEL PODER LEGISLATIVO

Históricamente y por extraño que esto se parezca se han dado pocos modelos del Fiscal dependiente directamente del Poder legislativo. Sin duda el más conocido es el que se desarrolló en la antigua Unión Soviética en los países claro esta de influencia socialista. Y aunque en la actualidad es modelo casi desaparecido respecto al tipo de Estado en el que tuvo lugar, por una parte y por el papel que desempeñó al lado del Ejecutivo, alterando la naturaleza constitucional de la institución. No obstante sobrevive un fenómeno que puede conllevar interesantes efectos: en los últimos tiempos, en Rusia y en los países ex socialistas, cuya mayoría no mantenían un Fiscal dependiente del Parlamento, están adaptando la institución al nuevo modelo democrático de Estado. A medida que pasan los años la experiencia de la **Prokuratura** democrática va adquiriendo un nuevo perfil que mucho puede aportar al estudio de la institución que ha llevado estas líneas, de hecho estos países lejos de cambiar los principios en que se fundamentan sus modelos de fiscalía inciden en la intervención del Parlamento y trabajan para compatibilizar con los principios democráticos un órgano que en sus orígenes sirvió para vigilar los intereses de un Ejecutivo configurado, de facto, como único poder estatal. Conviene pues realizar una reminiscencia a lo que fue el Ministerio Fiscal de la antigua unión Soviética.

4.1 EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ANTIGUA UNION SOVIETICA:

Fue en la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, en las que se dio el primer intento tras la Revolución Francesa, de crear un Ministerio Público formalmente dependiente del legislativo, que acto seguido se trasladó a muchos otros países, la mayoría europeos, que constituyeron la órbita de influencia de la URSS.

El mimetismo del que, no sin razón se ha acusado a los países de la Europa del Este en relación con el sistema de gestión del Estado en general y la organización judicial en

⁵⁸⁴ Ver a GUARNERI "Pubblico Ministero e sistema politico." CEDAM Padova 1984. Pág. 27.

particular, responde a una larga etapa histórica basada notablemente en la influencia ejercida por lo que era la Unión Soviética y los menesteres de su intento de alcanzar el Estado socialista.⁵⁸⁵ Meta que se ha fundamentado durante décadas en la dominante presencia de una serie de instituciones de control, de manera relevante en los sectores productivos, que si bien habían sido concebidos como métodos de inspección de los trabajadores, con el paso del tiempo se aproximaron a la órbita cercana del Ejecutivo o dependiente directamente de éste.⁵⁸⁶ Por las Características y la importancia de su función se ha destacada la concepción soviética del Ministerio Fiscal, la Prokuratura que en un momento devino pilar de la observancia de la legalidad en el Estado Socialista.

De esta manera durante el periodo de dominio soviético el diseño del Ministerio Fiscal en los países de Europa del Este constituía no ya sólo una pieza capital en la estructura del Estado, sino incluso un peculiar modelo de control con algunas diferencias entre los diferentes países, pero que contaba un sustrato firme, unas premisas que han nutrido la raíz de su funcionamiento inéditas hasta el momento en derecho comparado.⁵⁸⁷

Con respecto a la evolución de la Fiscalía soviética, se puede decir que esta intentó responder desde su creación a los principios de la vigilancia del régimen, convirtiéndose así en pieza clave para el éxito del modelo al servir sin tapujos al Poder del Estado. Un Estado cuyo funcionamiento viene determinado por las leyes y características de la fase socialista, entre cuyos fines se incluyen particularmente la dominación de la propiedad social de los medios básicos de producción, cuya forma rectora de la propiedad es la propiedad estatal, el fortalecimiento del modo socialista de producción mediante el auge de las fuerzas productivas, la planificación de la economía nacional, la distribución de todos los bienes materiales y espirituales según el principio de “Cada uno según sus capacidades, a cada uno según su trabajo” la afirmación de la unidad político social e ideológica de la sociedad, el poder absoluto del pueblo trabajador, encabezado por la clase obrera, el partido marxista leninista como fuerza dirigentes y guía de la sociedad y del Estado, la ampliación y profundización de los principios de la democracia socialista sobre la base de la participación cada vez más activa de los trabajadores en la dirección del Estado, la

⁵⁸⁵ MARTINEZ “aspectos constitucionales...” Pág. 90.

⁵⁸⁶ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 91.

⁵⁸⁷ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 91.

economía y los asuntos de la sociedad, y la afirmación y fomento de la cultura socialista sobre la base de la cosmovisión marxista leninista del mundo.⁵⁸⁸

El poder fue considerado la clave fundamental para la institución del comunismo. Derivó de ello la evaluación de los medios en relación con los fines, prioritarios y la absolutización del poder para la consecución del proyecto socialista.⁵⁸⁹ Un poder, la dictadura del proletariado que buscaba la legitimación en su ejercicio por todo el pueblo, encabezado por la clase obrera, y que sería el paso previo e imprescindible antes de su transformación en poder socialista de todo el pueblo, el proceso de reconstrucción socialista de la sociedad. La fiscalía soviética fue creada dentro de esta concepción del poder como vehículo esencial y casi suficiente para el riguroso y correcto desarrollo de las políticas encaminadas a llevar a un buen puerto los objetivos proyectados.⁵⁹⁰

No puede calificarse de institución única a la Fiscalía hasta 1936 cuando fue separada del Comisariado del Pueblo para la Justicia y subordinada únicamente al Fiscal de la URSS. Las dos características que a partir de entonces definirían a los fiscales, la independencia de los órganos locales y la subordinación del fiscal de nivel inferior al superior, fueron expresamente reconocidos en la Constitución de la URSS que se promulgó en el VIII Congreso de los Soviets, en fecha 5 de diciembre de 1936.⁵⁹¹ Observamos con ello que la regulación de la fiscalía como órgano independiente salvaguarda de la legalidad, como en general todo el sistema judicial, empieza asentarse en sus fundamentos bien entrada la evolución del sistema socialista. En resumen el modelo de Ministerio Fiscal soviético la Prokuratura, ha sido desde su creación en 1922 una de las figuras más originales, criticada por unos y alabada por otros, del entramado jurídico de aquella unión de Repúblicas. Su función, siguiendo a DE ESTEBAN Y VARELA puede sintetizarse en tres vertientes principales: 1º. Vigilar el cumplimiento de las leyes por parte de los órganos del Estado, de las organizaciones sociales, de los funcionarios públicos y de los ciudadanos, 2º. Cuidar por el respeto de la legalidad en los procesos penales, en los civiles 3º. Proteger los derechos de los ciudadanos a petición de éstos.⁵⁹² La constitución de fecha 7 de octubre de 1977 dedicó el capítulo 21 en los artículos 164 al 168 a la Procuraduría, dentro del

⁵⁸⁸ TOPORNIN BORIS “El sistema político soviético” Editorial Progreso Moscú 1978 Pág. 46.

⁵⁸⁹ TOPORNIN BORIS “El sistema político soviético” ... Pág. 46.

⁵⁹⁰ TOPORNIN BORIS “El sistema político soviético” Pág. 47.

⁵⁹¹ ESTEBAN Y VARELA “La constitución Soviética...” ... Pág. 65

⁵⁹² ESTEBAN Y VARELA “La Constitución Soviética” Madrid 1978 Pág. 64.

Titulo VII que se refería genéricamente a la justicia, arbitraje y supervisión fiscal. Apenas cambió el estatuto y el funcionamiento de esta institución.⁵⁹³ El Procurador General era nombrado por el propio Soviet Supremo y disfrutaba de facultades muy importantes sobre todo lo referente al fundamento, legalidad e incluso ejecución de cualquier disposición que dictaran los órganos judiciales, potestad que ha sido calificada por lo que concierne a las decisiones de los jueces y tribunales de absoluta.⁵⁹⁴ El sistema jerárquico que regulaba el Ministerio Fiscal soviético era, a fin de cuentas “un claro paradigma de férrea dependencia gubernamental” y nada escapaba a su poderoso Ejecutivo. La legislación soviética no obstante continuaba determinando claramente que los órganos del Ministerio Fiscal debían ser independientes de cualquier órgano local en el ejercicio de sus funciones y se subordinaban exclusivamente a las decisiones del Procurador General de la Unión Soviética, situación constitucionalmente recogida.⁵⁹⁵

Realmente era el Presidium el que controlaba la acción de la Prokuratura: Es ésta la crítica más directa a la estructura de un Ministerio Fiscal sobre el papel autónomo y tan sólo subordinado al Soviet Supremo,⁵⁹⁶ que constituía el órgano superior de poder en la Unión Soviética de acuerdo con la propia redacción constitucional, en un país donde “no asistimos al triunfo de la ley, sino al de un pretendido espíritu que obra según cada cual lo entiende donde afirma que el derecho es instrumental carente de contenido ético.”⁵⁹⁷ Un modelo donde la existencia de un Ministerio Fiscal casi todopoderoso alas órdenes, en la práctica, del Presidium del PCUS; podía devenir en una real necesidad una “Exigencia del sistema político”⁵⁹⁸

Así pues resulta atractivo analizar un modelo de Ministerio Público dependiente del legislativo, es cierto que si el sistema soviético ni el de los países de su órbita política durante la sin fluencia soviética podrían servirnos como ejemplo por cuanto en ellos regía el principio de concentración de poderes o unidad de poder al servicio del partido único, a

⁵⁹³ ESTEBAN Y ARELA “La Constitución Soviética” Pág. 65.

⁵⁹⁴ CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los Principios rectores del Ministerio Fiscal len la Constitución y el Nuevo Estatuto Orgánico” en AA.VVV. El Poder Judicial, Madrid 1983 Pág. 853

⁵⁹⁵ Ver artículo 117 de la Constitución de 1936 y el artículo 168 de la Constitución de 1977.

⁵⁹⁶ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 95.

⁵⁹⁷ AYARRAGARAY “El Ministerio Público y la Libertad” en Anals do 1º. Congresso interamericano do Ministerio Público. Pág. 691 citado por MARTINEZ “aspectos constitucionales...” Pág. 94.

⁵⁹⁸ ALVAREZ CIENFUGOS “El Misterio Fiscal en el Derecho Comparado” en Cincuentenario del Estatuto del ministerio Fiscal, Burgos 1977 Pág. 30.

favor del cual se perfila el funcionamiento y la tarea del legislativo.⁵⁹⁹ En Palabras de ALVARADO el sistema político central descansaba aparentemente en dos aparatos porque uno de ellos los órganos federales del poder se subordinaba enteramente al segundo el PCUS en virtud del principio de concentración de poderes, favorecedor siempre de las verdaderas instancias ejecutivas.⁶⁰⁰

4.2 EL MINISTERIO PUBLICO EN EL ACTUAL MODELO DE RUSIA Y LOS PAISES DE LA ORBITA SOCIALISTA Y CUBA.

El Presente estudio es un breve análisis de las circunstancias que han influido en la transformación del Ministerio Fiscal en la órbita socialista, para ello se partirá únicamente de cuestiones estructurales y como según MARTINEZ “ Puede afirmarse que, tras la Constitución de la Federación rusa votada en referéndum el 12 de diciembre de 1993 la Prokuratura conserva los rasgos principales especialmente en cuanto a su elección por parte del legislativo, de su homónimo soviético, si bien algunas características fundamentales, especialmente referidas a su independencia han cambiado.”⁶⁰¹ En el caso de la movilidad del Procurador General de la Federación. La reciente constitución reconoce explícitamente la facultad del Consejo de la Federación de colocar y remover de su cargo al Procurador General, sin mencionar el periodo que si existía, en un primer momento de siete años y más delante de cinco, en la Unión Soviética⁶⁰². Por otro lado el nombramiento se realiza a propuesta del Presidente de la Federación, facultad conferida al Ejecutivo, inexistente en la legislación anterior, propio del carácter presidencialista que emana el actual sistema ruso. Se puede hablar entonces de un sistema mixto de elección controlado en buena medida por el Presidente pero cuya última palabra, más importante a la hora de destituir al Procurador que en el momento de nombrarlo, pertenece a la Cámara Alta del legislativo, El Consejo de la Federación.⁶⁰³ Un nuevo modelo donde la Procuraduría aparece como un “sistema único

⁵⁹⁹ MARTINEZ “aspectos constitucionales...” Pág. 95.

⁶⁰⁰ ALVARADO PEREZ “El hundimiento de la Unión Soviética” en AA.VV. El Retorno a Europa de la Perestroika al tratado de Maastricht Madrid, 1993 Pág. 22.

⁶⁰¹ MARTINEZ “El Ministerio Fiscal en Cuba” *Ägora Revista de Ciencias Sociales* número 3. Año de 1997 Centre d’estudis polítics i socials, Valencia Pág. 16.

⁶⁰² MARTINEZ “El Ministerio Fiscal en Cuba...” Pág. 16.

⁶⁰³ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 95. “La constitución rusa determina un Parlamento Bicameral. La Asamblea Federal rusa está formada, de este modo por la Cámara Alta, el Consejo de la

centralizado”⁶⁰⁴ en el que ya no consta la independencia de los fiscales respecto a la organización local. De hecho, si bien continúa existiendo una jerarquía estricta en la escala de la institución donde cada procurador se subordina a su superior, y todos ellos al Procurador General, también es cierto que conserva el Procurador General el poder de nombrar a los procuradores de los diferentes entes integrantes de la Federación, aunque la constitución le impone la obligación de consultarlo con ellos. Los fiscales no lo son directamente de un ente de la Federación si son nombrados, sin necesidad de consulta por el Procurador General.⁶⁰⁵

Señala MARTINEZ que “aunque todavía es temprano para evaluar cómo ha funcionado la nueva institución, es claro que en un plano puramente teórico los cambios en la figura de la Prokuratura son evidentes: en cuanto a su elección se da una decisiva intervención por parte del Ejecutivo y ninguna facultad a la Cámara Baja del Parlamento. En cuanto a su autonomía, se rescinde la inamovilidad de que disfrutaba y aparecen cambios en el funcionamiento regular y el nombramiento de los Procuradores. Desde el punto de vista práctico, qué duda cabe que, remitiéndonos a lo ya expresado, la supuesta independencia anterior del Ministerio Fiscal era de aplicación imposible en un país regido por el principio de concentración de poderes. La situación ha derivado hacia un sistema apolítico republicano de marcado carácter presidencialista, con un control parlamentario definido constitucionalmente como democrático y de derecho en su artículo 1 en el que frente al “Estado de todo el pueblo” al que se refería el artículo 1 de la Constitución de la URSS; se ha adoptado por un régimen donde “el hombre, sus derechos y sus libertades deben ser el valor supremo”⁶⁰⁶

Situación muy parecida es la que encontramos respecto a muchos países europeos de la antigua órbita de la Unión Soviética, donde encontramos la impronta del Prokuror socialista. No obstante, cada uno de los Estados ha conjugado la tradición con la voluntad constitucional, formando: sistemas gubernamentales, por ejemplo en Repúblicas Asiáticas, Rumania, Polonia, Sistemas parlamentarios en Albania, Macedonia, Yugoslavia, Sistemas

Federación, y la Cámara Bajo o la Duma estatal. A la primera se le reconoce en el artículo 102 inciso h, la facultad de nombrar y remover de su cargo al Procurador. Esta Cámara está formada por dos diputados de cada sujeto de la Federación rusa.”

⁶⁰⁴ Ver artículo 129.1 Constitución rusa.

⁶⁰⁵ Ver artículo 129.4 y 129.5 Constitución rusa.

⁶⁰⁶ MARTINEZ “aspectos constitucionales...” Pág. 97 en relación al artículo 2 de la Constitución Rusa.

mixtos como Estonia, Letonia, Lituania, Uzbekistán, Moldova, Bulgaria, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría y Sistemas Judiciales como Croacia.

Independientemente del estatuto constitucional del Ministerio Público y de acuerdo con las conclusiones de la reunión multilateral celebrado al respecto por el Consejo de Europa menciona MARTINEZ “prevalecen algunas características del modelo anterior: El Ministerio Público es independiente de los Tribunales se perfila como una institución centralizada de estructura vertical, está fuertemente jerarquizado y su organización depende del orden judicial y de la estructura administrativa del país. La última de las recomendaciones de los expertos en esta reunión fue que “los elementos del antiguo “Poder de Control” que subsisten deben ser orientados hacia la salvaguarda de la legalidad democrática, la primacía del derecho, los derechos humanos, las libertades fundamentales y el interés general”⁶⁰⁷

Con relación al caso de Cuba en donde actualmente pervive un sistema de Ministerio Fiscal heredado del antiguo modelo que funcionó durante la Antigua Unión Soviética. El recorrido político cubano ha devenido a lo largo de la historia reciente en una serie de acontecimientos que han diferenciado esencialmente las instituciones cubanas de las del resto de Ibero América. Así, la revolución socialista de 1959 alteró algunos de los órganos y en muchos casos, con mayor o menor éxito importó estructuras y organizaciones completas del derecho soviético.⁶⁰⁸

Un caso peculiar por la forma en que fue concebido y la transformación que ha ido sufriendo en las últimas décadas ha sido la del Ministerio Fiscal o, como se llamaría más recientemente en Cuba, Fiscalía.⁶⁰⁹ La Fiscalía cubana no guardaba esenciales diferencias con las del resto de Ibero América y, en concreto, era en la práctica una copia exacta de la institución española. La Introducción de nuevas funciones y potestades, en especial que incumbían a la vigilancia de la legalidad, carácter esencial del órgano en la Unión Soviética y los regímenes socialistas de Europa del este por su concepción propia del poder, su función y desempeño, así como la introducción de planteamientos autóctonos, convirtieron al Ministerio Fiscal cubano en una institución propia e interesante de manera principal bajo

⁶⁰⁷ MARTINEZ “aspectos constitucionales...” Pág. 97.

⁶⁰⁸ EVENSON DEBRA “La revolución en la balanza. Derecho y Sociedad en Cuba contemporánea” editorial ILSA Bogotá 1994. Pág. 35

⁶⁰⁹ MARTINEZ “El Ministerio Fiscal en Cuba...” Pág. 19.

la luz de los últimos acontecimientos que, parece ser, modificarán la esencia de la Fiscalía cubana que se acercará a la de un defensor del pueblo de extraordinarios poderes tomando rasgos característicos de los ombudsmen occidentales,⁶¹⁰ figura que no existe en el sistema de garantía de los derechos en Cuba y cuya conveniencia como tal órgano para un país de sus características ha sido fervientemente debatida, hasta el momento negada por la Mayoría de autores.⁶¹¹

La constitución cubana de 1934 dedicaba uno de sus títulos al ministerio Fiscal, como lo hizo con mayor detalle la posterior ley constitucional de 1940. Para ambas constituciones el Ministerio Fiscal debía ser independiente, si bien la posterior trata también de la inamovilidad de los fiscales, además de avanzar un paso más a favor de la independencia de la Figura. Así mientras la norma de 1934 confería al Presidente de la República la facultad de designar a los Fiscales de Audiencias y Tribunal Supremo y Teniente Fiscal del cuerpo, la Constitución de 1940⁶¹² limita en este campo el poder del Presidente de la República por cuando éste sólo podía nombrar y remover al Fiscal del Tribunal Supremo.⁶¹³ Más todavía, la Constitución de 1940 garantiza el ingreso a la carrera fiscal por oposición y señala que el ascenso dentro del cuerpo debe darse de la misma manera indicada para los jueces⁶¹⁴. A partir de la Constitución de 1976 se decidió avanzar en la independencia del Ministerio Público y acercarlo al modelo que estaba en vigor en la Unión Soviética y los países de Europa del Este. La segunda constitución del régimen revolucionario proclamada el 24 de febrero de 1976 dedicaba cuatro artículos a la función fiscal. El objetivo primordial de la Fiscalía General de la República⁶¹⁵ se centraba, copiando al igual que otros países de régimen socialista la fórmula constitucional soviética, en el ejercicio del control de la legalidad socialista y sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la ley y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales y por los ciudadanos.

⁶¹⁰ EVENSON DEBRA “La revolución en la balanza...” Pág. 37.

⁶¹¹ MARTINEZ “El Ministerio Fiscal en Cuba..” Pág. 21. “En especial lo comentan Mariño Castellanos, Ángel Rafael en el “ombudsman Cubano una propuesta” así también lo comentan Arrans Vicente en “ Una propuesta más dentro de los mecanismos e instrumentos de protección y defensa de los derechos y libertades individuales en el proceso penal Cuba 1994.

⁶¹² DE LA FUENTE “Análisis constitucional desde Jimaguayú hasta el 40” Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1989.

⁶¹³ HERNANDEZ CORUJO “Lecciones de Derecho Constitucional Cubana” Editorial Oireilly La Habana 1942 Pág. 93 citado por MARTINEZ “El Ministerio Fiscal en Cuba” .. Pág. 45.

⁶¹⁴ MARTINEZ “El Ministerio Fiscal en Cuba...” Pág. 45.

TERCERA PARTE
EL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL

⁶¹⁵ Ver artículo 130 Constitución Cubana.

CAPITULO IV

EL MINISTERIO FISCAL

EN ESPAÑA.

1. ANTECEDENTES DEL MINISTERIO FISCAL EN ESPAÑA:

El Ministerio Fiscal español, a lo largo de su historia ha ido asumiendo una gran variedad de funciones e incluso ostenta un nombre que ha perdurado... y como lo dice SERRA DOMINGUEZ “a pesar de su falta de idoneidad.”⁶¹⁶

⁶¹⁶ SERRA DOMINGUEZ “El Ministerio Fiscal” Revista de General de Derecho Número 610 –611 1 julio-agosto de 1979 Pág. 613. La palabra Ministerio etimológicamente deriva de las expresiones “manus legis” “Manus regis” Manus pública” vocablos que evocan una fuerza ejecutiva próxima a los principios que informan la actividad administrativa y por otro tanto la conexión existente entre la voz “Fiscal” y el término gramatical “Fisco” MARCHENA GOMEZ “El Ministerio Fiscal, su pasado y su futuro” Marcial Pons ediciones jurídicas S.A. Madrid 1992. Pág. 86.nos hacen ver una conexión directa con la función administrativa. pero en ocasiones la naturaleza jurídica de las instituciones aparece de forma nítida avalada por una trayectoria histórica constante por un perfil normativo definido y por un acuerdo doctrinal en cuanto a sus rasgos esenciales. Esta característica no es el caso del Ministerio Fiscal como acertadamente señala PRIETO CASTRO: “Mientras que la misión esencial de los jueces ha sido siempre la misma con ligeras variantes, la del Fiscal ha adoptado múltiples facetas, y mientras que los componentes jurisdiccionales de los Tribunales de Justicia han sido objeto de estudio desde hace milenios, el Ministerio Fiscal es una institución que toda vía halla en período constituyente respecto de la inteligencia y amplitud de sus funciones PRIETO CASTRO; “Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal” ED. Revista de Derecho Privado, Madrid 1964 Pág. 4.Las variaciones en la trayectoria evolutiva del Ministerio Fiscal son entendidas como diversas concepción del Estado, del Poder y de la defensa del interés público así como del sistema de proceso penal. RUIZ VADILLO “Consideraciones sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal” en Revista de Derecho Judicial año I, número 2 abril junio 1960 Pág. 118.RUIZ VADILLO manifiesta que “ocurre muchas veces que las instituciones nacen para cumplir una misión y andando el tiempo conservan el viejo ropaje y la antigua denominación y, sin embargo, cumplen otra totalmente distinta. En el Fiscal varió poco el contienen pero se transformó esencialmente el contenido.” Conocer la naturaleza jurídica del Ministerio público aunque por sus características plantea cierta dificultad en el sentido de precisar su raíz u órbita de gravedad de la cual pende, es por ello que uno de los problemas que plantea el tema es explicar el significado real de principios aparentemente contradictorios, de funciones extraordinariamente amplias y explicar el objeto y fin de una estructura orgánica singular, todo ello para lograr proporcionar un concepto homogéneo y su posición institucional en el actual y moderno estado derecho como marco jurídico y político en el que se desenvuelve. La Naturaleza del Ministerio fiscal cumple una función de unidad y de identidad por lo que al analizar su estructura, sus principios, sus funciones y en especial su naturaleza como un solo cuerpo es la base para comprender su real e importante significado. La doctrina se encuentra polarizada en la búsqueda de su naturaleza encuadrando al ministerio fiscal en uno de los tres poderes clásicos del Estado buscando afanosamente su naturaleza, y como apunta LOPEZ AGUILAR “Es un denodado esfuerzo por incardinarlo.” LOPEZ AGUILAR “La justicia y sus problemas en la constitución” en Tecnos Temas clave de la constitución Española, Madrid 1996 Pág. 165 Si bien es cierto que el Ministerio Fiscal es un órgano que forma parte de la estructura del Estado tiene una dimensión institucional que se mueve en el campo del derecho público y en el marco de la estructura política del juego de poderes. Con respecto a su actividad Procesal deviene como consecuencia de su naturaleza jurídica ya que lo procesal va a determinar en ultima ratio su organización. Es por ello que acertar con la naturaleza jurídica de la institución que se estudia es acertar en buena medida a una interpretación y adecuación adecuada toda vez que de la naturaleza jurídica se depende el enfoque que se le

Es pues el instituto que se estudia, en el presente trabajo, una institución supeditada a un conjunto de valores de una sociedad, que cuando estos valores cambian, por ende el estímulo que produce es un cambio en la concepción de la institución que se estudia.

Una idea bien precisa y que puede servir como ejemplo es la que nos proporciona el autor ZAFRA cuando manifiesta que “La defensa de los intereses económicos del Fisco, que se confunden con los intereses del Rey en los tiempos medievales así como la abundancia de las penas pecuniarias y la participación que en ellas tenía el tesoro real hicieron conveniente la colocación de un funcionario real para salvaguardar el interés fiscal.”⁶¹⁷ Función que hoy día claro esta dista mucho de la actual, pero es en gracia al fruto de un cambio de raíz del papel del Ministerio Fiscal, desde el momento en que su misión no va a desarrollarse como defensor de los intereses del Fisco, sino como defensor de los intereses de la sociedad.

Es en este orden de argumentos el autor MARTINEZ pone en contexto que con relación al Ministerio Fiscal en España “No debe de perderse la tradición de cercanía al Ejecutivo,⁶¹⁸ así como la función de velar por los intereses sociales y todas aquellas que arrastra ésta como principal, toda vez que jugará en absoluto primer término en el nuevo Ministerio Fiscal, Intereses sociales que hoy día no pueden asimilarse a los del Estado.”⁶¹⁹

Esto no resta importancia al hecho de que el inmediato predecesor español a la figura tal y como se perfila en las leyes de esta actualidad, se creara como representante del interés del Estado, desde el punto de vista de la defensa de la legalidad, procedente de los principios inspiradores de la Revolución Liberal. Efectivamente dice SERRA

de: A las facultades de dirección en la investigación criminal: B la responsabilidad política por el funcionamiento de la acción pública, C La eficacia de una verdadera política criminal D. A los criterios en la propuestas de nombramientos y cese del Fiscal General, E. Al Alcance del principio de legalidad en la persecución penal, F. A la conveniencia o no de la aplicación del principio de oportunidad reglada. Tópicos que dimanen de acuerdo al signo que marque la naturaleza jurídica de la institución. Acertar con la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal no es un problema Matemático, no se trata de encontrar la teoría correcta porque probablemente ésta no exista en realidad o, al menos, no sea una única teoría, las claves de la cuestión son en buena medida claves de interpretación y adecuación.

⁶¹⁷ ZAFRA J: “Posición del Ministerio Fiscal en el futuro proceso penal” Revista de Derecho Procesal número 4 Madrid 1961. Pág.755.

⁶¹⁸ aunque hoy por supuesto, la razón de esta dependencia es otra que poco tiene que ver con la defensa de los intereses del Estado

⁶¹⁹ En este sentido los perfiles de Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal son absolutamente diferentes en nuestro ordenamiento jurídico y muy particularmente en sus funciones en Guatemala también existe una clara diferencia al respecto toda vez que para los intereses del Estado se encuentra la institución denominada “Procuraduría General de la Nación” y para los intereses sociales en defensa de la legalidad se encuentra la institución del Ministerio Público”

DOMÍNGUEZ “Si los tribunales no pueden satisfacer, precisamente por su independencia el interés del Estado en la observancia de las leyes era indispensable crear un órgano, esencialmente dependiente del Estado, que tuviera asignada la misión de velar por el exacto cumplimiento de las leyes por parte de los Tribunales, se trataba de encontrar un depositario del interés del Estado en la efectividad práctica de la ley.”⁶²⁰ “Este nuevo rol confiere a la figura que va asumir los cambios, una dimensión innovadora y rompe con las funciones que con anterioridad habían constituido su razón de ser para convertirse en el Originario Ministerio Fiscal”⁶²¹

Cuando se intenta acercarse a los remotos antecedentes del Ministerio Fiscal, tampoco existe acuerdo entre los autores sobre cuál figura puede predicarse la calidad de antecesor real del Ministerio público en España, es pues que se tratará de manera breve al desarrollo histórico de los antecedentes españoles de esta figura, al igual que los distintos acontecimientos políticos que de una u otra manera han influido en la base de los distintos basamentos legales que han sustentado nuestra institución, manteniendo la tesis principal sobre el origen del Fiscal como defensor de la legalidad y de los intereses sociales a partir del Estado Moderno a merced de que oportunamente en capítulos anteriores se ha desarrollado sus antecedentes más remotos.

Y para comenzar con el presente relato, se debe de recordar las figuras relacionadas a los especiales cargos de confianza real y guardianes de los intereses del Monarca, que subsistieron con el nacimiento del Estado Moderno, cuando constituirían, durante la época de los Reyes Católicos "el Fiscal," que se menciona en el **Ordenamiento de Madrigal de 1476**, el Procurador Fiscal de las **Cortes de Toledo de 1480**, o “nuestros fiscales” como dice las **Cortes de Toledo de 1525** bajo el reinado del primer Austria.⁶²²

Más tarde se hablaría de los Procuradores Fiscales del Consejo, todas estas figuras se adaptan con pocos cambios a las características y tareas del funcionario de confianza del Rey dedicado a la defensa de sus intereses.⁶²³ Debe recordarse aquí una nota importante, por cuanto incidirá en la conformación posterior de todos los órganos que participan en la administración de la justicia.

⁶²⁰ SERRA DOMÍNGUEZ "El Ministerio Fiscal.." Pág. 615.

⁶²¹ SERRA DOMINGUEZ “el Ministerio Fiscal...” Pág. 615.

⁶²² SERRA DOMINGUEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 617

⁶²³ FLORES PRADA “El Ministerio....” Pág. 345.

Con los Reyes Católicos se reforma la Administración de Justicia,⁶²⁴ principalmente a partir de **las Cortes del Toro de 1480** con el objetivo de ofrecer los medios para que la función de juzgar pasase a ser una atribución del Estado ejercitada por funcionarios designados por el soberano.⁶²⁵ Con ello, como pasaría en muchos otros campos, la jurisdicción real fue tomando fuerza, frente a las especiales y señoriales y como pusiera de manifiesto PEREZ BUSTAMENTE “Triunfará plenamente el procedimiento inquisitivo frente al acusatorio reflejándose orgánicamente con la presencia de los Pesquisidores y de los Procuradores Fiscales establecidos en todas las Chancillerías y Audiencias⁶²⁶.” Las sucesivas reformas⁶²⁷ de los Austrias y los Borbones ampliaron el número de tribunales dependientes de la corona y se dirigieron con los segundos, a la uniformización de los órganos encargados de administrar justicia. Pero no fueron modificadas en ningún aspecto sustancial las funciones de los fiscales y procuradores fiscales, en el sentido de que sus esfuerzos estaban por completo destinados a la defensa del interés particular de los monarcas. Todavía no se había producido el cambio en el conjunto de valores socialmente imperantes.

En **el proceso revolucionario de 1789** el autor ARENDT explica “Las revoluciones constituyen los únicos acontecimientos políticos que nos ponen directa e inevitablemente en contacto con el problema de Origen”⁶²⁸ Los principios liberales que se desprendieron de la Revolución Francesa inaugurarían un nuevo periodo en la concepción de la vida del hombre y sentarían las bases de la destrucción del Antiguo Régimen, ofrecerían una nueva concepción de la ley, de la sociedad justificarían un nuevo origen.⁶²⁹ No obstante, las ideas revolucionarias que marcaran la línea del antes y del después de la historia de la humanidad tardarían cerca de un siglo, incluso más según los casos, en plasmarse en la legislación española, salvo alguna afortunada aunque poco duradera excepción.

De esta manera la misma aparición en 1805 de la última de las grandes recopilaciones españolas del Antiguo régimen demuestra que no existía ninguna voluntad de trasladar los

⁶²⁴ MARCHENA GOMEZ “El Misterio fiscal..” Pág. 34.

⁶²⁵ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 109.

⁶²⁶ PEREZ BUSTAMENTE “Historia de las instituciones Públicas de España” Universidad Complutense Madrid 1005 Pág. 163.

⁶²⁷ Ver MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 109 “que la Chancillería Real se estableció permanentemente en Valladolid en 1489. En 1494 se creó otra Chancillería en Ciudad Real, que posteriormente se trasladaría a Granada.”

⁶²⁸ ARENDT; HANNAH “sobre la Revolución” Alianza, Madrid 1988 Pág. 21.

principios liberales a un país de las características de la España de principios del siglo XIX.⁶³⁰ Es en el **esfuerzo constitucional de 1812**⁶³¹ en el cual se asentaría este conservadurismo “La intervención de la Santa Alianza en España pone fin al Trienio Liberal y restaura en toda plenitud de sus atribuciones las fórmulas políticas e institucionales del Antiguo Régimen.”⁶³²

Por lo tanto todo ello la Novísima Recopilación, que vio la luz de la manera más arcaica cuando en muchos países europeos habían comenzado a divisarse los primeros albores de la codificación liberal, contenía las disposiciones sobre el Fiscal conservando las características de esta figura que se ha venido siguiendo. Las leyes dieciochescas que incluye siguen tratando, por ejemplo del Procurador Fiscal y de mi Fiscal,⁶³³ en un contexto en el que “claramente puede verse el carácter de funcionario de la Hacienda Pública” de esta manera el “polimorfismo y la multifuncionalidad del cargo del Fiscal son las características fundamentales del periodo dominado legislativamente por la Novísima”⁶³⁴.

Con esto, ya de por sí “el desarrollo de las consecuencias para el Ministerio Fiscal de las concepciones político filosóficas de la Revolución Francesa va a ser tardío, siéndolo también su recepción en España y en definitiva la floración en ésta de una ordenación unitaria, sistemática y racional del Ministerio Fiscal que no tendrá lugar sino del brazo de la influencia francesa a través de **la Ley orgánica del Poder Judicial de 1870**.”⁶³⁵

A medida que se adentra en el siglo XIX irán apareciendo innovadoras disposiciones que comenzarán a conformar lo que hoy en día es el Ministerio Fiscal español. Tímidamente y de manera paulatina, se dejará notar en la legislación de este país europeo la influencia del revulsivo que significó para la administración de justicia el

⁶²⁹ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 109.

⁶³⁰ PEREZ BUSTAMANTE “Historia...” Pág. 210.

⁶³¹ MARCHENA "El Ministerio fiscal..." Pág. 33 " Los aires aperturistas de la Constitución de Cádiz, trajeron consigo una nueva orientación estructural de lo que debía ser una Administración de Justicia moderna y eficaz. Fruto de aquellos trabajos parlamentarios fue el decreto de 17 de abril de 1812 en virtud del cual se creaba en sustitución de los antiguos Consejos, el Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional al que se adscribieron dos fiscales, que a tenor del Decreto de 13 de marzo de 1814 vieron reforzados sus posibilidades funcionales al nombrar a dos auxiliares por cada uno de Aquellos"

⁶³² PEREZ BUSTAMANTE “Historia...” Pág. 210.

⁶³³ FERNANDEZ MARTIN GRANIZO “El Ministerio Fiscal en España (notas para una futura construcción de dicha figura y estudio de su posición el Derecho Procesal Español.” Separata de Documentación jurídica números 10 y 11 Madrid 1977.Pág. 63 que al respecto manifiesta “ ver el Libro IV , Ley IX DEL Titulo II así también ver el Libro II Ley I del Titulo V”

⁶³⁴ MARTINEZ "Aspectos constitucionales..." Pág. 109.

⁶³⁵ LORENTE HURTADO "Estatuto del Ministerio Fiscal" Pág. 19.

triunfo de los principios revolucionarios. No fue en ningún modo una ruptura traumática con el régimen anterior. Antes bien se trató de una serie de reformas introducidas muchas de ellas con sumas dificultades, destinadas de facto a conservar lo esencial de quienes retenían el poder realizando los cambios pertinentes con el fin de evitar los drásticos efectos del triunfo de un liberalismo radical.

La influencia del pensamiento francés se hará notar en lo que se refiere al Ministerio Fiscal en la legislación española a partir del **Real Decreto de fecha 26 de septiembre de 1835**⁶³⁶ constatará “La atribución por primera vez a los Promotores fiscales de la condición procesal de parte “ en toda causa criminal sobre delito que por pertenecer a la clase de público puede perseguirse de oficio... aunque haya acusador o querellante particular.⁶³⁷ Debe hacerse notar que al mismo tiempo que “sigue manteniéndose la vinculación al sujeto que representa el Poder: Monarca- Estado- Gobierno”⁶³⁸

⁶³⁶ MARCHENA GOMEZ "El Ministerio Fiscal..." Pág. 35 " Instituye al "promotor fiscal" como parte en toda causa criminal perseguible de oficio ver (artículo 51-15) si bien le reconoce independencia de opinión en el ejercicio de sus funciones, con la consecuencia ineludible de establecer una responsabilidad individual directa y personal del funcionario del Ministerio Publico que actúa en representación de este (artículo 105.2) Al propio tiempo, el texto legal aludido adscribió a los Juzgados de primera instancia funcionarios fiscales a los que denomino, con una terminología que todavía sobrevive en la ley de enjuiciamiento civil "promotores fiscales" en el ámbito de la jurisdicción civil" los fiscales del Tribunal supremo están además particularmente obligados, bajo sus más estrecha responsabilidad a promover con toda actividad las demandas pendientes y entablar de nuevo eficazísimamente todas las que correspondan sobre las fincas, rentas y derechos que deban incorporarse o revertir a la Corona ver artículo (104.4) Se suele señalar el Reglamento provisional de 1835 como el cuerpo normativo que instituyó de manera diáfana los principios de legalidad e imparcialidad como filtro de actuación del Ministerio Público. El órgano de acusación pública había de ser tan justo e imparcial como la ley."FLORES PRADA "El Ministerio Fiscal..." Pág. 124 " Será a partir de 1835 cuando en el marco de un clima político más proclive a la regeneración que al retroceso y con ocasión de la publicación del reglamento provisional para la administración de justicia, la concepción institucional del Ministerio Fiscal comienza a experimentar un importante giro. En efecto de la lectura de algunas disposiciones contenidas en el citado reglamento se desprenden nuevos perfiles definitorios de la institución entre los que habría que destacar la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en todas las causas en las que se ventilen delitos públicos la defensa de la causa pública y de la real jurisdicción ordinaria, en la que se mantiene una clara vinculación con la Corona. y finalmente la independencia de opinión que se reconoce a la institución en el ejercicio de sus funciones así como el germen de los principios de legalidad e imparcialidad en su actuación."así también señala HUET " Algunas observaciones..." Pág. 170 " con la modesta forma de reglamento provisional se fijaron poco después de la creación de los Promotores Fiscales, reglas importantísimas para el ejercicio de la acción pública y para los deberes de aquellos a quienes encomendaba se deslindaron sus facultades, y si en aquellos pasos no llegó a completarse, la obra quedo desde luego muy adelantada y fijado el verdadero carácter que corresponde al Ministerio Fiscal." ANDRES IBÁÑEZ " El Ministerio Fiscal" en Poder Judicial, Temas clave de la Constitución Española, Tecnos Madrid 1986 Pág. 378. " Con referencia a la regulación de la institución en el reglamento provisional de 1836 que en el mismo se habría dado un paso definitivo hacia la obligatoriedad que hoy tiene la presencia del Ministerio Fiscal en el proceso, aunque todavía desde una articulación orgánica bien diferente, que como acabamos de ver sugiere su estatuto profesional."

⁶³⁷ LORENTE HURTADO “Estatuto del Ministerio Fiscal” Pág. 15.

⁶³⁸ FERNANDEZ MARTIN GRANIZO “El Ministerio Fiscal en España...” Pág.73.

Se dispone que los fiscales y promotores fiscales nótese la diferenciación que se realiza la ley sobre estas dos figuras señala FERNANDEZ hasta ese momento utilizadas como sinónimas deben encargarse de “promover la persecución y el castigo de los delitos que perjudican a la sociedad”⁶³⁹ lo cual sin duda nos acerca de manera relevante hacia la institución que estudiamos. Defendiendo una interpretación diferente se ha escrito **que en el Reglamento de 1835** aparecen “consagrados la sumisión del fiscal a la legalidad y a la imparcialidad y su carácter independiente y de magistratura paralela a la de los jueces, valores que han de tardar más de un siglo en volver a ser reconocidos.”⁶⁴⁰ Los rasgos generales descritos se mantienen en la legislación posterior, toda ella marcadamente influida por el modelo francés y en la cual destacan el **Decreto de 26 de enero de 1844**,⁶⁴¹ el **Real decreto de 20 de junio de 1852**,⁶⁴² el **decreto de 5 de octubre de 1855 que aprobaría el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento civil o la Ley de Enjuiciamiento Criminal de fecha 22 de diciembre de 1872**.⁶⁴³ Todas las anteriores leyes mantenían el “carácter hacendístico”⁶⁴⁴ de algunas funciones de los Fiscales.

El componente legislativo que más se acercó a lo que llegaría a ser el Ministerio fiscal y que en este aspecto puede considerarse como punto de partida en la organización de éste, **es la Ley orgánica del Poder Judicial**, normativa que se aprobó con el carácter de

⁶³⁹ FERNANDEZ MARTIN GRANIZO “El Ministerio Fiscal en España...” Pág. 73.

⁶⁴⁰ FERNANDEZ MARTIN GRANIZO “El Ministerio Fiscal en España...” Pág. 72. También señala que “Habría por primera vez de los funcionarios del Ministerio Fiscal y mantendría la misma e imprecisa y contradictoria tesis de un Ministerio Fiscal parte y no parte”

⁶⁴¹ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 37. “El Real decreto de 26 de enero de 1844 y completando a éste, la Real orden de 30 de enero del mismo año fijaron fundamentalmente medidas de corrección disciplinarias de los miembros del instituto.” FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 129. “Mediante el decreto 1844 se trabaja sobre los principios de unidad y dependencia en cada órgano de la institución creando un solo Fiscal en el Tribunal supremo así como uno en cada audiencia, bajo cuya dirección se situaba a los auxiliares correspondientes, se establece la obligatoriedad del fiscal de asistir a estrados así como el orden de intervención en los mismos” LOPEZ LOPEZ “El Ministerio fiscal...” Pág. 98 “ Es curioso constatar que hasta estos años, no tan lejanos, aunque el Ministerio Fiscal seguía manteniendo una rígida dependencia externa con el poder Ejecutivo, sin embargo, internamente todavía carecía de ella. Los distintos componentes de la Carrera Fiscal todavía seguían sin lazos de subordinación entre ellos”

⁶⁴² MARCHENA GOMEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 38. “ El real decreto sobre jurisdicción de hacienda y represión de los delitos de Contrabando y defraudación establecía en su artículo 15 que “el ministro de hacienda, por sí, o por medio de la dirección general de lo contencioso podrá pedir a los jueces y tribunales que conozcan de los negocios y causas a que se refiere este decreto, cuantos datos noticias o informes estimen convenientes para la propia y recta administración de justicia y con el propio objeto comunicara las ordenes necesarias a todos los agentes del ministerio Fiscal.”

⁶⁴³ FERNANDEZ MARTIN GRANIZO “El Ministerio fiscal...” Pág. 72.

⁶⁴⁴ LORENTE HURTADO “Estatuto del Ministerio Fiscal...” Pág. 15.

provisional el 15 de septiembre de 1870⁶⁴⁵. El artículo 763 de esta norma señala que “El Ministerio Fiscal, velará por 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.”⁶⁴⁶ Desde la perspectiva con que se defiende la función primera del Fiscal, no es riguroso afirmar que en la Ley orgánica del poder judicial de 1870 “Se contemplaría al Ministerio Fiscal bajo el mismo prisma conceptual que en épocas anteriores”⁶⁴⁷ Por una parte, las funciones para este órgano son muy semejantes a las que en él serían confiadas más tarde, pero hay que incidir además en la importancia expresa constatación del interés público. El fiscal tendrá la obligación de promover la justicia en lo que concierne al interés de la sociedad, según sus necesidades y en aquello que le favorezca y no de acuerdo con los intereses del soberano. Las menciones al gobierno no se realizan a un órgano unipersonal de carácter hereditario, sino a uno de los tres poderes en cuya división debía fundamentarse el estado contemporáneo.⁶⁴⁸

No puede dejarse de observar que la Ley Orgánica del Poder Judicial encarga al Ministerio Público la representación del gobierno en los Tribunales, función que hoy en día corresponde, en España al Abogado del Estado,⁶⁴⁹ y en Guatemala a la Procuraduría General de la Nación⁶⁵⁰. Ciertamente como lo pone de manifiesto FERNANDEZ MARTIN

⁶⁴⁵ FLORES PRADA " El ministerio..." Pág. 131. " Tan solo un año después de la promulgación de la constitución de 1869 de corte marcadamente progresista y donde por primera vez se utiliza la denominación Poder Judicial, quedará aprobado por las Cortes el Proyecto de Ley provisional sobre organización de tribunales con la denominación final de Ley provisional sobre organización del Poder Judicial" En el marco del movimiento codificador y directamente influenciada por el espíritu de la nueva constitución nació esta ley con vocación de solventar el caos reinante a lo largo del siglo XIX en la Administración de justicia española, carente de una ordenación sistemática, completa y adecuada al nuevo modelo de Estado, constituyendo ala vez la base imprescindible para acometer la anunciada reforma de las leyes procesales civil y criminal."MARCHENA GOMEZ "El Ministerio Fiscal..." Pág. 72 " La ley encargada del la organización del Poder Judicial introdujo una regulación del Ministerio Fiscal que no obstante el carácter provisional que el propio legislador expresaba, iba perdurar en los distintos textos legales que sucedieron a aquélla. su definición como órgano de representación del gobierno en sus relaciones con el Poder judicial, trató de sintetizar una evolución histórica de la figura ala que, a partir de entonces, resultaba indispensable adicionar otros cometidos al margen de su condición de valedor de los intereses patrimoniales del Estado. Esa sentida necesidad originada por los nuevos derroteros por los que discurría el enjuiciamiento penal provocó una larvada contradicción que al tener su fundamento en la propia ley encargada de definir sus rasgos esenciales, se trasladó a los textos procesales que desarrollaron aquélla."

⁶⁴⁶ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 113, al igual que MARCHENA GOMEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 33.

⁶⁴⁷ FERNANDEZ MARTIN GRANIZO “El Ministerio Fiscal...” Pág. 73.

⁶⁴⁸ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 114.

⁶⁴⁹ MUÑOZ CALVO "La independencia del Ministerio Fiscal..." Pág. 2,160.

⁶⁵⁰ Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala “La procuraduría General de la Nación tiene a su cargo la función de asesoría y consultaría de los órganos y entidades estatales...”

GRANIZO “la ley no se desvinculó de la influencia francesa que de este modo relaciona al Ejecutivo con el Judicial⁶⁵¹” Pero si bien es cierto el nacimiento originario del fiscal surge del cruce de una nueva institución con otras ya existentes utilizadas para ello. Esto es de la asimilación por parte de figuras antiguas, con remotísimos antecedentes, de una serie de funciones y potestades que cambiarían definitivamente sus objetivos y su razón de ser.⁶⁵² Es más la representación del Gobierno se configuraba como una función añadida a aquélla principal de defensa de los intereses públicos. Tanto el Estatuto de 1926, que pasará a analizarse seguidamente, como la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, se inspiraron en una doble fuente la tradición histórica de España, y la organización y el sistema francés.⁶⁵³ Además, la representación del Gobierno ante los Tribunales en aquel momento histórico no es más que “El principio aceptado en Francia, del Ministerio Fiscal como efecto conjunto de la división de poderes, introducida por la Revolución Francesa, y de la necesidad del Ejecutivo de hacerse presente en el funcionamiento del Poder Judicial, para realizar en el mismo los intereses de su política⁶⁵⁴,” de hecho la representación de la Administración y la Hacienda Pública ante la justicia se había eliminado cuatro años antes de la proclamación de la ley orgánica del poder judicial cuando el **real decreto de fecha 16 de marzo de 1866** creó el cuerpo de abogados del Estado, a los que correspondería según su artículo 5º. A partir de entonces, “la representación y defensa en juicio de la Hacienda ante los tribunales⁶⁵⁵

Es pues que con la Ley orgánica del Poder judicial de 1870 cuando se puede hablar de una verdadera desvinculación por parte del Ministerio Fiscal del lastre que perduraba de sus antecedentes en el Antiguo Régimen. En las palabras precisas y puntuales de LORENE HURTADO la Ley orgánica del poder judicial de 1870 “supone, acogiendo las concepciones francesas, un cambio en la línea de evolución histórica del Ministerio Fiscal de España, que partiendo de ideas de directiva vinculación a los soberanos, había dado lugar a un Ministerio Fiscal cristalizado principalmente en el citado decreto de 1835, regido

⁶⁵¹ FERNANDEZ MARTIN GRANIZO “El Ministerio Fiscal...” Pág. 85. “Reprochable inspiración en el sistema político jurídico francés, de indudable factura montesquiana, que a su vez parte de que el Poder ejecutivo quiere seguir manteniendo su supremacía sobre los demás, lo cual pretende por lo que al judicial se refiere, creando la figura del Fiscal como órgano de enlace entre dicho Ejecutivo y la Administración de Justicia.”

⁶⁵² MARTINEZ “aspectos constitucionales...” Pág. 115.

⁶⁵³ FERNANDEZ MARTIN GRANIZO “El ministerio fiscal...” Pág. 87.

⁶⁵⁴ LORENTE HURTADO “Estatuto del Ministerio...” Pág. 16.

principalmente por los principios de legalidad e imparcialidad y que gozaba de independencia en su actuación de la ley, sin perjuicio de mantener incorporada la función de defensa de la Hacienda Pública.”⁶⁵⁶

Siguiendo con el libelo estatuario y legal del Ministerio Fiscal nos corresponde analizar **El estatuto de 21 de junio de 1926**⁶⁵⁷ mismo que fue fruto de la necesidad de reorganizar la institución del fiscal, después de los importantes cambios que tuvieron lugar con la Ley Orgánica del poder judicial de 1870 y algunas leyes posteriores, principalmente la Ley de enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881 y la ley de enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882. Como novedad, el Estatuto de 1926 según el autor MARTINEZ cumple con la deseada y, para la realización eficiente de sus funciones, tan necesaria separación entre las carreras judicial y fiscal.⁶⁵⁸

La inspiración del Estatuto, como se apunto anteriormente, se encuentra en el sistema francés y su adaptación en figuras tradicionales del ordenamiento español. El artículo 1 contiene algunos elementos del artículo 5º. De la ley de 1870 desde el momento en que ordena que “el Ministerio Fiscal tiene por misión esencial velar por la observancia de las leyes y demás disposiciones referentes a organización de los juzgados y tribunales, promover la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público y representar al gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial, procurando siempre imparcialmente el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social.”⁶⁵⁹ Es obvia la caracterización general del instituto que nos ocupa. Se consolida la finalidad de promover la acción de la justicia en beneficio del interés público y se apuntan, como había tenido lugar en el reglamento de 1835 los principios de imparcialidad y legalidad que hasta hoy día en todos los países se ha mantenido. No menos esclarecedora de lo que llegaría a ser el

⁶⁵⁵ MARCHENA GOMEZ “El ministerio fiscal...” Pág. 73.

⁶⁵⁶ LORENTE HURTADO “Estatuto del Ministerio...” Pág. 16.

⁶⁵⁷ MARCHENA GOMEZ "El Ministerio Fiscal..." Pág. 76 " El valor real de las disposiciones del Estatuto de 1926 va mucho más allá de una mera significación histórica, pues no en vano aquel ha mantenido su vigencia hasta la derogación expresa que realizara el vigente estatuto de fecha 30 de diciembre de 1981 ello supone que su vigor normativo en la medida en que perduro incluso después de aprobada la constitución de 1978 ha servido para reforzar la caracterización del Fiscal como "órgano de representación del gobierno ante el Poder Judicial" el legislador lejos de acomodarse estatutariamente a los nuevos aires constitucionales, siguió anclado en una definición el Ministerio Fiscal, que ideada por la Ley orgánica del >Poder judicial de 1870 estaba clamando por si sola su superación. por lo que nada innova en esencia el estatuto de 1926 de cara a la dimensión orgánica del Ministerio Fiscal."

⁶⁵⁸ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 115.

⁶⁵⁹ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 116.

Ministerio Público en la función que se le encomienda de procurar la satisfacción del interés social. Por lo que se ha criticado sobremanera⁶⁶⁰ la función de representación del gobierno ante órganos encargados de administrar justicia, se ha dicho a este respecto que el Estado poder aprovechó por un lado los “falsos antecedentes históricos y, por otro, el predominio y recelo, siempre patente, del Poder ejecutivo sobre el legislativo y el judicial para situar cerca de este último, el más independiente acaso de los tres poderes clásicos, un órgano de su confianza al que para mejor conseguir sus propósitos construye como Institución compleja e imprecisa entre cuyas atribuciones se encuentra representar al Gobierno, sinónimo del Poder Ejecutivo, en sus relaciones con el poder judicial.”⁶⁶¹

Es por ello que MARTINEZ considera que de aquí podría apoyarse la tesis asimismo en el principio de dependencia del Ejecutivo que sin duda nos muestra el redactado de la norma, cuando determina que “el fiscal del Tribunal Supremo, será el jefe del Ministerio Fiscal de toda la Monarquía bajo la inmediata dependencia del Ministerio de Gracia y Justicia.”⁶⁶²

Estas afirmaciones deben ser matizadas entendiendo el marco histórico en que se desarrolló el Estatuto y la función que en aquel momento quiso otorgársele a la nueva institución. Si bien es cierto que el Ministerio Fiscal según está redactada esta norma representa al gobierno ante los tribunales, no lo es menos que ésta podría ser una función habitual como, de hecho, hemos visto que sucede en algunos a Países bien cercanos cultural, histórica y geográficamente al de España.

Debe insistirse en que el problema en este momento no es de quién dependen, ni qué otras funciones desempeña, la pregunta que debe hacerse aquí es: ¿si la función principal del Fiscal guarda relación con el interés particular del soberano? o, por el contrario ¿con el interés público del ciudadano? Semejante crítica debería hacerse, en todo caso, a la falta de elección democrática del Gobierno que es representado ante los Tribunales por el Ministerio Fiscal. Esquivando caer en la ingenuidad, no puede ocultarse que las facultades del fiscal son lo suficientemente poderosas como para atraer el deseo de

⁶⁶⁰ DE MIGUEL GARCI LOPEZ “Fiscalía y Fiscales” en AA.VV. Cincuentenario del Ministerio Fiscal, Fiscalía de la Audiencia Territorial de Burgos, Burgos, 1977.

⁶⁶¹ Ver el artículo 1º. Del Estatuto también FERNANDE Z MARTIN GRANIZO “El Ministerio fiscal en España...” Pág. 88 “o si e prefiere vigilar la Judicatura en General en nombre del Gobierno y Como órgano de Confianza del mismo”

⁶⁶² MARTINEZ “aspectos constitucionales...” Pág. 117.

control del Ejecutivo y se conocen varios esquemas del Ministerio Público en los que se da así este control.

Esto sin más no obstante no deslegitima al Fiscal, siempre y cuando se trate de un Gobierno elegido por un Parlamento democrático. El ejecutivo más poderoso, el del régimen autoritario, así sirve para deslegitimar esa representación del Fiscal ante los Tribunales, que generalmente se convertirá en un control inaceptable hacia ya no los intereses públicos sino los propios del órgano dominante.

Por ello el primer reglamento orgánico del estatuto, que aprobó **el real decreto de fecha 28 de febrero de 1927**⁶⁶³ según LORENTE “en cierto modo el Estatuto al instituir la representación del Gobierno como nota fundamental en cuyo ejercicio se realizan la totalidad de las funciones propias del Ministerio Público. En cierto modo este primer reglamento resulta antecedentes de la legislación del franquismo que convertirá la representación o comunicación del gobierno en el elemento definidor del Ministerio Fiscal.”⁶⁶⁴ En ningún modo en un Estado Democrático debería el Ministerio Público entenderse de otra manera, por cuanto está vinculado a los principios de legalidad e imparcialidad, si bien el estatuto de 1926 así como las leyes posteriores, sin quebrar en ningún momento con lo que hemos visto ha sido la norma general durante siglos de las figuras históricas que antecieron al fiscal, apuestan por una posición claramente gubernamental, quizás no sea tan fácil determinar de esta manera al Ministerio Fiscal a la luz de la constitución de 1978 y particularmente de la normativa que la desarrolla.

La constitución de la República Española de fecha 9 de diciembre de 1931⁶⁶⁵ comprenderá por vez primera en un texto constitucional español la institución del

⁶⁶³ MARCHENA " El ministerio..." Pág. 80 " El estatuto de 1926 reconoció su desarrollo reglamentario un año más tarde cuando el 26 de febrero de 1927 se promulga el Reglamento orgánico. acorde con la finalidad que persigue todo texto reglamentario, los criterios inspiradores del Estatuto se refuerzan y consolidan extendiendo su eficacia a aspectos más precisos de la organización del Ministerio Fiscal incluso cabe registrar un robustecimiento de la idea del fiscal como representante del gobierno solo a él subordinado, puesto que, no en vano, el artículo 1 del reglamento orgánico suprime la referencia al desideratum que animaba el correlativo precepto del Estatuto cuando se refería ala necesidad y de procurar " siempre imparcialmente el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción el interés social"

⁶⁶⁴ LORENTE HURTADO "Estatuto del Ministerio Fiscal..." Pág. 18.

⁶⁶⁵ FLORES PRADA "El Ministerio Fiscal..." La segunda experiencia republica de 1931 a 1939 difícilmente puede entenderse fuera del complejo contexto histórico que la propicia, cuyo análisis se excede con mucho de los límites propuestos en este trabajo en lo que respectiva a la trayectoria evolutiva del Ministerio Fiscal. Baste decir aquí que la descomposición del régimen monárquico encuentra su punto álgido a finales de la década de los veinte en la que las cuestiones agraria, social militar, política y religiosa alcanzan su clima que enciende el enfrentamiento político entre las clásicas dos Españas y que acabará desembocando en la guerra

Ministerio Fiscal. Con anterioridad solo la constitución de Bayona de fecha 8 de julio de 1808 se había ocupado del Fiscal,⁶⁶⁶ pero en su versión anterior a la Asunción de las peculiaridades que harán derivar a aquella figura en el Ministerio Fiscal Contemporáneo.

Algo importante es observar el artículo 104 de la Constitución de 1931 que otorgo un paso más en los principios de legalidad e independencia del Fiscal, aun con alguna expresión desafortunada al asimilar en exclusiva inconscientemente la Administración de Justicia a los jueces y magistrados dicho precepto reza de la siguiente manera: " El Ministerio Fiscal velara por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. Constituirá un solo cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de la Justicia"

Este precepto señala a un Ministerio Fiscal órgano concurrente a la realización de la justicia, mediante el cumplimiento de las leyes y la persecución del Interés social, unitariamente organizado, sometido a la legalidad e independiente.⁶⁶⁷ Características que no solo ya no le abandonarían, sino que acabarían por constituir elementos fundamentales en su actual configuración constitucional.⁶⁶⁸

civil de 1936. Un clima revolucionario que, sin embargo, propicia una valiosísima constitución cuya escasa vigencia por circunstancias conocidas, no puede empañar su vinculación con los textos constitucionales europeos más avanzados. En uno de los primeros ejemplos del constitucionalismo social europeo ha de inscribirse una radical transformación de la concepción del Ministerio Fiscal,"

⁶⁶⁶ El artículo de la constitución rezaba de la siguiente manera artículo 105 "Habrá en el consejo real un procurador general, o fiscal y el número de substitutes necesarios para la expedición de los negocios" Nótese la asimilación del Fiscal y el procurador Fiscal, heredera de la figura tradicional, que todavía realiza el precepto.

⁶⁶⁷ LORENTE HURTADO "El estatuto del Ministerio fiscal..." Pág. 19.

⁶⁶⁸ MARTINEZ "Aspectos constitucionales..." Pág. 120 " Debemos considerar no obstante, que finamente la constitución de 1931 solo asumió una parte del perfil que sobre el Ministerio Público había desarrollado la Comisión Jurídica Asesora, que había defendido apartar ""al Ministerio fiscal de la organización judicial para que forme un órgano enteramente independiente y pueda moverse con completo desembarazo" consejo que obtuvo su rango constitucional en el segundo párrafo del artículo 104 de la constitución de 1931 y en cuya propuesta de constitución en el artículo 83 señalaba que el ministerio fiscal velará ante los tribunales, por el cumplimiento de las leyes, por el interés social y por la pureza de los procedimientos. Servirá también de órgano de relación entre el gobierno y el poder judicial su organización será distinta de las de los tribunales de justicia. El fiscal de la república será el jefe del cuerpo fiscal en todas las jurisdicciones. las garantías de la independencia del Ministerio Fiscal, en analogía con las de los jueces y magistrados, serán reguladas por la ley" El precepto constitucional definitivo fue mucho más parco si bien no recogió el papel de relación entre el Ejecutivo y el Judicial que, según la comisión, continuaba formando parte de las funciones del Ministerio Público. Hay que hacer notar que contrariamente a lo que pudiera entenderse del mandato constitucional Así también CONDE PUNPIDO "La Naturaleza de los principios rectores..." Pág. 860 " Hay que hacer notar que contrariamente a lo que pudiera entenderse del mandato constitucional, esta visión del Ministerio Público no llegó a tener un reflejo positivo ni en la legalidad republicana ni en una reforma del Ministerio Fiscal, que paradójicamente continuó rigiéndose por el Estatuto y Reglamento que habían sido obra de la Dictadura."

Es pues que a partir de 1870 hasta 1967 hemos visto un Ministerio fiscal como representante del gobierno ante los tribunales⁶⁶⁹

⁶⁶⁹ Ante tal respecto: La data más importante que en España se mantuvo del Ministerio Fiscal como órgano de representación del gobierno ante los tribunales es la ley orgánica del Poder Judicial de 1870 que pervivió hasta la ley orgánica del Estado de 1967 Pasando por el Estatuto de 21 de junio de 1926 y Reglamento de 21 de febrero de 1958, así también el reglamento provisional para Administración de justicia aprobado por Real decreto de 26 de septiembre de 1835 dedicado a la figura del Promotor fiscal en la cual según MARCHENA GOMEZ “El Ministerio Fiscal su pasado...” Pág. 71 establece y copia literalmente de la siguiente manera. “En toda causa criminal sobre delito que por pertenecer a la clase de público pueda perseguirse de oficio, será parte el promotor fiscal del juzgado aunque haya acusado o querellante particular. En las que versen sobre delito privado, no se le oirá sino cuando de algún modo interesen a la causa pública o a la defensa de la Real jurisdicción Ordinaria.” La ley en referencia fue de carácter provisional aunque perduraría mucho tiempo. Su regulación se encuentra en el artículo 763 que establece: “*El ministerio fiscal y velará por la observancia de esta ley y de las demás que se refieran 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.*” La Ley orgánica del Poder Judicial del 15 de septiembre de 1870 dedica al Ministerio Fiscal los artículos 763 a 854 encajados, a su vez en quince capítulos que aparecen bajo las siguientes rúbricas, “De la planta del Ministerio Fiscal del artículo 764 a 768 de los aspirantes al Ministerio fiscal del artículo 769 a 770 de las condiciones generales para todos los cargos del Ministerio fiscal del artículo 771 a 775, de las condiciones especiales para ser fiscales de juzgados municipales del artículo 776 a 777 de las condiciones especiales para ingresar y ascender en las Fiscalías de los Tribunales de partido de los artículos 778 a 781 de las condiciones especiales para ingresar y ascender en el Ministerio Fiscal de las Audiencias y del Tribunal Supremo del artículo 782 a 789 del nombramiento, juramento y posesión de los funcionarios del ministerio Fiscal del 790 a 802 de los honores antigüedad y traje de los funcionarios del Ministerio Fiscal del artículo 803 a 815 de la dotación del Ministerio Fiscal del artículo 816 a 819 de la separación suspensión traslación y jubilación de los funcionarios del ministerio Fiscal del artículo 835 a 837 de las atribuciones del ministerio Fiscal del artículo 838 a 840 de la unidad y dependencia del ministerio Fiscal del artículo 835 a 837 de las atribuciones del ministerio fiscal del artículo 838 a 840 de la unidad y dependencia del Ministerio Fiscal del artículo 841 a 844 de las recusaciones del ministerio fiscal del artículo 845 a 849 y de las correcciones disciplinarias de los funcionarios del Ministerio Fiscal del artículo 850 a 854. En este aspecto el legislador encuadra al órgano del Ministerio Fiscal en la órbita del Poder Ejecutivo y a través del cual se pretende sino el control si la preponderancia gubernamental sobre los órganos judiciales. MARCHENA GOMEZ “el Ministerio Fiscal su pasado...” Pág. 72. El texto indica y habla deliberadamente de representación no de defensa; de gobierno no de administración y de relaciones con el poder judicial no de controversias jurisdiccionales ante los Tribunales de Justicia Ver ALCALA ZAMORA “Ministerio Público y Abogacía del Estado” en Boletín instituto de derecho comparado México 1961 Tomo XIV Pág. 37 Es pues que en relación y contexto con todo el cuerpo legal se marca al Ministerio Fiscal como un órgano que representa al Gobierno en sus relaciones con el poder judicial. A tal respecto existe todo un cuerpo armónico en el cual se vislumbra plenamente la incardinación del Ministerio Fiscal en la atmósfera del Poder Ejecutivo en tal sentido el artículo 841 del la Ley orgánico del Poder judicial de 1870 señala que el fiscal del tribunal supremo será el jefe del Ministerio Fiscal de toda la Monarquía bajo la inmediata dependencia del Ministro de Gracia y justicia. A tal respecto el Ministro de Gracia y de Justicia pertenece claramente al poder ejecutivo por ende uno depende del otro. Es también que el artículo 820 establece una especie de control cese de las funciones del fiscal de audiencia al establecer que el Fiscal del Tribunal supremo y los fiscales de las Audiencias podrán ser separados libremente por el gobierno” en la misma línea el artículo 827 del mismo cuerpo legal admite la posibilidad de que el gobierno pueda suspender a los funcionarios del ministerio fiscal cuando considere “procedente su destitución mientras dure el expediente” igualmente reveladora es la facultad que el artículo 829 confiere al gobierno en virtud de la cual “Podrán los funcionarios del Ministerio fiscal ser trasladados libremente por el gobierno de uno a otro punto en la misma clase a que corresponda, o a otra superior cuando estén las condiciones de esa Ley. En Palabras de MARCHENA GOMEZ El diseño del Ministerio Fiscal por la Ley orgánica del Poder Judicial de 1870 se halla en consecuencia muy lejos del actual modelo en vigor pero es indudable que supuso un avance respecto de los textos históricos anteriores, aunque existía recato a la hora de plasmar sin ambages el marcado acento gubernamental. MARCHENA

GOMEZ “El Ministerio Fiscal su pasado...” Pág. 7 el principio de dependencia jerárquica era interpretado como un sometimiento encadenado al Ministerio de Gracia y Justicia. Luego aparece el decreto de 10 de marzo de 1886 que crea la figura del Cuerpo de Abogados del Estado que en el artículo 2 establece como funciones de la Dirección general de lo contencioso la de: “Acordar las instrucciones que deban darse al Ministerio Fiscal en cuanto a los pleitos y causas que interesen a la hacienda pública.” La relación del Ministerio Fiscal con el Poder ejecutivo y como representante de este ante los Tribunales no se observa clara toda vez que la administración pública en aquel momento contaba con su propio defensor y representante institucional como lo era el Cuerpo de Abogados de tal forma se despojó sutilmente al Ministerio Fiscal de ser representante del gobierno MARCHENA GOMEZ “El Ministerio fiscal...” Pág. 76 El estatuto del Ministerio Fiscal del 21 de junio de 1926 Nada innova en esencia a la ley Orgánica de 1870 ni el decreto 1886 en el que crea la figura del Cuerpo de Abogados logro en la practica de despojar al fiscal de la innegable vinculación gubernamental. El artículo 1 del Estatuto de 1926 estableció. “ El ministerio fiscal tiene por misión esencial velar por la observancia de las leyes y demás disposiciones referente a la organización de los Juzgados y Tribunales promover la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público y representar al gobierno en sus relaciones con el poder judicial, procurando siempre imparcialmente el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social” Como puede identificarse permanece la vocación del Ministerio Fiscal como representante del Gobierno en el ámbito judicial De acuerdo con este cuerpo legal se establecía la posibilidad de que el Ministerio Fiscal interviniera en cuantos asuntos o expedientes que, por afectar a intereses sociales “El gobierno estime conveniente” artículo 2.4 in fine, se mantenía incomprensible la representación del Estado, la administración y los establecimientos públicos de instrucción o beneficencia “Siempre que expresamente no esté atribuida la representación a los abogados del Estado o a otros funcionarios” artículo 2.3 el nombramiento del Fiscal del Tribunal Supremo era hecho” a virtud de acuerdo del consejo de Ministros a propuesta del de Gracia y Justicia Artículo 10.1 pudiendo el gobierno acordar libremente su separación artículo 10.2 los ascensos a las categorías tercera y segunda se producían “por libre designación hecha por Ministro de Gracia y justicia” Artículos 14 y 16 Las discrepancias entre el presidente del consejo fiscal y la mayoría de los miembros del organismo cuyos acuerdos sólo tenían el carácter de informe eran resueltas por el Ministro de Gracia y Justicia artículo 22.3 los funcionarios fiscales podían ser trasladados “siempre que el gobierno lo estime conveniente para el servicio Público.” Artículo 30 La jerarquía del Ministerio Fiscal estaba representada por el Fiscal del Tribunal supremo “Bajo la inmediata dependencia del ministro de Gracia y Justicia” Artículo 42. Y la facultad del gobierno para dictar “órdenes o instrucciones” al Ministerio fiscal se regulaba expresamente sin filtro ni tamiz artículo 45.2 El Reglamento orgánico de 28 de febrero de 1927 este reglamento robusteció la idea del fiscal como representante del gobierno sólo a él subordinado, puesto que, no en vano el artículo 1 del reglamento preceptúa “ El Ministerio fiscal como representante del gobierno en sus relaciones con el Poder judicial, tiene a su cargo la misión de cuidar de que se administre pronto y cumplidamente la justicia.” En este aspecto se mantiene la dependencia gubernamental El reglamento orgánico del 21 de febrero de 1958 en la exposición de motivos del decreto aprobatorio del referido reglamento, cuya finalidad primordial del nuevo texto estuvo representada como lo pone al claro MARCHENA GOMEZ “A la constatación de cómo el legislador sigue aferrado a un inmovilizante e interesado conservadurismo que le lleva a reiterar como formula ya tradición la condición del Ministerio Fiscal “Como representante del Gobierno ante el Poder Judicial” MARCHENA GOMEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 81.No obstante el sistema introducido por la Ley Orgánica del Estado de 1967 se mantuvo incólume hasta la promulgación ya bajo la vigencia de la constitución de 1978 del Estatuto de 1981 cuya disposición final segunda derogó expresamente el Estatuto de 1926. Allá por el año de 1857 CASAS MORAL se cuestionaba, con ocasión de proyectas reformas que iban afectar al instituto, si el ministerio fiscal era un “Agente organizado del poder ejecutivo” o una “representación de la ley y de la sociedad amovible a voluntad del poder ejecutivo ni obligada a secundar ciegamente sus mandatos” CASAS MORAL “Intervención del Ministerio Público en los sumarios” R.G.L y J: XI 1857 Pág. 91 citado por MARCHENA GOMEZ “El Ministerio fiscal...” Pág. 82. Hubo por ese tiempo una polémica entre dos juristas CASAS MORAL Y PACHECO quien el último representaba la tesis gubernamentalista en la modelación del Ministerio Fiscal. El primero de ellos dice del autor PACHECO que se encontraba equivocado con respecto a su tesis, lo que produjo que él se manifestará en el siguiente sentido “En los Tribunales había de haber dos cosas, la administración de la justicia y la petición de la justicia: la primera independiente, la segunda dependiente del gobierno. Así se entendieron los fiscales hubo dos cosas, quien juzgase y quien pidiera que se juzgara la una representando a la justicia, la otra al gobierno, la una inamovible y la otra amovible”CASAS MORAL “Intervención del Ministerio Público en...” Pág. 95. Citado

por MARCHENA GOMEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 82. En ese mismo lapso por el año de 1875 aparece una tesis propugnada por el jurista SERRANO quien propuso una reforma en el sentido de diversificar la institución del Ministerio Fiscal en dos entes radicalmente opuestos de una parte el Ministerio Fiscal en sentido estricto y en la otra el Ministerio Público, cada uno de ellos con cometidos diferentes el Ministerio Fiscal aparecería como el órgano encargado de velar por el mantenimiento de la unidad de la legislación y de las tradiciones de la jurisprudencia. Se moldearía como un elemento importante para la dirección moral de la sociedad, contribuiría a formar el espíritu público y práctico de la Nación.” La imparcialidad que ostentaría este ente le llevaría a convertirse en una magistratura enteramente sorda a las sugerencias del gobierno y del interés particular, luchando con fuerza y energía por el triunfo de las leyes. SERRANO LEON “Nueva organización del Ministerio Fiscal y de los Tribunales” R:G:L y J 1875 Pág. 305 a 345 citado por MARCHENA GOMEZ “El Ministerio fiscal...” Pág. 83. Un aspecto importante con relación al Ministerio Fiscal como órgano de representación del gobierno ante los tribunales es el planteado por el autor ALCALA ZAMORA quien al margen de criterios doctrinales que precedieron al Estatuto del año de 1926 que caracterizaba al ministerio fiscal como “Representante del Gobierno” ante el Poder Judicial, sostuvo que la comunicación entre el gobierno y el poder judicial indispensable en un régimen de separación funcional absoluta no se verificara a través del Ministerio Público sino por medio del Departamento de Justicia. Ello representaría manifiesta el autor, una clarísima ventaja, pues además de una comunicación más fiel y rápida, no se atentaría contra la independencia judicial, toda vez que las garantías que protegen a los órganos jurisdiccionales quedarían sustraídas a toda posible interferencia gubernamental. En definitiva, se trata de sustituir el modelo del Ministerio Fiscal como representante del Gobierno por el del un Ministerio Fiscal **“representante del interés social.”** es decir en lugar de esclavo de la ley propugna un Ministerio Fiscal interprete de la ley, de suerte que procure concordar el precepto articulado con el supremo ideal de justicia y con el interés público en la actuación de la ley (...) surgirá así el arbitrio fiscal, llamado a ser, por la compatibilidad tan frecuente del bien social y el bien de justicia el mejor guía del juez y en muchos casos su dictamen el borrador de la sentencia, Solo un Ministerio Público Inamovible, independiente y libre de actuaciones puede llegar a representar la máxima garantía procesal de la sociedad y del Individuo.”. ALCALA ZAMORA “Lo que debe ser el Ministerio Público” R:G.L Y J año LXXVIII 1875 Pág. 305 citado por MARCHENA GOMEZ “El Ministerio fiscal...” Pág. 83. El estatuto de 1926 fue puesto a contra argumentación por los que deseaban configurar al ministerio fiscal dentro de la esfera del poder judicial un argumento en contra de la esfera del ministerio fiscal al gobierno era: “Que hará el Ministerio Público cuando sea el gobierno quien infrinja la constitución, porque el caso, incluso de buena fe, se pueda dar con bastante frecuencia. Actualmente se trata de un callejón sin salida o se cola el fiscal en contra del gobierno a quien representa, o no vela por la constitución que será lo más probable” ALCALA ZAMORA “Lo que debe ser el Ministerio Público...” Pág. 519 citado por MARCHENA GOMEZ “El Ministerio Fiscal su pasado y su” Pág. 84 En la misma línea de reacción frente a la injerencia gubernamental y de aspiración hacia una independencia y desvinculación funcionales con todo órgano del Estado, lamentaba GOMEZ DE LIAÑO el criterio seguido por el Estatuto de 1926 que producía una “Mistificación funcional, gubernativa y judicial, con los caracteres derivados de una y otra, que no responde a la esencia de la institución, y a la que la sociedad reclama” GOMEZ DE LIAÑO COBALEDA “Sociedad y Ministerio Fiscal en España” cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal. Fiscalía de la Audiencia territorial de Burgos. Volumen del ciclo Pág. 84 citado por MARCHENA GOMEZ “El Ministerio fiscal...” Pág. 85. MARCHENA GOMEZ nos enseña que las anteriores normas que han reglamentado al Ministerio Fiscal desde su concepción como órgano de representación del gobierno ante el Poder Judicial, revela bien a las claras, que la realidad legislativa significaba un infranqueable escollo para sostener la falta de carácter gubernamental del instituto MARCHENA GOMEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 90. Por más que se proclame la aspiración de imparcialidad o la defensa de la legalidad como razones en pro de la independencia del ministerio público, no debe olvidarse que su condición de mandatario gubernamental, necesariamente, habría de imponerse ante cualquier conflicto interpretativo acerca de lo que por legalidad o imparcialidad debería entenderse en determinados casos. La estructuración del Ministerio Fiscal como órgano de representación del gobierno ante el Poder Judicial suponía, en efecto la asunción de un modelo organizativo que, llegado el momento, podía enervar o al menos dificultar la aspiración de objetividad en la promoción de la acción de justicia ante los tribunales. Es interesante como el artículo 1 del Estatuto de 1926 y el artículo 763 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reforzaba cuanto se sostiene acerca de la naturaleza gubernamental del Ministerio Fiscal. Ambos preceptos, en efecto, cuando atribuyen al Fiscal el mandato expreso de representar al gobierno, no se refieren a los Tribunales de Justicia como destinatarios de la labor de representación, sino que aluden

Un aspecto insoslayable dentro del presente estudio es la etapa del ministerio fiscal durante el periodo del franquismo. Toda vez que el cambio legislativo más relevante que determino una concepción del Ministerio Fiscal español absolutamente vinculada al Ejecutivo. provendría de la mano de una de las leyes fundamentales franquistas mas importantes como lo fue la **Ley orgánica del Estatuto de fecha 1 de enero de 1967**⁶⁷⁰ su articulo 35 integrado en el Titulo V " La justicia" ordenaba que "El Ministerio Fiscal, órgano de comunicación 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. Las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal se ejercerán por medio de sus órganos ordenados conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica"⁶⁷¹

y como consigna PRIETO CASTRO fueron alusiones al fiscal que fueron calificadas de "bastante desgraciadas, desordenadas, inexpresivas e incompletas, muy inferiores a las disposiciones antiguas, hasta el punto de que leyendo solo esos textos desde luego no obtendría una noción de lo que el Ministerio Fiscal español sea"⁶⁷² y a colación de lo que MARCHENA GOMEZ comenta: " Dejo por un lado el carácter constitucional o no de la estructura legislativa de la dictadura la inclusión de la institución en la Ley Orgánica del Estado, supuso la entronización de una institución que históricamente había

literalmente al Poder Judicial. Ello supone situar fuera de esa órbita a quien va a ser comisionado como representante gubernamental en la relación de coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. El Ministerio Fiscal de situarse ineludiblemente en pro de las tesis gubernamentales que pretendan hacerse valer o ser incorporadas a la interpretación judicial de los textos normativos.

⁶⁷⁰ MARCHENA GOMEZ "El Ministerio Fiscal..." Pág. 93 " En el sistema político anterior a la promulgación de la Ley Orgánica del Estado de feb 1 de enero de 1967 y a la configuración el sistema institucional español conforme a los principios de unidad de poder y coordinación de funciones, los principios a la sazón vigentes incidieron de forma especial en la visión el Ministerio Fiscal, al menos en los círculos doctrinales, y ene papel que en el nuevo esquema organizativo estatal se reservaba al Ministerio publico, la superación del modo hasta entonces vigente del Nuevo Ministerio Fiscal como representante del Gobierno ante los Tribunales y su nueva estructuración como órgano de comunicación entre el gobierno y los Tribunales de Justicia, vino a justificar de nuevo el interés dogmático por la figura del promotor publico. La doctrina va a propugnar la necesidad de superar la contemplación del Ministerio Fiscal como simple acusador de oficio y la conveniencia de no limitar su estudio a la posición del Fiscal en el proceso y en definitiva a la inacabada discusión acerca de su condición de parte en sentido material o formal" así también ALCALA ZAMORA " Lo que debe ser el Ministerio Publico" En Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1929 Pág. 523. " Que hará el Ministerio Fiscal cuando sea el gobierno quien infrinja la constitución, porque el caso, incluso de buena fe, se puede dar con bastante frecuencia. Actualmente se trata de un callejón sin salida o se coloca al Fiscal en contra del Gobierno a quien representa, o no vela por la Constitución, que será lo más probable, en cambio independiente podría cumplir ese deber fundamental"

⁶⁷¹ CONDE PUNPIDO "La naturaleza y los principios rectores..." Pág. 861.

⁶⁷² PIETRO CASTRO Y FERNANDIZ " El Ministerio Fiscal en Europa..." Pág. 12

encontrado su natural acomodo en leyes procesas, mas no en normas de rango constitucional."⁶⁷³

Hay que hacer notar como lo dice MARTINEZ " La relevancia que le concede al precepto a esta comunicación. El fiscal va a pasar de relacionar al Ejecutivo y el Judicial a comunicar al Ejecutivo con los Tribunales ya no el Poder judicial, en termino que fue sustituido por Tribunales de justicia, lo que supuso "una profundización en el criterio de subordinación del Fiscal al Poder Ejecutivo al haber convertido la representación en una mera comunicación y por otra parte como ya hacia en cierto modo el reglamento Orgánico de 1927 pone las restantes funciones del Ministerio Fiscal , instrumentalmente vinculadas a su condición de brazo de gobierno en lo judicial, lo que no ocurría en el Estatuto del 26 den que la representación del gobierno aparecía como una mas de las funciones del Ministerio Fiscal."⁶⁷⁴ Llama mucho la atención manifiesta LORENTE HURTADO " que se haya suprimido el inciso "imparcialmente" que recogía el Estatuto de 1926 referido a la forma en que debía procurarse por el Ministerio Fiscal el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social. La consideración de la supresión debe ser desde luego negativa."⁶⁷⁵

Indica CONDE PUNIDO que "Ciertamente es significativa esta supresión que deseaba remover cualquier obstáculo en el influjo del Gobierno en los Tribunales a través del Fiscal al calificarle ab initio como órgano de comunicación entre el gobierno y los tribunales, la eliminación de la imparcialidad, bien podría servir de base y fundamento a una construcción del Ministerio Fiscal como órgano totalmente dependiente y por tanto vinculado al Poder Ejecutivo."⁶⁷⁶

Por ello algunos autores en el año de 1973 antes de que se instaurara un régimen democrático con respecto a la ley Franquista que regulaba al Ministerio Fiscal concluyeron que "Ninguna disposición promovió la independencia del Ministerio Público" se dijo " no existe en los miembros la carrera fiscal. La norma constitucional establece al Ministerio Fiscal como órgano de comunicación del Gobierno y los Tribunales con fines de promover la acción de la justicia y satisfacer el interés social. Pero esto, adecuadamente

⁶⁷³ MARCHENA GOMEZ "El Ministerio..." Pág. 93.

⁶⁷⁴ MARTINEZ "Aspectos constitucionales..." Pág. 122

⁶⁷⁵ LORENTE HURTADO "El estatuto del Ministerio Fiscal..." Pág. 20.

⁶⁷⁶ CONDE PUNPIDO "La naturaleza y los principios rectores..." Pág. 861.

interpretado, no justifica la intromisión del ejecutivo el "órgano de comunicación"⁶⁷⁷ no

⁶⁷⁷MARTINEZ " Una antigua referencia al Ministerio Fiscal como órgano de comunicación lo encontramos, ya en el referente histórico anterior a la republica en el proyecto constitucional de 1929 de la constitución de la Monarquía Española su artículo 101 concisamente declaraba que " en las funciones de Justicia el Ministerio Fiscal será el órgano de comunicación entre el poder ejecutivo y el Judicial. Así mismo, la ley orgánica del Poder judicial que se englobaba en el mismo proyecto, señalaba en su artículo 56 que " con arreglo a lo dispuesto en el artículo 101 de la Constitución, el Ministerio Fiscal será el órgano de comunicación entre el Poder Ejecutivo y el judicial en las funciones de Justicia" La primera conceptualización de la institución que se estudia como órgano de comunicación entre el gobierno y los tribunales apareció en el **anteproyecto de constitución de 1929** que sirvió de inspiración para el anteproyecto de la Ley del Poder Judicial. El sistema previo a la entrada en vigor de la **Ley orgánica del Estado en el año de 1967** y la configuración del sistema institucional español sobre la base de los principios de "Unidad de poder y Coordinación de función" incidieron en forma especial en la visión del Ministerio Fiscal. Y en el papel en el nuevo esquema organizativo estatal. La Ley Orgánica del Estado de fecha 1 de enero de 1967 en su artículo 35 dispuso lo siguiente " *El Ministerio Fiscal órgano de comunicación entre el gobierno y los tribunales de justicia...*"El sistema del Ministerio Fiscal como órgano de representación a una nueva estructuración como órgano de comunicación entre el gobierno y los Tribunales de justicia vino a propugnar la necesidad de superar la contemplación del Ministerio Fiscal, como simple acusador de oficio y la conveniencia de no limitar su estudio a la posición del Fiscal en el proceso y, en definitiva, a la inacabada discusión acerca de su condición de parte en sentido material o formal. MARCHENA GOMEZ "El Ministerio Fiscal..." Pág. 95. Resulta importante tener a cuenta que el sistema político nacido tras la guerra civil, por sus peculiaridades ideológicas e institucionales, había de contar con el Ministerio Fiscal como una de las piezas claves de su entramado orgánico. No en vano, dispuso el artículo 2.II de la Ley Orgánica del Estado que "el sistema institucional del Estado español responde a los principios de unidad de poder y coordinación de funciones" Es necesario tomar a consideración que si una de las Leyes fundamentales proclamaba el abandono de cualquier aspiración de ajustar el sistema institucional al principio de la división de poderes si el Jefe del Estado era el representante supremo de la nación y personificaba la soberanía nacional ejerciendo el poder supremo político y administrativo, resultaba obvio que el Ministerio Fiscal en su condición de órgano encargado de servir de enlace, de hacer realidad la coordinación de las funciones no poderes gubernamental y judicial, estaba destinado aun destacado papel en la cimentación institucional MARCHENA GOMEZ "El Ministerio Fiscal..." Pág. 95 En cuanto a la naturaleza que pueda derivar de su condición de órgano de comunicación del gobierno y los tribunales, se atribuyen al Ministerio Fiscal la defensa de aquellos asuntos, que al estar impregnados de sentido colectivo y tender a la promoción y consecución del bien común interesan al Gobierno como representante del Estado. El carácter multiforme del ministerio Público no impide reconocer el carácter político de la institución pues no puede ser otra la naturaleza de un órgano que relaciona y comunica al gobierno con otros órganos que no pertenecen a esa esfera, sino a la jurisdiccional y son independientes. Ahora bien ya se puntualiza que ese carácter político de la institución no implica la asunción de un papel de simple representante del gobierno o defensor de la Administración. Ni siquiera puede decirse que sea un custodio de la ley como forma de expresión del Derecho, sino orden jurídico en su conjunto, esto es, de ese cuerpo total, indivisible y vivificado por unos principios fundamentales y protegido por una normas de rango superior. HERRERO TEJEDOR "Perspectivas del Ministerio Fiscal según los principios que informan el ordenamiento jurídico español" Revista general de Legislación y Jurisprudencia 1967 Pág. 421 citado por MARCHENA GOMEZ "El Ministerio Fiscal..." Pág. 97. SERRA DOMINGUEZ Rechazó la conceptualización del Ministerio Fiscal como "órgano de comunicación" que en esencia pretende manifiesta el autor ser una formulación teórica que permita superar el principio de división de poderes y además conciliar armónicamente los principios de dependencia y legalidad que informan la actuación del Fiscal. Añade este profesor que el Gobierno no necesita órgano de comunicación con los Tribunales desde el momento en que existe un Ministerio de Justicia encargado de tal función y que, en todo momento, sabrá captar e interpretar con mayor precisión cuál sea el criterio gubernamental evitándose de esta forma el matiz política en una institución que por definición ha de ser eminentemente técnica. Por otra parte continua el autor en mención no existe ventaja práctica en la sustitución de la anterior representación del gobierno por la más reciente de comunicación, pues lo cierto es que el Ministerio Fiscal como órgano administrativo carece de personalidad propia y actúa ante los tribunales únicamente como órgano del Estado y en consecuencia representándolo. Se concluye que en definitiva la comunicación entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal más

tiene por qué estar subordinado al Gobierno y la promisión de la acción de la justicia y la satisfacción del interés social se cumplen instando la aplicación de la ley, no hay otros intereses sociales fuera de la ley que tenga que satisfacer el Ministerio Fiscal. por ello, cuando la norma constitucional habla de "dependencia jerárquica" puede estimarse que ello ha de interpretarse como operando ad intra y no desde fuera, es decir, los órganos del Ministerio Fiscal están sometidos a dependencia jerárquica pero el Ministerio Fiscal como tal no debiera estar mediatizado por el gobierno."⁶⁷⁸

Una Ley de fecha 27 de febrero de 1969 denominada Reglamento Orgánico desarrolla reglamentariamente la Ley Orgánica del Estado por tal razón dicha ley derogó el reglamento orgánico del Ministerio fiscal que había aprobado el Decreto de 21 de febrero de 1958 y profundizó en las posibilidades de intromisión del Ejecutivo, al obligar al Fiscal del Tribunal Supremo a cumplir las órdenes que puede recibir del Ministerio de Justicia.⁶⁷⁹

Y como explica MARCHENA GOMEZ " Quedaron dudosos los términos de la vigencia del Estatuto de 1926 lo que agravó la confusión de una figura que, de por sí y a causa de los avatares de su origen y de la especial naturaleza de las funciones que se le encomiendan no había disfrutado en su historia de una regulación concisa y definitiva"⁶⁸⁰

Luego ya en el ocaso del Régimen de Franco se crea **la ley de fecha 28 de noviembre de 1974** que seguía definiendo al Fiscal como órgano de comunicación ⁶⁸¹ lo que intrigaba a muchos estudiosos de la época era determinar que se podía entender como

que la nota esencial de éste, no es sino una de las manifestaciones y no la más importante del carácter administrativo, dependiente y jerárquico del Ministerio Público, que no constituye un fin en sí misma sino tan sólo un medio instrumental para el cumplimiento de sus funciones esenciales. SERRA DOMINGUEZ "Ministerio Fiscal" Nueva enciclopedia Jurídica Seis XVI A.A.V.V. Barcelona 1978. También Con respecto al Reglamento orgánico de fecha 27 de febrero de 1969. Este reglamento de fecha 27 de febrero de 1969 que declara derogado el Reglamento orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal aprobado en fecha 21 de febrero de 1958 reproduce textualmente el apartado I del Artículo 35 de la L.O.E. Al propio tiempo el artículo 86.1 del nuevo Reglamento transcribe literalmente el apartado II del Citado artículo 35 de la Ley fundamental. Los únicos matices destacables en la nueva redacción de la L.O.E. y del reglamento de 1969 consisten en sustituir la promoción de la acción de la Justicia "en cuanto concierne al interés público" por el de Defensa de los intereses públicos tutelados por la Ley" También se puede considerar la supresión de la nueva descripción hace de la aspiración de "imparcialidad" en el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social."

⁶⁷⁸ DE ESTEBAN, VARELA DIAZ, LOPEZ GUERRA, GARCIA RUIZ Y GARCIA FERNÁNDEZ "Desarrollo político y Constitución española" Ariel Barcelona 1973 Pág. 330.

⁶⁷⁹ A tal respecto ver el artículo 85 de referida ley.

⁶⁸⁰ MARCHENA GOMEZ "El Ministerio Fiscal..." Pág. 93.

⁶⁸¹ En concreto la base 72 señala que "El Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el gobierno y los Tribunales de justicia, ejercen sus funciones por medio de órganos propios, ordenados conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica y con sujeción a los de legalidad e imparcialidad"

órgano de comunicación, en tal sentido el autor HERRERO TEJEDOR⁶⁸² resaltara del Ministerio Público su carácter político "al tiempo que se mantiene como no puede ser menos su naturaleza jurídica porque no puede ser de otra manera, manifiesta el autor en relación, un órgano que relaciona y comunica al gobierno, máxima representación del Ejecutivo, con otros órganos que no pertenecen a esta esfera, sino a la jurisdiccional y con independientes"⁶⁸³ por el contrario y rebatiendo esta tesis otro sector doctrinal propuso el carácter no sustantivo o accidental del término "órgano de comunicación" en tal sentido SERRA DOMÍNGUEZ expresa "En definitiva estimamos que la comunicación entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal más que la nota esencial de este último, no es sino una de las manifestaciones y no las más importantes del carácter administrativo, dependiente y jerárquico del Ministerio Fiscal y que no tiene finalidad en sí misma, siendo sólo un medio para el mejor cumplimiento de sus funciones esenciales"⁶⁸⁴ En tal virtud y como nota conclusiva señala MARTINEZ "Sea como fuere, lo cierto es que se trataba de una institución poderosa, de naturaleza administrativa, que no había avanzado un ápice en su autonomía, y lo que realmente es importante, que dependía de un Ejecutivo cuya legitimidad no respondía a la voluntad popular expresada en las urnas una situación que afortunadamente cambiaría al cabo de pocos años con la llegada de una verdadera normativa constitucional."⁶⁸⁵

Es en este sentido es como se procederá a estudiar la norma constitucional del Ministerio Fiscal a la luz de la Constitución de 1978.

⁶⁸² HERRERO TEJEDOR "Perspectivas del Ministerio Fiscal según los principios que informan el ordenamiento jurídico español" en Revista General de la Legislación y Jurisprudencia número 30. marzo Madrid 1967 Pág. 422. al principio de su estudio descubre la filosofía que, desde su punto de vista claro esta, constituye el fundamento del ordenamiento jurídico español de la época. "destacado valor de los principios morales y de orden espiritual, consideración del hombre como persona, derivándose de aquí el respeto a la dignidad, la libertad y la integridad de la persona humana, la ordenación y garantía de los derechos de la persona como derechos públicos subjetivos y la regulación jurídica de las libertades individuales, en el sentido comunitario que influye en las instituciones jurídicas el profundo sentido social del Derecho y la formulación jurídica del sistema como Estado de Derecho.

⁶⁸³ HERRERO TEJEDOR "Perspectivas del Ministerio Fiscal..." Pág. 422.

⁶⁸⁴ SERRA DOMÍNGUEZ "El Ministerio Fiscal..." Revista de Derecho Procesal número 3 Madrid 1979. Pág. 265.

⁶⁸⁵ MARTINEZ "Aspectos constitucionales..." Pág. 126

2. LA EXEGESIS DE LA NORMA CONSTITUCIONAL QUE REGULA EL MINISTERIO FISCAL.

Es incuestionable que existió una serie de avatares y distintas posturas para llegar a concluir en lo que al texto constitucional 124 se refiere, por lo que merece importante realizar un breve resumen de lo que aconteció en las bancadas de los grupos parlamentarios participes en los debates en torno a la creación del texto constitucional que da vida al Ministerio Fiscal.⁶⁸⁶ Desde el texto original hasta el momento de su fijación definitiva, es detectable una falta de definición del modelo de Ministerio Fiscal que el constituyente quiso instaurar. Esa falta de determinación de la estructura esencial del instituto desembocó en una redacción que evidencia contradicciones con origen en la yuxtaposición de sus funciones, que por sí solas eran más propias de modelos jurídicos que, sin embargo, no se instauran. El artículo 124 no es un precepto que hunda sus raíces en profundas concepciones institucionales. Por el Contrario, se presenta como un conglomerado por adicción de contenidos que no se apoya en una diáfana visión del Fiscal. Como punto de partida y a la vista de la Tradición histórica del estado de la dogmática y del panorama del Derecho comparado era posible diseñar un Ministerio Fiscal que respondiera a alguna de las siguientes concepciones: a.) Un fiscal como agente del poder legislativo, instituyendo un nuevo organismo a manera de Comisario Parlamentario con poderes de vigilancia de la legalidad en todos los órdenes jurisdiccionales y con funciones consultivas. B) Un órgano acusatorio con competencias añadidas, inspirado en el modelo francés, decantado hacia el Poder Ejecutivo, con el reconocimiento de una suerte de formulas discretas de injerencia y con la responsabilidad del Ministro de Justicia que habría de responder ante el Parlamento por las posibles desviaciones del Fiscal de los principios que han informar su actuación. C) Un órgano constitucional claramente integrado en el Poder judicial con presencia

⁶⁸⁶ De acuerdo con lo previsto en el Reglamento Provisional del Congreso de los Diputados, aprobado el 17 de octubre de 1977, se formulan por los ponentes los correspondientes votos particulares al Texto del Anteproyecto Publicado en el B.O.C del 5 de mayo de 1978 que constituyen el punto de partida de la posición de los grupos parlamentarios con representación en la ponencia. Se formulan el artículo 114 del Texto de la ponencia cuatro votos particulares tres de ellos a cargo de los Grupos de Minoría Catalana comunista y Socialista del Congreso, referidos todos al número 2 del artículo 114. y un cuarto voto particular, de unión de Centro Democrático en adelante UCD en el que se proponen la supresión del apartado cuarto del artículo 114.

institucional y activa en el órgano de gobierno de la magistratura y dotado de las mismas garantías que defienden a los partícipes de la función jurisdiccional.⁶⁸⁷

El examen de las vicisitudes parlamentarias refleja que ninguno de los grupos optaba claramente por una de esas alternativas. Trataba de adoptarse una actitud de eclecticismo como fórmula intermedia menos atrevida. Se quería superar, no solo formalmente el modelo histórico del Ministerio Fiscal como órgano de representación del gobierno ante el poder judicial, pero existía un cierto reparo gubernamental a desprenderse de tan válido instrumento institucional⁶⁸⁸ El artículo 144 del Anteproyecto de la Constitución, deseaba una judicialización del Ministerio Fiscal estableciendo un sistema de nombramiento de su cabeza rectora en la misma forma que se fijaba para el Presidente del Tribunal Supremo, contrastaba con la supervivencia de la más genuina característica histórica del Fiscal, esto es su condición de órgano de relación entre el gobierno con el poder judicial.

Las críticas al artículo 114 del Anteproyecto se fundamentaron en muy diversos argumentos.⁶⁸⁹ Pero insistiendo en preservar al Ministerio Fiscal de toda idea que coarte,

⁶⁸⁷ Tales opciones, con algunos matices añadidos, se presentaron como hipótesis de trabajo en el Convegno Nazionale di Studio organizado en Montavo por la Associazione Nazionale Magistrati Italiani bajo el título la reforma del Pubblico Ministero. Véase en las Actas del Referido Congreso “Hipótesis di lavoro per la riforma del pubblico ministero” De Matia, Angelo “Il Pubblico Ministero nella Evoluzione storica e nello statu moderno” Tai del Convegno Di roma de 1966 de i comisttio di azione per la giustizia. Pág. 41.

⁶⁸⁸ Solo así puede entenderse el artículo 114 del Anteproyecto de Constitución según el Boletín Oficial de las Cortes número 144 de fecha 5 de enero de 1978. “El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por la ley, de oficio o a petición de los interesados, velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. 2. El Ministerio Fiscal, es también el órgano de relación entre el gobierno y los órganos de la administración de justicia, ejerciendo sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción en todo caso a los de legalidad e imparcialidad. 3. El Ministerio Fiscal se regirá por su estatuto orgánico, 4. El Nombramiento del Fiscal del Tribunal Supremo se hará en la forma establecida para el Presidente de dicho Tribunal.”

⁶⁸⁹ Siendo varias las alternativas se pretendió la supresión simple y llana del precepto por entenderse que la reglamentación del Ministerio Fiscal, es materia típica de la Ley orgánica del Poder judicial, achacando al proyecto inicial el ser demasiado largo y rígido, aconsejando la fase de transición política que vivía España un texto mucho más breve y flexible, Ver la Enmienda número 2 Primer Firmante Don Antonio Carro Martínez de la Alianza Popular. El deseo de algunos parlamentarios de concebir una Administración de Justicia regulable desde las distintas autonomías, todavía por diseñar, llevo a propugnar que las misiones del Fiscal lo serian “sin perjuicio de las Atribuciones que en los Estatutos se reconozcan a los Territorios Autónomos” Ver Enmienda número 64 Primer Firmante Don Francisco Lantemendia Belzunc del Grupo Parlamentario Mixto. En el Senado, Don Juan María Bandrés sostuvo la enmienda número 303 con idéntica finalidad, e igual resultado. También en la Cámara Alta Don Lluís Maria Xirinacs propugnó la enmienda número 539 con la que se traba de salvaguardar los intereses de otros entes territoriales así se sostuvo la sustitución del precepto por otro del siguiente tenor “1. El Fiscal General tiene por misión el promover la acción de la justicia en el ámbito confederal en defensa de la legalidad, de los derechos de los Ciudadanos y del interés público confederal tutelado por la ley, de oficio o a petición del interesado, así como velar por la

que condicione, que coaccione, su plena independencia.⁶⁹⁰ Trato de diseñarse sin éxito un modelo de Fiscal que actuara a manera de enlace o conexión entre los distintos poderes del Estado. De esta forma la censurable mención a su relación gubernamental quedaría compensada con la alusión al órgano legislativo como otro de los poderes a relacionar con la Administración de Justicia. Este era el sentido de quienes describían al Fiscal señalando que “es también el órgano de relación entre las cortes y el gobierno con los tribunales. Sin embargo los propios defensores de la enmienda⁶⁹¹ no extrajeron las fructíferas conclusiones que la proximidad al órgano legislativo podría haber reportado limitando a justificar tal relación por el hecho de que una de sus manifestaciones fundamentales es la posibilidad de que las comisiones de investigación de las cámaras insten al Ministerio Fiscal a ejercer las oportunas acciones.⁶⁹²

Algunos de los cometidos atribuidos inicialmente al Fiscal fueron objeto de censura por resultar entendidos como contrarios a la naturaleza del instituto.⁶⁹³ En cambio no faltaron acertadas propuestas de estilo que, lamentablemente no fueron acogidas. Tal fue el caso de quienes advirtieron lo desafortunado de la expresión “tiene por misión promover” y

independencia del Tribunal Confederal y procurar ante éste la satisfacción del interés social. “., El fiscal General ejerce sus funciones según los principios de legalidad e imparcialidad 3. La ley regulará el Estatuto del Fiscal General 4. El fiscal General del Tribunal Confederal será nombrado por el Presidente de la Confederación a propuesta del Senado de los Estados. El rechazo de la caracterización del Fiscal como órgano de relación del gobierno con los órganos de administración de justicia, fue articulado en forma de enmienda por quienes entendían que la teoría y doctrinas modernas no conciben el Ministerio Fiscal como ningún órgano de comunicación o relación entre el Gobierno y órganos de la Administración de Justicia. En su consecuencia, la aparición de tal circunstancia en un texto constitucional incardinado ya en el respeto a dicha doctrina más reciente en materia de función judicial parecería un despropósito que debe enmendarse.

⁶⁹⁰ Estas palabras fueron pronunciadas por el Sr. Solè Barberà en defensa de su enmienda en la sesión número 17 celebrada el día 8 de junio de 1978 Diario de Sesiones número 84 Pág. 3122

⁶⁹¹ Enmienda número 296 Primer Firmante Grupo Parlamentario Socialista de Cataluña.

⁶⁹² Los votos particulares de la Minoría Catalana, Socialista del Congreso y Grupo Comunista, con redacción idéntica proponen la supresión de la configuración del Ministerio Fiscal como órgano de relación entre gobierno y los Tribunales permaneciendo el resto del texto sin variación., Frente a la tesis sustentada por UCD los tres grupos enmendantes coinciden básicamente en rechazar la fórmula del Ministerio Fiscal como órgano de relación entre el gobierno y los Tribunales, ya que si bien superaba la anterior configuración de la ley Orgánica del Estado, incluyendo el término relación en vez de comunicación, permanecía, sin embargo una suerte de vinculación del Ministerio Fiscal con el Ejecutivo, algo que los tres grupos mencionados querían suprimir a toda costa. El silencio sobre la posición institucional del Ministerio Fiscal pudo ser alterado por la construcción que, en trámite de enmiendas, introdujeron los dos grupos socialistas, en el sentido de configurar al Ministerio Fiscal como órgano de relación entre los tres poderes, posición que fue abandonada durante la discusión del Proyecto en la Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas del congreso.

⁶⁹³ Así se dijo de la vigilancia de la independencia de los Tribunales que “ no aparece propio del Ministerio Fiscal, ya que no forma parte del Poder Judicial, propugnándose en consecuencia su supresión ver enmienda número 441 Primer Firmante Grupo Socialista del Congreso, en semejante sentido se orienta la enmienda

postularon su sustitución por el giro más correcto de “promueve”⁶⁹⁴ Es importante hacer notar que la equiparación que hacia el Anteproyecto de constitución entre la forma de nombramiento del Fiscal del Tribunal Supremo y el Presidente del mismo Alto tribunal llevaron a la mayoría parlamentaria entonces existente a instar la supresión del párrafo relativo al sistema de nombramiento del órgano rector del Ministerio Fiscal, defiriendo el criterio de designación al futuro estatuto que había de reglamentar la institución.⁶⁹⁵ Un aspecto aprovechable fue el texto alternativo que el profesor del Grupo Socialista Don Gregorio Peces Barba, adicionó al informe de la Ponencia. Su posterior estimación o resta valor al espíritu de síntesis que animaba el texto. Existen es preciso reconocer importantes tensiones derivadas de la dificultad de conciliar características esenciales de modelos jurídicos muy distantes, pues trata de armonizar la proximidad al equipo gubernamental con su condición de órgano de relación de las Cortes y los Tribunales de justicia. Así mismo caracteriza al Fiscal como órgano de funciones autónomas en el ámbito del Poder Judicial, siendo destacable, además la atribución a los miembros del Ministerio Fiscal de los mismos derechos y deberes que los de la jurisdicción.⁶⁹⁶ La mayor parte de las enmiendas

número 552 propugnada por Don Raúl Morodo Leoncio en su condición de portavoz del Grupo Parlamentario Mixto.

⁶⁹⁴ Es pues también parte de lo expresado en la enmienda número 552 de grupo Parlamentario Mixto.

⁶⁹⁵ Ver Enmienda número 779 Primer Firmante Unión del Centro Democrático. Es pues que la UCD propone dos novedades con respecto al artículo 114, en primer lugar se añade al párrafo primero la expresión sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, y en segundo lugar se precisa que el estatuto orgánico que habrá de desarrollar el artículo 114 CE, tendrá rango de ley junto a ello se mantiene la supresión del párrafo cuarto de dicho artículo en consonancia con el voto particular formulado al texto de la ponencia. A este respecto el autor GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 31 señala “este último aspecto de la enmienda del Grupo parlamentario de la mayoría, referido a la supresión del apartado cuarto del artículo 114. guardaba una importancia que no parece que estuviera en lamenta y voluntad del grupo enmendante o al menos no se evidenció a lo largo de los debates posteriores, ÇSU vinculación con la independencia orgánica del Ministerio Fiscal, resulta patente pues si el texto de la ponencia determinaba que el Fiscal del Tribunal Supremo se nombraría en la forma establecida para el Presidente de dicho Tribunal, lo que indudablemente comportaba la judicialización de la institución por reconocimiento constitucional, la supresión mediante enmienda del comentado apartado cuarto hay que traducirla en lenguaje político como el deseo consciente y deliberado del Grupo Parlamentario que a la sazón sustentaba al Gobierno de evitar la ubicación e incluso dependencia orgánica del Ministerio Fiscal respecto del Poder Judicial” sin embargo como señala el propio autor, pese a la oposición de la mayoría se mantendrá por la ponencia el citado apartado cuarto que posteriormente sería sustituido por el actual en virtud de una enmienda “in voce” introducida por el grupo UCD en los debates de la comisión del Congreso”

⁶⁹⁶ La regulación que postulaba era la siguiente: “1. El Ministerio Fiscal, órgano con funciones autónomas en el ámbito del Poder Judicial, en representación y defensa de los intereses de la sociedad, promueve la acción de la justicia en observancia de la legalidad y tutela de los intereses públicos aparados por la ley, de oficio o a instancia de quienes lo soliciten, actúa el interés social, mantiene la independencia de los tribunales y vela por el respeto a los derechos humanos declarados en la Constitución. El Ministerio Fiscal es además el órgano de Relación de las cortes y El gobierno con los Tribunales de Justicia. 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios sometidos en su actuación a los principios de legalidad e

presentadas por el Profesor Peces Barba, no fueron aceptadas en el Informe de la ponencia, de suerte que el tenor del precepto se mantuvo en su esencia acogiendo, eso sí según MARCHENA GOMEZ⁶⁹⁷ ligeros retoques formales.⁶⁹⁸

De especial valor interpretativo fueron los debates seguidos en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados. Los intentos de apartar al Fiscal de la orbita gubernamental fueron replicados con una serie de argumentos que, curiosamente se apoyaron con especial énfasis por algunos grupos parlamentarios que hablan por boca de partidos de oposición a los que al principio habría de suponer un cierto recelo a toda preponderancia o control gubernamental de las instituciones básicas del Estado.⁶⁹⁹

imparcialidad y en lo órgano a los de unidad y dependencia jerárquica. 3. El Ministerio Fiscal se regirá por su Estatuto Orgánico aprobado por Ley sus miembros tendrán los mismos derechos y deberes que los de la jurisdicción. 4. La jefatura del Ministerio Fiscal de todo el Estado corresponde al Fiscal del Reino quien será designado por el gobierno y ratificado por el Congreso de los diputados, en votación secreta y en todo caso al comienzo de cada legislatura.

⁶⁹⁷ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 105.

⁶⁹⁸ El artículo 114 pasó a convertirse en el artículo 116 el cual dispuso: 1. El Ministerio Fiscal sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley, de oficio o a petición de los interesados así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. 2. El Ministerio Fiscal es también el órgano de relación entre el gobierno y los órganos de la Administración de justicia, ejerciendo sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad e imparcialidad. 3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. 4. El nombramiento del Fiscal del Tribunal Supremo se hará en la forma establecida para el Presidente de Dicho Tribunal.

⁶⁹⁹ El peso de la tradición histórica que ha frenado cualquier tentativa de consolidación de un Ministerio Fiscal más independiente de las directrices del gobierno, fue esgrimido como razón para precisamente no moldear un Fiscal distinto del que ya existía, se hablo de la tradición española invariable desde todos los tiempos y muy en particular desde que una de las piezas menos imperfectas de esta legislación española y quizás de las legislaciones europeas como fue la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dibujó un modelo de Ministerio Fiscal que todavía perdura cien años después. La dependencia gubernamental se justificaba por cuanto que la defensa del interés publico está representado normalmente por los órganos del gobierno que interpretan, sobre todo en materia de oportunidad de determinadas acciones. Incluso se descartó una adscripción del seno del poder Judicial porque “ no habría más remedio que crear entonces un órgano a través del cual, el gobierno ejerciera sus acciones, lo cual sería barroco, contraproducente e incluso peligroso Ver intervención del señor Fraga Iribarne en La comisión de Asuntos constitucionales y libertades públicas del congreso de los Diputados celebrada el jueves día 8 de junio de 1978 Diario de Sesiones de las Cortes número 84 sesión número 17 Pág. 3,123.

Las afirmaciones formuladas por Cisneros Laborda⁷⁰⁰, portavoz del grupo Parlamentario entonces con mayoría es decir el grupo de la Unión centro democrático reflejan con claridad que la confusión conceptual y la falta de diseño estructural del instituto habrían de desembocar, necesariamente en un precepto adjetivado de conglomerado yuxtapuesto de cometidos, en ocasiones tautológicos. Así para justificar la supresión de la frase que aparecía en el Anteproyecto y que fue eliminada de forma definitiva, relativa a la condición del Fiscal como órgano de relación entre el Gobierno y los órganos de administración de justicia se dijo que no es esencial ni determinante que la constitución lo diga expresamente pues “habrá de serlo, lo reconozca o no explícitamente la constitución, so pena de desconocer la naturaleza de este Ministerio Fiscal de desvirtuar gravemente su papel”⁷⁰¹

⁷⁰⁰ Una primera postura en concordancia con lo establecido en el texto de la ponencia de la UCD que tan sólo propone la supresión del apartado cuarto, aunque luego corresponderá a este Grupo la propuesta de la fórmula de nombramiento del Fiscal General del Estado que aparecerá en la redacción definitiva del artículo 124 Defiende inicialmente UCD la configuración del Fiscal como órgano situado en la órbita del Ejecutivo, posición que explícitamente será mantenida por el Diputado Sr. Cisneros y a la que se sumará el Grupo de Alianza Popular mediante enmienda “in voce” defendida por el Diputado Fraga Iribarne, una solución que curiosamente prevalecerá a la postre renunciando UCD y A.P. a la definición explícita del Fiscal como Órgano de Relación entre el Gobierno y los Tribunales pero introduciendo en su defecto la fórmula de nombramiento del Fiscal General del Estado por el Rey a propuesta del Gobierno.

⁷⁰¹ CONDE SALGADO “constitución Española”... Pág. 2645. “A renglón seguido, tras la expresión de tan concluyente afirmación, se añade que “La Fiscalía del Reino está inscrita en el Poder Judicial, como se infiere con claridad de la inclusión sistemática de este precepto en el Título que nos ocupa dentro de toda la tradición constitucional española y exterior” la Ambigüedad también está presente en otros pasajes de la intervención “ La fiscalía del Reino no es ciertamente un servidor del Ejecutivo o su agente, ni tampoco stricto sensu un órgano de la Administración de la justicia, es exactamente un órgano del Estado en la administración de justicia, la naturaleza de cuyas funciones múltiples, esa custodia de la legalidad, es a representación del Estado y de la Administración, esa misión cooperadora con los Tribunales de justicia y esa detentación ex lege de la postulación del interés social indefectiblemente a esa posición intermediaria comunicadora, relaciónate como queramos llamarla entre el gobierno y los Tribunales.” La misma dificultad de comprensión encierran las argumentaciones esgrimidas para razonar el cambio en el sistema de designación del Fiscal del Reino. Decía, en efecto, Cisneros Laborda “ Cómo puede proponer el Consejo General del Poder Judicial el nombre del Fiscal del Reino cuando los Fiscales están justamente ausentes de ese órgano superior de gobierno de la Magistratura que hemos configurado dos artículos antes” ¿Cómo podría el Ministerio Fiscal Velar por la independencia de los Tribunales y de algún modo ejercer una función de control del cumplimiento de tal legalidad si su nombramiento iba a venir condicionado o mediatizado en parte por la Magistratura a la que de algún modo controla? Y ¿Cómo puede el gobierno ser ajeno a este proceso de designación, aya que resultaría que el Consejo de Ministro, su Presidente, Los Ministros habrían de ir al Juzgado más Próximo o al Juzgado de guardia en las horas nocturnas para perseguir esa actuación del interés social? Una influencia decisiva en la sustitución de la propuesta de nombramiento por el Consejo General del Poder Judicial y la correlativa atribución de tal facultad al gobierno, estuvo representada por el confesado temor al excesivo protagonismo del Consejo General del Poder Judicial. Sólo así se entienden estas palabras del mismo parlamento: “Si mantenemos la fórmula que actualmente contiene el anteproyecto no estaríamos diseñando ni programando ese esquema progresivo de introducción del principio de autogobierno que supone la recepción, la acogida del Consejo General del Poder Judicial. Lo que estamos haciendo sería extender, expandir, imperialistamente, casi las funciones de este Consejo para poder hablar de una auténtica situación de heterogobierno”

Las discusiones parlamentarias seguidas en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los diputados sirvieron para fijar con carácter definitivo los tres primeros apartados del Anteproyecto quedando tan sólo pendiente de ulterior reforma, además de la numeración ⁷⁰² la referencia nominativa a la cúspide del Ministerio Fiscal, entonces aludida como Fiscal del Tribunal Supremo.⁷⁰³

La fase de tramitación desarrollada en el Senado sirvió para bien poco, pues con la matización aludida y con la temporal supresión del inciso “sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos” el precepto ya iba a permanecer incólume. Sin embargo los miembros de la Cámara Alta reiteraron, algunos aspectos perfeccionables del texto. Así la necesidad de superar la concepción del Ministerio Fiscal como instrumento de comunicación entre el gobierno y los tribunales llevó a postular que el Fiscal del Tribunal Supremo fuera “nombrado por el Rey para un periodo de cinco años, a propuesta del Congreso de los Diputados que habrá de formularse por Mayoría de tres quintos de sus miembros” propugnando se garantizara a los funcionarios del Ministerio Fiscal que no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, excepto por las causas y con las garantías que el Estatuto Establezca.⁷⁰⁴

Fue en el pleno del Senado donde, tras descartarse la tesis de quines querían denominar a la cabeza visible del Ministerio Fiscal como Fiscal del Reino,⁷⁰⁵ basándose

⁷⁰² del artículo 118 al 124.

⁷⁰³ Decía el artículo 188.4 (los tres primeros apartados ya eran idénticos a los actuales que “ El fiscal del Tribunal Supremo será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial”

⁷⁰⁴ Entre otras razones se afirmó por el entonces Presidente del Senado que “Sería absurdo que en una Constitución que ha plasmado las garantías de tantas libertades y de tantos derechos para tantos ciudadanos el Ministerio Fiscal, que tiene, entre otras funciones, la de defender aquellas libertades y aquellas garantías, esté integrado por miembros que no gocen de las mismas garantías atribuibles a cualquier ciudadano. En esa línea se inspiraba la enmienda número 73 Primer Firmante Progresistas y Socialistas independientes, defendida también en el pleno del Senado en la sesión celebrada el sábado día 30 de septiembre de 1978 Diario de Sesiones del Senado número 63 Pág. 3170.

⁷⁰⁵ El artículo 118 del Proyecto recibe en la tramitación parlamentaria del Senado un total de trece enmiendas distribuidas de la siguiente forma: cuatro al apartado primero, dos al segundo, tres al tercero y finalmente, cuatro al apartado cuarto. Ver por ejemplo CONDE SALGADO “Constitución Española” Trabajos parlamentarios IV. Volúmenes, servicio de Estudios y publicaciones de las Cortes Generales Madrid, 1980. 2750. Sin perjuicio de analizar algunas de las enmiendas de forma particular, conviene advertir que el artículo 118 tan solo sufrirá dos modificaciones en su paso por el Senado y que ninguna de ellas se refiere aspectos sustanciales de la regulación constitucional del Ministerio Fiscal. En concreto, la tramitación en el Senado modifica el apartado primero en el sentido de suprimir la expresión “ sin perjuicio de las funciones atribuidas a otros órganos” que luego sería añadida nuevamente en la comisión Mixta y en relación con el apartado cuarto se adopta de forma definitiva la denominación de Fiscal General del Estado.

para ello en que la justicia se administra en nombre del Rey,⁷⁰⁶ y en los precedentes históricos que asociaban al Fiscal con la Figura del Monarca se acogió como fórmula definitiva la denominación de Fiscal General del Estado.⁷⁰⁷

Quedando finalmente el texto con una sola modificación de la comisión Mixta Congreso Senado el artículo 124 que dice: “El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social. 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. 3. La Ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. 4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del gobierno oído el Consejo General del Poder Judicial.

⁷⁰⁶ A lo largo de la tramitación en el Senado y a la hora de tomar en consideración la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal, se evidencia con claridad tanto la falta de una línea coherente en los distintos grupos como la pluralidad de posiciones particulares dentro de los mismos. Así y en abierta contradicción con lo que había sido la posición de los Grupos socialistas en el Congreso ver por ejemplo CONDE SALGADO “Constitución Española...” Pág. 2750. “No se entiende muy bien el sentido ya que no se explica en la justificación y si se lee detenidamente el párrafo primero tras la enmienda queda algo descompensado el texto de la enmienda es “ El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos tiene por misión promover la acción de la justicia de oficio o a instancia de los interesados y postular ante los Tribunales la satisfacción del interés público.” Se pretendía la enmienda número 73 en nombre del Grupo Progresistas y Socialistas independientes, cuya redacción simplificaría el apartado primero, dejándolo ciertamente descompensado, suprimiendo las funciones de defensa de la legalidad y defensa de los Derechos de los Ciudadanos y manteniendo la postulación ante los Tribunales del interés público. Sin cambiar sustancialmente el precepto del grupo de UCD presenta dos enmiendas, referidas al párrafo primero y cuarto del artículo 118 La primera de ellas contiene una reordenación de estilo del párrafo primero, enmienda que será sustituida “in voce” por la presentada por el senador Villar Aregui, en la que se mantiene el texto del Congreso con la única novedad de la supresión de la expresión “sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos”. La segunda de las enmiendas de UCD referida al apartado cuarto, tan sólo modifica la denominación de Fiscal del Tribunal Supremo proponiendo su sustitución por parte de Fiscal del Reino, manteniéndose el procedimiento de nombramiento proveniente del texto del Congreso. Entre la variedad de las enmiendas que corren a cargo del grupo Mixto se intenta introducir concepciones del Ministerio Fiscal en el marco de reivindicaciones de índole nacionalista. Por ejemplo el artículo 118 y en concordancia con la postura mantenida ya en el congreso el senador Bandrés en representación del Grupo Mixto propone añadir al texto en la enmienda 303 la coletilla “sin perjuicio de las atribuciones que en sus respectivos Estatutos se reconozcan a las comunidades autónomas” que a pesar de la justificación que el propio senador formulara en el sentido de considerarla como simple perfeccionamiento técnico tiene un calado de importancia que revela una concepción más compleja y ciertamente incompatible con el carácter estatal del Ministerio Fiscal.

⁷⁰⁷ Léase diario de Sesiones del Senado número 63 correspondiente a la sesión celebrada el día 30 de septiembre de 1978. Pág. 3170.

3 EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL ESTATUTO ORGANICO DE 1981 EN RELACION AL MINISTERIO FISCAL.

Tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 la elaboración del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal suponía además de un mandato directo al Legislador El artículo 124.3 una necesidad imperiosa ya que el texto hasta entonces vigente. Respondía a una configuración del Ministerio Fiscal distinta y en muchos aspectos incompatibles con la nueva realidad constitucional.⁷⁰⁸ En el Proyecto de Ley publicado en el Boletín Oficial de las cortes Generales de fecha 23 de mayo de 1980 ⁷⁰⁹ se acompaña una memoria explicativa estructurada en cinco apartados: exposición general y antecedente, Preparación del Proyecto, sistemática contenido y resumen.

El Primer aspecto que aborda la memoria en su apartado dedicado a la exposición general y antecedentes es la naturaleza jurídica de la institución construida en torno al análisis de los artículos 1 y 2 del artículo 124 de la Constitución y apoyada en una interpretación sistemática de su colocación constitucional, su trayectoria histórica y las necesarias referencias doctrinales, jurisprudenciales y de derecho comparado. Con estos elementos se parte de un concepto de Ministerio Fiscal como “órgano de la Administración de Justicia, que vive en ella y se acomoda siempre a sus principios”⁷¹⁰

⁷⁰⁸ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 78. “ En el estatuto de 1926 se establecía la posibilidad de que el Ministerio Fiscal interviniera en cuantos asuntos o expedientes que, por afectar a intereses sociales, el gobierno estimare conveniente (artículo 2.4) se mantenía la representación del Estado, la administración y los Establecimientos públicos de la instrucción o beneficencia, siempre que expresamente no esté atribuida su representación a los Abogados del Estado (artículo 2.3) las discrepancias entre el Presidente del Consejo Fiscal y la Mayoría de miembros de tal organismo eran resueltas por el Ministro de Gracia y justicia (artículo 22.3) los funcionarios fiscales podían ser trasladados siempre que el Gobierno lo estimare conveniente para el servicio público (artículo 30) la jerarquía del Ministerio Fiscal estaba representada por el Fiscal del Tribunal Supremo bajo la inmediata dependencia del Ministro de Gracia y justicia (artículo 42) y finalmente, la facultad del Gobierno para dictar órdenes o instrucciones al Ministerio Fiscal se reglaba expresamente sin filtro o tamiz (artículo 45.2)

⁷⁰⁹ LOPEZ GARRIDO “Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal...” Pág. 84.

⁷¹⁰ LOPEZ GARRIDO “Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal...” Pág. 84.

Esta naturaleza ya apuntada en la tramitación parlamentaria.⁷¹¹ Debe entenderse en el sentido de considerar al Ministerio Fiscal como órgano de enlace entre el Gobierno y los Tribunales,⁷¹² una posición que vendría específicamente delimitada en el nuevo Estatuto por el juego de los principios de legalidad e imparcialidad. Esta configuración sustancial se pretende completar con la introducción de la expresión “situado en el marco constitucional del poder judicial” una precisión que, según la propia memoria explicativa del proyecto⁷¹³ no revestía inicialmente más que el propósito de delimitar el ámbito en el que el Ministerio Fiscal desarrolla sus funciones y que, sin embargo, daría lugar a una intensa discusión ya un resultado final ambiguo y escasamente afortunado y que con muchas opiniones han puesto de manifiesto⁷¹⁴ genera más problemas de los que esta llamado a resolver.

En cuanto al contenido, las principales novedades que se destacan en la memoria vienen referidas a la profundización en el principio acusatorio mediante la potenciación de las facultades investigadoras del Ministerio Fiscal en el proceso penal,⁷¹⁵ la profundización

⁷¹¹ Apuntada por la UCD ver CONDE SALGADO “Constitución Española...” Pág. 1405.

⁷¹² CONDE SALGADO “Constitución Española...” Pág. 1406. En efecto con ocasión del debate del artículo 116 en la Comisión de Asuntos constitucionales y libertades públicas del congreso el diputado Cisneros Laborda sostiene, entre otros, el siguiente argumento “ desde el análisis de las funciones de la Fiscalía del Reino, que podría venir avalada por el Derecho comparado de una forma prácticamente unánime y por la doctrina a lo menos de una forma abrumadora, se infiere que la Fiscalía del Reino no es ciertamente un servidor del ejecutivo o su agente, ni tampoco stricto sensu un órgano de la administración de Justicia es exactamente un `órgano del Estado en la Administración de Justicia, la naturaleza de cuyas funciones múltiples esa custodia de la legalidad esa representación del Estado y de la Administración, esa misión cooperadora con los Tribunales de Justicia y esa tendencia ex lege de la postulación del interés social indefectiblemente unida a esa posición intermediaria, comunicadora, relacionante, como queramos llamarla entre el Gobierno y los Tribunales.

⁷¹³ LOPEZ GARRIDO “Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal...” Pág. 9. Al respecto puede leerse en el apartado IV de la memoria explicativa lo siguiente Título I: Como ya se quedado señalado se recogen casi literalmente en sus artículos 1 y 2 las declaraciones constitucionales relativas al Ministerio Fiscal, como solo dos salvedades: prescindir de la frase “ sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos que utiliza la Constitución y señalar que el ejercicio de las funciones las ejerce el Ministerio Fiscal, situado en el marco constitucional del Poder Judicial En cuanto a la Segunda alteración no hace otra cosa el Estatuto que poner de relieve algo que ya está implícito en la Constitución Que el Ministerio Fiscal esta situado en el marco constitucional del Poder Judicial.

⁷¹⁴ PEREZ GORDO “Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto Orgánico” en El Poder Judicial, Volumen III, Dirección General de lo Contencioso administrativo del Estado, instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983 También ver JIMENEZ BLANCO “Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal” Volumen II En el Poder Judicial Fiscales y Fiscaliza, Madrid 1980 Pág. 1640. MARTIN PALLIN “El Ministerio Fiscal en la búsqueda de la legalidad y de los intereses Generales” En el Poder Judicial Volumen III Dirección General de lo contencioso Administrativo del Estado, instituto de estudios Fiscales, Madrid 1983. Pág. 1793. LOPEZ AGUILAR “La justicia y sus problemas en la Constitución” Tecnos Temas clave de la constitución española, Madrid 1996 Pág. 176.

⁷¹⁵ Ver artículos 3.4 y 5 Probablemente sea una de las novedades que más llama la atención en el proyecto de ley, en cuanto supone un inequívoco paso en la adaptación constitucional del proceso penal al principio acusatorio y que sin embargo quedaría muy mermado en la redacción final, al igual que lo ocurrido

en los principios de legalidad e imparcialidad, ampliados posteriormente en la tramitación parlamentaria, la importancia de las funciones de los órganos colegiados. Consejo Fiscal, junta de Fiscales de Sala y Juntas de Fiscalía, las relaciones con el gobierno y el nombramiento del Fiscal General del Estado, con una limitación entre los elegibles, el tratamiento de las discrepancias entre jefes y subordinados, las condiciones de los traslados y finalmente la fijación de un régimen estatuario muy similar a la judicatura.⁷¹⁶

Finalmente señala esta memoria la importancia de entender comprendido el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal en el marco de las reformas orgánicas y procesales emprendidas tras la constitución de 1978 con la finalidad de dotar a la justicia de los instrumentos normativos adecuados para el cumplimiento de su fin principal. La paz social como piedra angular del Estado de Derecho.⁷¹⁷

Efectivamente como señala el señor. Cabanillas como el Senador Bolea “es que la Constitución de 1978 opera un cambio importante en la configuración del Ministerio Fiscal.” Este cambio importante, cuyo alcance tampoco se precisa en demasía, vendría a exigir, por imperativo constitucional, un cambio en la dimensión normativa que debiera acomodar la institución al nuevo diseño contenido en la norma fundamental. Ahora bien, es sabido que el texto del artículo 124 en síntesis según FLORES PRADA contiene dos concepciones contrapuestas del Ministerio Fiscal, y esta construido sobre la elasticidad la ambigüedad y la difuminación de los contornos de la institución por lo que el margen del legislador ordinario venia a resultar de singular importancia.⁷¹⁸ No se trataba por tanto de una simple misión de desarrollo sino, como se pone de manifiesto en los debates, casi de

posteriormente con las iniciativas en el mismo sentido propugnadas por el Proyecto de Ley orgánica de fecha 7/88 de fecha 28 de diciembre.

⁷¹⁶ LOPEZ GARRIDO “Estatuto orgánico...” Pág. 13. “Como expresamente puede leerse en el resumen de la memoria “El proyecto de ley que somete a la superior decisión de las cortes Generales representa una ordenación del Ministerio Fiscal llevada a cabo con criterios realistas y prácticos con una preocupación absoluta por los principios de legalidad e imparcialidad establecidos en la Constitución y bajo un sistema de equiparación a la Carrera judicial mantenido tradicionalmente en razón a las inevitables y positivas analogías que existen entre una y otra Carrera que las ha hecho vivir largos años en una autentica unidad del precedentes y aun de escalafón.”

⁷¹⁷ LOPEZ GARRIDO “Estatuto orgánico...” Pág. 13. “ No puede quitarse razón al legislador cuando afirma que solo de una armónica conjunción entre la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Estatuto orgánica del Ministerio Fiscal y la reforma de las leyes procesales y en general de todo el ordenamiento jurídico pueden surgir unas bases más firmes para conseguir la paz social con verdadera eficacia sobre la piedra angular de la justicia.”

⁷¹⁸ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 252 entre otros MORENO CATENA “Introducción al...” Pág. 226 MARTIN PALLIN El Ministerio Fiscal...” Pág. 1791.

una labor de definición constitucional⁷¹⁹ por lo que no debe extrañar que en muchos casos se reprodujeran argumentos, contenidos y cuestiones ya debatidos con ocasión de los trabajos constitucionales.⁷²⁰

Otra nota que puede resultar significativa es que el proyecto sufre pocas aunque sustanciales modificaciones en su tramitación parlamentaria. Sin ser exhaustivos, las más importantes afectan a la naturaleza jurídica de la institución, a los principios informadores, a las relaciones con los poderes del Estado, en particular con el Gobierno, a la articulación del principio de unidad y dependencia y finalmente a la configuración, naturaleza y funciones del Consejo Fiscal. Como se ha dicho no se producen modificaciones gruesas más bien pasan por correcciones de estilo introducidas en los apartados ya previstos que sin embargo alteran aspectos esenciales del proyecto de ley⁷²¹. Es importante hacer notar que el proyecto incorpora novedades con respecto a la regulación precedente.⁷²² Se trata empero de novedades que evidencian más que un planteamiento global y definido respecto a la institución una política de parcheo escasamente coherente y en muchos casos contradictoria.

Se encuentra así con un Proyecto conservador en sentido técnico en cierto modo descompensado y que sigue dejando algunas vías abiertas, lo que se aprovechará en la tramitación parlamentaria para ampliar el ámbito de autonomía de la institución, una línea principalmente impulsada, todo hay que decirlo, por los partidos políticos de izquierda⁷²³ mientras que de otra parte, quedarán sensiblemente recortadas determinadas facultades atribuidas al Ministerio Fiscal especialmente las que se refieren a las competencias en la

⁷¹⁹ Ver LOPEZ GARRIDO “Estatuto Orgánico...” Pág. 382. a título de ejemplo el debate sobre el artículo 1 del Proyecto en el pleno del Senado y las intervenciones al respecto de los senadores Galván y Ojeda.

⁷²⁰ LOPEZ GARRIDO “Estatuto Orgánico...” Pág. 382.

⁷²¹ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 253.”Baste recordar en este punto el cambio que sufren las relaciones entre el –Gobierno y el Ministerio Fiscal, concebidas bajo el principio de dependencia en el artículo 7 del proyecto y finalmente reguladas desde la autonomía funcional en los apartados 1 y 3 del definitivo artículo 8.”

⁷²² GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 81 “Pueden sistematizarse de la siguiente forma 1º. La atribución al Ministerio Fiscal de las facultades en la investigación de hechos delictivos 2º. La Limitación de las facultades de instrucción del gobierno respecto del Ministerio Fiscal 3º. La limitación en las funciones potenciales del Consejo Fiscal y de la junta de fiscales de sala como órganos asesores del Fiscal General del Estado 4º. El Establecimiento de requisitos en el candidato a Fiscal General del Estado 5º. Reconocimiento del Régimen de asociación a los Fiscales y 6º. Atribución de competencias sancionadoras en el Ministerio de Justicia.

⁷²³ Los partidos de izquierda son PSOE Y PCE:

investigación criminal.⁷²⁴ Puede decirse que en el Proyecto de Ley queda patente la voluntad del gobierno por definir al Ministerio Público desde una óptica escasamente innovadora, poco comprometida y en la que el consenso volverá a jugar, una vez más un papel importante.⁷²⁵

Los trabajos en el Congreso de las distintas posiciones políticas nos ayudan a vislumbrar la esencia real del espíritu de la presente ley Orgánica toda vez que uno de las principales posiciones iniciales de los distintos grupos políticos las tienen:

1º. El Grupo de Coalición Democrática denominada Torre de Babel. Durante el debate del Estatuto Orgánico no puede hablarse de una homogeneidad de posiciones en el seno del Grupo Parlamentario de Coalición Democrática y como nos comenta GRANADOS “La variada composición de este grupo Parlamentario sumado a la fuerte personalidad de buena parte de sus miembros, podrían explicar la peculiar posición que mantuvo en la elaboración del Estatuto Orgánico caracterizada por la dispersión, cuando no por la contradicción entre sus posiciones parlamentarias. Ello hace difícil su sistematización, sin perjuicio de que se puedan distinguir tres corrientes claras dentro del grupo.”⁷²⁶ Una primera línea vendría marcada las enmiendas 1 al 20, en las que parece vislumbrarse una posición cercana a la que mantuvo el Grupo Alianza Popular en los debates constitucionales. Así se propugna la supresión de la frase “situado en el marco constitucional del Poder judicial” Por equívoca y contradictoria a además con la posición que la institución ocupa respecto del gobierno, regulada en los artículos 8 y siguientes del proyecto.⁷²⁷ Junto a ello, son consideradas como atribuciones impropias del Ministerio

⁷²⁴ Aunque sobre este aspecto tendremos oportunidad de volver más adelante, debe advertirse aquí la sustancial distinción entre lo consignado en el proyecto, contrastar un Ministerio Fiscal director de la investigación penal artículos 3,4 y 5 frente a las tímidas facultades investigadoras que se le acaban reconociendo en el texto final mismos artículos 3,4 y 5.

⁷²⁵ No hay que olvidar el grupo mayoritario de UCD y la situación política que vivía España durante esa época que probablemente para buena parte de la doctrina este Estatuto orgánico, deja sin resolver o mejor expresado sin precisar el abanico de posibilidades que abrían para el Ministerio Fiscal desde el artículo 124 de la Constitución. Vid entre otros MARCHENA “El Ministerio...” Pág. 81 JIMENEZ BLANCO “Relevancia constitucional...” Pág. 1639, GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 81 GIL ALBERT “El Ministerio Fiscal en la Constitución” en el Poder Judicial, Dirección General de lo contencioso administrativo del Estado, instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983 Pág. 118. PEREZ GORDO “Naturaleza y funciones...” Pág. 2354.

⁷²⁶ GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 95.

⁷²⁷ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 255 “Contradicciones que ya se dejaron notar en la tramitación parlamentaria del artículo 124 de la constitución cuando el entonces grupo de Alianza Popular fijó suposición inicial mediante el voto particular del diputado Carro Martínez en el sentido de no considerar

Fiscal tanto el velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente⁷²⁸ como la iniciativa investigadora en el campo del proceso penal.⁷²⁹ Las relaciones del Fiscal General del Estado con el gobierno deben estar presididas por la dependencia en cuanto se propugnan que, ante la inviabilidad o ilicitud de una orden proveniente del Gobierno, el Fiscal General del Estado se abstendrá de toda actuación, como alternativo al Texto del Proyecto en el que se propugna una fórmula ciertamente ambigua concretada en la expresión” Se precederá con arreglo a derecho”⁷³⁰ Junto a estas enmiendas, quizá las más importantes, se añaden otras, de menor relevancia en materia de responsabilidad, reacusación, incompatibilidades, forma de ingreso y régimen sancionador.⁷³¹ La segunda corriente dentro del Grupo coalición Democrática viene representada por las enmiendas presentadas por el diputado de la Vallina, enmiendas números 82 a la 94. Este diputado coincide en la supresión de la expresión “situado en el marco constitucional del Poder Judicial” aunque según puede leerse en la justificación, por razones no exactamente coincidentes con su grupo.⁷³² En relación con las atribuciones investigadoras del Ministerio Fiscal, no sólo no se propugna en supresión sino que además se añade un nuevo inciso al artículo 3 del Proyecto, precisando la dependencia orgánica de la Policía judicial respecto al Ejecutivo⁷³³ Se propone incluir en el polémico artículo cinco, la obligación que tienen los miembros del Ministerio Fiscal de informar a la policía judicial de las determinaciones que

al Ministerio Fiscal como materia propia de la constitución y que agudizan, como tendremos oportunidad de comprobar a lo largo de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Estatuto.”

⁷²⁸ Ver artículo 3.1.

⁷²⁹ Ver artículo 3,4 y 5 LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 45. “Como textualmente se dice en la justificación a la enmienda “Tal expresión es incorrecta y equivoca no aclara si el Ministerio Fiscal es o no órgano del Poder Judicial y en qué medida. Puede irlo aclarando la redacción actual del artículo 8 y otros al informar directamente al gobierno Ver enmienda número 1.”

⁷³⁰ Ver enmienda número 4.

⁷³¹ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 47.

⁷³² LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 72 “Señala el diputado de la Vallina, como justificación a su enmienda de supresión del inciso “situado en el marco constitucional del Poder Judicial” que “El Ministerio Fiscal es una institución compleja que puede actuar en marcos distintos del Poder Judicial. Si la constitución hubiera deseado esta constancia, lo hubiera explicitado en todo caso, el Ministerio Fiscal actúa en otros marcos como el Tribunal Constitucional.” Así también el mismo autor LOPEZ GARRIDO “El estatuto Orgánico...” Pág. 45 señala que “ La justificación de la enmienda número 1 con igual proposición y formulada por el mismo grupo señala que Tal expresión es incorrecta y equivoca. NO aclara si el Ministerio Fiscal es o no órgano del Poder Judicial y en que medida puede irlo aclarando la redacción actual del artículo 8 y otros al informar directamente al gobierno”

⁷³³ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 46 “ Posición que claramente es contradictoria con la justificación de la enmienda número 3 del mismo grupo, en la que se propugna la supresión de la función instructora del Ministerio Fiscal “No es propia del Ministerio Fiscal y, en caso de aceptarse en los términos del Proyecto, lo cual es muy discutible, requeriría la prevista modificación de las leyes procesales”

se adopten en relación con las denuncias o atestados tramitados por ella. El mismo planteamiento subyace en la propuesta de que cualquier Ministro o Autoridad pueda dirigirse al Ministerio Fiscal debiendo éste informarle de las resoluciones que acuerde, o las que en su caso adopten los tribunales.⁷³⁴ La consideración del Fiscal como Magistrado y, en consecuencia, la atribución a sus órganos colegiados de posibilidades de deliberación se encuentra en la justificación a la enmienda 87⁷³⁵ en consonancia con lo que después se sostiene en la enmienda 90.⁷³⁶ Por si pareciera poca heterogeneidad de planteamiento manifiesta FLORES PRADA⁷³⁷ el tercer grupo de enmiendas de Coalición Democrática arranca con la propuesta de configuración del Ministerio Fiscal como “integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial definiéndolo como órgano de postulación constitucional ante juzgados y tribunales y precisando con detalle el alcance de los principios de legalidad e imparcialidad. En la justificación de esta enmienda 209 se dice literalmente que “la expresión que se propone “integrado con autonomía funcional en el

⁷³⁴ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 73 “ La justificación de esta ultima enmienda es suficientemente elocuente del planteamiento del diputado enmendante “ es normal que el Ministerio del Interior y los Gobernadores Civiles y otras Autoridades gubernativas se dirijan a los Fiscales. El deseo de las Autoridades gubernativas y de sus agentes de estar informados de las determinaciones que se adopten por los Tribunales es algo legítimo. En fin de cuentas existe un cierto paralelismo entre el mundo policial y el judicial que, en otros momentos históricos permanecieron unidos” FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 256 “Conviene advertir al respecto que, de un lado, El Ministerio Fiscal no es como se vino repitiendo en los debates parlamentarios constitucionales, un Abogado del Estado, ni mucho menos del Gobierno. El deber de informar al gobierno por el Ministerio Fiscal debe seguir los cauces previstos en el Estatuto, en relación a uno de los poderes del Estado, del que no es funcionalmente dependiente, Pero es que, junto a ello, se olvida consecuencia el deber de secreto de sumario que pesa sobre los miembros del Ministerio Fiscal, sin que ese deber de secreto pueda ser excepcionado para el gobierno ni tampoco para sus Autoridades o Agentes en el marco de un proceso penal en curso”

⁷³⁵ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 73 y 74 “Un consejo y unas Juntas formadas por Magistrados, Los fiscales lo son. Lo menos que puede hacer es deliberar en las materias de su competencia, competencia que debe tender a ampliarse. Lo cierto es que, en la mayor parte de los casos, los Fiscales se atienen a los acuerdos del Consejo y de la Junta de Fiscalía, lo que ocurre en los hechos debe reflejarse en las disposiciones legales”

⁷³⁶ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 74 “Un magistrado, como son los fiscales no pueden actuar más que con arreglo a conciencia. El sistema que se sugiere es el del artículo 33 del Código reprocimiento penal francés de fecha 31 de diciembre de 1957. En Francia tradicionalmente se había regido sin problema alguno de acuerdo con el adagio “si la pluma este serve, la parole est libre” el sistema actual precedente dice don Galo Ponte, es incompatible con la dignidad del funcionario. Parece ilógico que, siendo el ministerio Fiscal español un trasunto del Ministerio Público Francés, se haya descuidado este aspecto, trascendente en un Estado democrático. Las contradicciones que provoca la solución propuesta son difícilmente eludibles o el fiscal es un Magistrado y por tanto, independiente o bien estamos ante una institución cuyos miembros han de sujetarse a los principios de unidad y dependencia. De aceptar la segunda proposición (que es la constitucional no se olvide) resulta más acorde, no solo con la dignidad del funcionario sino con la propia naturaleza de la institución, un sistema como el que finalmente se diseño en el artículo 27 del Estatuto que, sin terminar de resolver el problema al menos admite la posibilidad de reemplazar al funcionario discrepante en el despacho del asunto concreto.”

⁷³⁷ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 257.

poder judicial” acentúa con mayor claridad y firmeza la judicialidad del Ministerio Fiscal como la mejor garantía de que su actuación va estar sometida a los principios de legalidad e imparcialidad.⁷³⁸ En la enmienda 211⁷³⁹ en la que se defiende la supresión de la función investigadora en los delitos se argumenta que el fiscal es un órgano más de dirección de la investigación que de investigación propiamente. Más por razones de infraestructura, aunque luego se matiza que por razones de posición institucional, es por lo que no parece aconsejable hablar de una cierta dependencia o conexión del Gobierno con el Ministerio Fiscal. Por ello se propone en la enmienda 214⁷⁴⁰ la configuración del Ministerio Fiscal como órgano de relación entre las cortes el gobierno y las comunidades autónomas con el poder judicial, recogiendo en su parte una posición que, con ciertos matices ya mantuvo el grupo socialista durante debates constitucionales.⁷⁴¹ En sus relaciones con el gobierno, la enmienda 216⁷⁴² amplía las competencias de la junta de Fiscales de Sala, así como la democratización del Consejo Fiscal⁷⁴³ y, en general, las competencias de los órganos colegiados. Se potencia la capacidad de discrepancia, al estilo de cómo quedará finalmente en el artículo 27⁷⁴⁴ del Estatuto y se proponen algunas correcciones en materia de nombramientos, pruebas de selección y régimen estatutario.

2º. El grupo Comunista: Un ministerio Fiscal independiente. En la enmienda a la totalidad del grupo comunista.⁷⁴⁵ Pueden encontrarse las claves ideológicas que definen la posición de esta formación política, presididas por la idea principal de que el Ministerio Fiscal debe ser considerado como una Magistratura, independiente del Resto de los poderes del Estado e integrado en el poder judicial. La justificación de esta enmienda, sistematizada en torno a las cuestiones esenciales que plantea la posición constitucional de la institución y sus relaciones con los poderes públicos nos releva de analizar la casuística de las enmiendas parciales al Proyecto, sin perjuicio de que los razonamientos expresados en la misma vayan quedando matizados en el examen de la discusión de dichas enmiendas. Para el grupo Comunista la definición de la naturaleza jurídica del Ministerio Público debe arrancar

⁷³⁸ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 115.

⁷³⁹ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 115.

⁷⁴⁰ LOPEZ GARRIDO “El estatuto Orgánico...” Pág. 117.

⁷⁴¹ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 117 así también ver enmienda número 442 del Grupo socialista del Congreso. En CONDE SALGADO “Constitución Española...” Pág. 309.

⁷⁴² LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 118.

⁷⁴³ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 119.

⁷⁴⁴ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 122.

directamente del texto constitucional, en la medida en que la historia carece de los perfiles necesarios para decantar a esta figura de forma pacífica hacia alguno de los poderes que son consustanciales a los Estados democráticos.⁷⁴⁶ De atraparte se señala que la ubicación sistemática en la Constitución debe ser determinante en la naturaleza de la figura eliminando formulas como la que propugna el Estatuto, descomprometidas y de carácter estático. Así se señala que el texto constitucional no ofrece dificultad ni obstáculo para situar al Ministerio Fiscal como una magistratura dotada en el marco de sus funciones de la iniciativa para poner en marcha la actividad jurisdiccional y sujeta a los principios de legalidad e imparcialidad. Dentro de estos principios se subrayan como esenciales los de legalidad e imparcialidad en la medida en que en ellos descansa la sustancia de la institución y sin ellos no podría funcionar. La unidad y dependencia jerárquica deben buscar una síntesis generalizadora, necesaria en una institución como el Ministerio Fiscal que debería articularse mediante órganos colegiados “En un sistema democrático no puede sostenerse la prepotencia autocrática de una persona, fiscal general del estado, como encarnación carismática de lo que constituyen en cada momento histórico los valores fundamentales de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por la ley.”⁷⁴⁷

Junto a ello la dependencia del gobierno no resulta en absoluto necesaria ni debe desprenderse de la designación gubernamental. El gobierno ciertamente está interesado en la política criminal y en el interés social, pero tiene instrumentos operativos precisos para actuarla ante los Tribunales. El gobierno además resulta sujeto pasivo de la actividad jurisdiccional por lo que no puede construirse una parte que defienda los intereses del gobierno sin pasar por el control de la legalidad.⁷⁴⁸ La contradicción entre los intereses del

⁷⁴⁵ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 50 ver enmienda número 21

⁷⁴⁶ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 50 “El Ministerio Fiscal ha carecido históricamente de los perfiles precisos para decantar de manera pacífica e indiscutida su entroncamiento con alguno de los poderes que son consustanciales a los sistemas democráticos. Dejando a un lado toda pretensión erudita que se remonte a los antecedentes históricos esta enmienda pretende centrarse exclusivamente en las posibilidades que el texto constitucional contiene para la estructuración del Ministerio Fiscal en el marco de un Estado social y democrático de derecho.”

⁷⁴⁷ LOPEZ GARRIDO “ El Estatuto Orgánico...” Pág. 51. “ La propuesta aunque original y novedosa, no termina de resolver el problema de la legitimación del Ministerio Fiscal y no termina de resolverlo porque, en definitiva lo que se propone es una institución independiente del resto de los poderes del Estado, un cuarto poder cuya legitimación democrática sería sin camuflajes una legitimación corporativa, en la que se cambiaría la decisión del Fiscal General del Estado por el Criterio de órganos colegiados, pero siempre ad intra de la institución.”

⁷⁴⁸ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 260 “En un sistema democrático de derecho, señala textualmente el grupo comunista en la justificación a su enmienda, el gobierno no es sólo promotor de la

gobierno y los fines del Ministerio Fiscal podría ponerse de manifiesto, a juicio del grupo comunista en relación con las siguientes materias: ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, comisiones de investigación, cuestión de inconstitucionalidad y recurso de amparo.⁷⁴⁹ Junto a ello se advierte del carácter de Ley orgánica que puede requerir el derecho de asociación de los fiscales junto con la necesidad que el desarrollo reglamentario se ajuste a las previsiones legales y constitucionales.

3º. El grupo Socialista: Una institución de relación entre poderes: En una posición coherente con la concepción expresada en los debates constitucionales, el grupo socialista postula un Ministerio Fiscal, situado en el ámbito del Poder Judicial, una expresión ciertamente ambigua que en alguna medida se aclara en la justificación de la enmienda cuando señala que “parece ocioso precisar que el ministerio Fiscal ejerce sus funciones en el ámbito del Poder Judicial.⁷⁵⁰ Queda aún más clara la postura del grupo en la intervención que en el pleno del congreso realiza el diputado Moscoso del Prado, al hilo de la discusión sobre el alcance los principios de unidad y dependencia jerárquica. Claramente se sostiene por el grupo socialista que los principios que informan al Poder Judicial y a la Fiscalía son opuestos⁷⁵¹ lo que conduce a entender la relación con el poder judicial como ámbito en el que el Ministerio Fiscal desarrolla su función sin que ello deba implicar

actividad jurisdiccional, sino también sujeto pasivo de la misma. Así el artículo 106 de la constitución establece que la actividad de la administración es universalmente justificable. Sobre la legalidad de los intereses justiciables, en este caso el gobierno deben otros decidir. Una institución como el Ministerio Fiscal, sustancialmente imparcial, no puede descender a la defensa a ultranza de los intereses de una de las partes sin previamente haberlos pasado por el tamiz de la legalidad. Si carece de independencia para realizar esta valoración pierde su nota característica.”

⁷⁴⁹ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 51 y 52 “ La importancia que a nuestro entender, revisten los argumentos del grupo comunista hace conveniente transcribir la nota completa: “ Los aspectos más relevantes de esta contradicción entre los intereses y fines del Ministerio Fiscal y del Gobierno, aparecen resaltados en las siguientes materiales: A) Ley de protección jurisdiccional de los Derechos fundamentales de la persona de fecha 26 de diciembre de 1978, Desvincula al Ministerio Fiscal de la defensa de los intereses de la administración del Estado, que se encomienda a los Abogados del Estado, interviniendo el Ministerio Fiscal impulsado por los principios de legalidad e imparcialidad incompatibles con la defensa a priori de los intereses de la administración. B) Comisiones de investigación previstas en el artículo 76 de la constitución. La intervención del Parlamento en asuntos de relevante interés público producirá necesariamente consecuencias políticas y jurídicas. La valoración jurídica de la encuesta se encomienda al Ministerio Fiscal que por razones obvia deberá actuar con arreglo a estrictos criterios de legalidad e imparcialidad. Si su decisión se viera condicionada por instrucciones recibidas por el Gobierno se burlaría la soberanía del pueblo español...C) En el ámbito constitucional la necesaria desvinculación del Ministerio Fiscal respecto del gobierno es consustancial a su intervención ante el Tribunal constitucional A) en la cuestión de inconstitucionalidad el tribunal constitucional da traslado al fiscal general del Estado y al gobierno b) Más clara parece la independencia respecto del gobierno en el recurso de amparo contra los actos de los poderes públicos.”

⁷⁵⁰ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 93.

ningún género de integración o asimilación referida a su naturaleza. Por parte del Grupo socialista se pone el acento en la función del Ministerio Fiscal como defensor de las instituciones constitucionales, los derechos fundamentales y las libertades públicas, en su actuación procesal en defensa del interés público dentro del proceso civil y también en su actuación extraprocesal referida a la promoción de instituciones tutelares y vigilancia de establecimientos de menores.⁷⁵² Asimismo se propugna una mayor intervención de la institución en los procesos contencioso administrativo y laboral⁷⁵³ en relación con el control de la actividad jurisdiccional se desglosan sus diversas funciones en el mantenimiento de la competencia jurisdiccional,⁷⁵⁴ se faculta al Ministerio Fiscal para recabar toda información atinente al estado de los procedimientos, en particular, la notificación de cualquier resolución que afecte al interés público o social y, finalmente, se reside en el Ministerio Fiscal la función de velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes.⁷⁵⁵ En dos nuevos capítulos del Título I aparece especificado el alcance de los principios de legalidad e imparcialidad, así como la articulación de las relaciones entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno junto con las Cortes Generales. Este último capítulo resulta de singular importancia para entender el planteamiento del Grupo socialista, respecto de la posición jurídico política de la institución, en el planteamiento de dicho grupo subyace la consideración del Ministerio Fiscal como órgano de relación entre poderes del Estado por lo que junto a la comunicación con el gobierno conviene establecer un cauce de colaboración entre el Ministerio Fiscal y las Cortes Generales.⁷⁵⁶

Aparece junto a lo señalado la necesidad de una colaboración y asistencia intensa entre el Fiscal General del Estado los dos órganos colegiados con mayor importancia en la

⁷⁵¹ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 205.

⁷⁵² LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 94 ver enmiendas 145, 146 y 147.

⁷⁵³ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 97 Ver enmiendas 157 y 158.

⁷⁵⁴ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 95 y 96 “En las enmiendas 151 y 154 aparecen desglosadas las competencias del Ministerio Fiscal respecto al ejercicio de la función jurisdiccional. En concreto se distinguen, por una parte, el mantenimiento de la integridad de la jurisdicción tanto en lo referente a conflictos de jurisdicción como a conflictos y cuestiones de competencia. Junto a ello se hace hincapié en la vigilancia de las resoluciones judiciales, especialmente en las que afecten al Interés público y social y finalmente, se propone la adición de la promoción o la ayuda que ha de prestar el Ministerio Fiscal en el auxilio judicial internacional.”

⁷⁵⁵ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 97. “ En la enmienda 159 se señala el objetivo que anima la propuesta “desglosar claramente los tres tipos de actuación del Fiscal en este caso: interesarse por asuntos de interés público y social velar por la legalidad de los procedimientos enmarca y por último, hacerlo por el cumplimiento de las resoluciones judiciales”

⁷⁵⁶ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 98 y 99 “ Ver enmiendas 163 , 164 y 165”

institución: la junta de Fiscales de Sala y el Consejo Fiscal este último totalmente democrático en su elección, en concreto la enmienda 173⁷⁵⁷ diseña un Gobierno del Ministerio Fiscal que pivota entre tres órganos el Fiscal General del Estado, el Consejo Fiscal y los Fiscales jefes de cada fiscalía.⁷⁵⁸

4º. La Minoría Catalana: El triunfo de la ambigüedad: La primera enmienda del Grupo Catalán.⁷⁵⁹ Reconstruye el artículo 2 del Estatuto, en el que han de diferenciarse tres párrafos. En el primero se define al Ministerio fiscal como “integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial” fórmula hasta entonces no manejada y que a la postre sería la definitiva. Los dos párrafos siguientes se dedican a concretar los principios de legalidad e imparcialidad. La justificación defiende la judicialidad del Ministerio Fiscal.⁷⁶⁰ Que está en consonancia con la postura previamente defendida en los debates constitucionales. En cuanto órgano de relación, Minoría catalana concibe al ministerio fiscal como enlace entre el gobierno, las cortes generales y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas con el poder judicial. En la justificación a pesar de no decirse explícitamente, se profundiza en el Estado de las autonomías y ya explícitamente, se intenta superar la vieja concepción del Ministerio Fiscal como órgano del Poder Ejecutivo, construyendo un órgano de relación entre los distintos poderes del Estado tomando como marco un modelo de administración descentralizada.⁷⁶¹

La racionalización y la flexibilidad del principio de dependencia y el deber de obediencia, haciéndolos compatibles con el respecto a la conciencia y dignidad del subordinado son argumentos que justifican la enmienda 117 en la que se propone una redacción muy parecida al actual artículo 27 del Estatuto.⁷⁶² Así mismo se configura al Consejo Fiscal como órgano de amplios poderes cuyas directrices habrán de ser seguidas

⁷⁵⁷ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 103 y 104

⁷⁵⁸ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 103. Ver enmienda 173 “El gobierno del Ministerio Fiscal corresponderá al Fiscal General del Estado, al Consejo Fiscal y a los jefes de los órganos que lo integran, cada uno en el ámbito territorial que le corresponda y según su respectiva competencia”

⁷⁵⁹ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 103. “enmienda 173, el gobierno del Ministerio Fiscal corresponderá al Fiscal General del Estado, Al consejo Fiscal y a los jefes de los órganos que lo integran, cada uno en el ámbito territorial que le corresponda y según su respectiva competencia.”

⁷⁶⁰ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 80. “No se trata de una modificación meramente semántica o de estilo, sino de fondo. La expresión que se propone “integrado con autonomía funcional en el poder judicial, acentúa con mayor claridad y firmeza la judicialidad del Ministerio Fiscal, en tanto la acogida en el Proyecto parece limitar la vinculación al poder judicial al nivel puramente formal de marco normativo”

⁷⁶¹ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 82 “ver enmienda número 113.”

⁷⁶² LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 83.

por el Fiscal General y los Fiscales Jefes en las instrucciones que impartan a sus subordinados según el tenor de la enmienda 121 se incide mediante la enmienda 127 en las garantías de inamovilidad de los miembros del Ministerio Fiscal, limitando la posibilidad de traslado o jubilación a alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley. En cuanto a las órdenes del Gobierno, el Grupo Catalán menciona FLORES PRADA “Propone en su enmienda 131 la redacción que luego sería la final del artículo 8 En la justificación de la enmienda se señala con claridad que “esta redacción expresa sin ambigüedades y con la mayor claridad posible que el Ministerio Fiscal, en la persona del Fiscal General del Estado no puede recibir órdenes del Gobierno sino sólo mociones o sugerencias en orden a la promoción de actuaciones ante los Tribunales. Sin duda como ya se ha indicado, el Ministerio Fiscal debe articularse como el mecanismo que facilite la coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Judicial, pero ha de evitarse cuidadosamente que el mecanismo de coordinación se convierta en instrumento de injerencia.⁷⁶³” De esta manera el Ministerio Fiscal al poder se estimulado por el Poder político, conserva una dimensión dinámica susceptible de facilitar el progreso y la renovación del derecho vivido y al mismo tiempo se garantiza que ese dinamismo conserve, como supremos marcos de referencia, la primaria lealtad a la ley y la independencia con respecto a puntos de vista que, aún legítimos pueden ser inevitablemente partidistas.⁷⁶⁴ Por último se contempla positivamente por el Grupo Catalán la atribución de la instrucción penal al Ministerio Fiscal “El cambio debe ser en principio saludado como un progreso en tanto supone la definitiva superación de arcaicos residuos del sistema inquisitivo”⁷⁶⁵

Con deseo de reflejar la trayectoria que fue siguiendo el proyecto del Estatuto es importante subrayar las modificaciones más importantes incluidas por la ponencia tras el trámite de enmiendas.⁷⁶⁶ Aceptando las propuestas de algunos grupos parlamentarios, se

⁷⁶³ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 264.

⁷⁶⁴ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 88 y 89.

⁷⁶⁵ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 264 “Ello sin perjuicio de prever las necesarias adaptaciones normativas y estructurales que permitan un desarrollo eficaz de dicha función a los miembros del Ministerio Fiscal” no deben perderse de vista los peligros que llevaría consigo recorrer el camino de la reforma que se pretende con apresuramientos e improvisaciones. Este cambio sólo es concebible y viable en el contexto de una reestructuración profunda del proceso penal, mediante un aumento sustancial de plantillas y medios materiales, situando definitivamente a la Policía judicial a las órdenes directas del Ministerio Fiscal.” Ver también LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 89.

⁷⁶⁶ “ Para un examen detenido de las distintas modificaciones que en cada fase de tramitación fue sufriendo el proyecto puede consultarse el cuadro comparativo de textos” LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 492

sustituye la definición del Ministerio Fiscal en el artículo 2 por lo que resultaría definitiva esto es “integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial”. En cuanto a las funciones sufre el texto una pequeña variación en lo relativo a la separación de las funciones de velar por el respeto a las instituciones frente al ejercicio de las acciones penales dimanantes de delitos y faltas. Junto a ello, se abandona la función de actuar como órgano de investigación, que quedará sustituido por la actuación en el proceso penal instando de la autoridad judicial medidas que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos. Se añaden, por último las funciones de intervención en el proceso contencioso administrativo, en las cuestiones de inconstitucionalidad, la promoción del auxilio internacional y una cláusula final a modo de cierre. En las atribuciones se amplían las posibilidades de requerimiento de información sobre resoluciones judiciales y estado de posprocedimientos en ordenar a mantener la legalidad procesal y los criterios determinadores de la competencia, se incorpora asimismo la atribución de informar a la opinión pública y una cláusula de cierre que obliga a Autoridades y funcionarios a la colaboración con el Ministerio Fiscal en los cometidos asignados a la institución.⁷⁶⁷ El texto del artículo quinto, en consonancia con la supresión específica de las funciones del Ministerio Fiscal como director de la investigación, queda como iniciativa en unas diligencias preprocesales que se mantendrán hasta el final en el texto y que revisten notable importancia.⁷⁶⁸ En los artículos 6 y 17 en los que desaparece toda mención al gobierno, se regulan ahora de forma monográfica los principios de legalidad e imparcialidad otorgándoles, de esta forma, una cierta prelación sobre los de

⁷⁶⁷ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 265. “Se aceptan parcialmente las enmiendas de Minoría Catalana, Grupo Comunista, Grupo Socialista, Coalición Democrática y diputado de la Vallina CD.

⁷⁶⁸ Las atribuciones de funciones instructoras al Ministerio Fiscal en el ámbito del proceso penal es cuestión que, por su importancia, no es posible tratar aquí de forma extensa. Si conviene no obstante apuntar con MARCHENA “el Ministerio Fiscal...” Pág. 179 “ que resulta indudable que el E.O.M.F. introdujo una alteración esencial de los términos en que tradicionalmente se planeaba el debate en torno a los poderes o potestades que, en el ámbito del proceso penal, se reconocían al Ministerio Fiscal... La importancia del artículo 5 al E.O.M.F. trajo consigo una práctica cotidiana que permitía al Ministerio Fiscal desarrollar una tímida función investigadora o de indagación deshecho punible denunciado que, como efecto inmediato provocó un resurgir de la polémica. La diferencia radicaba en que a partir del E.O.M.F. existía un texto de derecho positivo, aunque no incorporado a una norma genuinamente procesal, que suponía un sustancial avance en la aspiración por algunos sentida” en efecto, puede decirse que el Estatuto Orgánico constituye el punto inicial de un debate que, permanece plenamente actual y en el que el fortalecimiento y la profundización en el principio acusatorio va marcando la dirección de importantes reformas procesales en el sentido de incrementar las funciones instructoras del Ministerio Fiscal. Basten como ejemplo la Ley 7/88 de 28 de diciembre, la creación de las fiscalías especiales antidroga y anticorrupción la ley del Tribunal del

unidad y dependencia. Junto a ello, se crea un nuevo Capítulo IV, que lleva por título “De las relaciones del Ministerio Fiscal con los Poderes públicos” en el que destaca las relaciones con otros poderes queda por ejemplo muy desdibujada la regulación de las relaciones entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno construidas ahora sobre la autonomía funcional y la colaboración institucional. Se introduce al Consejo Fiscal como órgano del Ministerio Fiscal y se democratiza el artículo 14 estableciéndose todo el elenco de sus funciones,⁷⁶⁹ quedando también ampliadas las funciones de los Fiscales jefes.

A lo largo de las sesiones plenarias de los días 22 y 23 de septiembre de 1981 tiene lugar el debate en el pleno del Congreso sobre el proyecto de ley de regulación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Los cuatro primeros artículos claves en la configuración institucional del Ministerio Fiscal, se aprueban sin modificación alguna en relación con el dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso, tan sólo se mantuvo una única enmienda al artículo 4⁷⁷⁰ defendida por el Grupo Comunista en relación con las funciones del ministerio Fiscal respecto a la policía judicial y que sería rechazada en el pleno. En cambio la configuración y alcance de los principios de unidad y dependencia y su conexión con las funciones de los órganos colegiados en la elaboración de los criterios que han de regir el funcionamiento del Ministerio Fiscal fue, a propósito de las enmiendas presentadas por el grupo comunista, uno de los puntos que más atención suscitó en el debate del pleno.⁷⁷¹ En efecto el grupo comunista apuesta por un modelo que, como ya se vio, implica la adopción democrática de las líneas que componen la unidad de criterio. Y curiosamente se utiliza el mismo argumento de los que sostienen la necesidad de vincular al Fiscal con el Gobierno cuando se señala que es preciso huir de un Fiscal General carismático que por sí y ante sí

Jurado o en términos aún más claros, la Ley Orgánica de fecha 4/ 1992 de 5 de junio sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados menores.”

⁷⁶⁹ Sobre la naturaleza del Consejo Fiscal en el Estatuto Orgánico y en particular sobre la reciente Sentencia de la Sala tercera del TS, de 13 de abril de 1988

⁷⁷⁰ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 202. “Sostenía el grupo comunista la necesidad de precisar las relaciones entre el Ministerio Fiscal y la Policía judicial con base en el artículo 126 de la Constitución. El sentido de la enmienda era atribuir, tanto a jueces y tribunales, como al Ministerio público, no sólo la facultad de dar órdenes e instrucciones precisas a la policía judicial, sino dirigir su actividad, una función que choca con la dependencia orgánica de los funcionarios policiales respecto al Ministerio del Interior y que será como decimos, rechazada por una amplia mayoría.”

⁷⁷¹ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 202. “En Palabras de Solè Tura “Los principios de unidad y dependencia jerárquica están establecidos en la constitución, por la necesidad de buscar criterios que se acerquen lo mas posibles a una síntesis generalizadora en la búsqueda y en el establecimiento de esas síntesis generalizadora deben participar, de una manera colegiada, de una manera, todos los miembros del

decida qué es lo procedente en cada caso, en orden a fijar el interés público o general. Ocurre que desde este planteamiento, se sustituye el criterio gubernamental por el criterio institucional ad intra. A juicio del Grupo Comunista, el gobierno es uno más entre los interesados en el cumplimiento del interés público, que además dispone de instrumentos para su defensa. La conclusión es clara de por sí el consejo fiscal, órgano de provisión democrática dentro de la Carrera debe asumir la función de forma colegiada de fijar las líneas de actuación de la institución. Se concibe en el conjunto del planteamiento al Ministerio Fiscal como Magistratura que forma parte del Poder Judicial regida por los principios de legalidad e imparcialidad. La contestación a la intervención del grupo comunista corre a cargo del diputado Moscoso,⁷⁷² quien recuerda que el principio de unidad esta conectado con el de dependencia jerárquica, esto es una pirámide con un vértice que viene representado por el Fiscal General del Estado. Por consiguiente, no imprimiría mayor legitimidad a las órdenes el hecho que éstas provinieran o se acordaran a un órgano colegiado.⁷⁷³

Las enmiendas presentadas al proyecto de ley del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en el Senado y del posterior debate y votaciones no se van a desprender modificaciones sustanciales en el texto definitivo. En efecto, el tenor de las enmiendas generalizando las presentadas por los diferentes grupos se orienta a perfeccionar técnicamente el texto proveniente del Congreso.⁷⁷⁴ Los debates en el pleno del Senado, que

Ministerio Fiscal. Y ese es el quid de la cuestión, este es el punto de principal de nuestra concepción general de la institución”

⁷⁷² LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 204.

⁷⁷³ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 205. “Según el diputado Moscoso del Prado “si el Fiscal General del Estado tiene, en nuestra constitución y en este Estatuto este especialísimo rango, justo es que convengamos que ha de ser en la cúspide de la Carrera donde se respetará de forma exhaustiva el principio de legalidad, pero que, en todo caso, las órdenes pertinentes han de provenir siempre de esa cúspide, el hecho de que la orden emane de un órgano colegiado, en absoluto quiere decir que esa orden sea legal” FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal....” Pág. 268. “Resulta evidente que la discusión se centra en un aspecto no aludido directamente por los portavoces: La legitimidad y la responsabilidad política del Ministerio Fiscal. Y no se alude a ello por posportavoces porque ambos erróneamente tratan de situar esa legitimidad que se explico el principio de legalidad e imparcialidad internamente en la institución, olvidando que es el nombramiento y cese, del Fiscal General por el Gobierno, el único elemento de legitimidad en una institución, que a diferencia del Poder judicial no es independiente.”

⁷⁷⁴ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 285. “En una primera dirección se intenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8,2 la consulta que el Fiscal General del Estado deba evacuar como consecuencia de haber interesado el gobierno alguna actuación, se dirija no a la junta de Fiscales de Sala sino al Congreso Fiscal (vid enmiendas números 1 del Grupo Mixto (senador Benet Morell) 10 del Grupo parlamentario de senadores Vascos y 31 del Grupo parlamentario Cataluña Democracia i Socialismo. Así mismo se puede condensar un grupo de enmiendas que pretenden ampliar en la base la composición del consejo mediante la introducción de tres miembros con la categoría de Fiscal ver enmienda número 2 del

comienzan el 26 de noviembre de 1981 recogen una primera intervención de los senadores Galván y Ojeda ambos del grupo mixto y grupo socialista, respectivamente, en la que reproduce la polémica en torno al artículo 1 del Estatuto y de forma directa, se alude a la naturaleza constitucional del Ministerio Fiscal.⁷⁷⁵ El senador Galván sostenía la configuración del Ministerio Fiscal como órgano estatal e independiente,⁷⁷⁶ el senador Ojeda defendió en primer término que las leyes no han de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de las instituciones y en segundo término que, como producto del consenso ya quedó clara la naturaleza del Ministerio Fiscal en la Constitución como dependiente del Poder Ejecutivo, con ciertos correctivos como son los principios de legalidad e imparcialidad.⁷⁷⁷ Puede decirse conclusivamente en razón a que con este debate se pueden dar a fin en este trabajo sobre las reflexiones sobre la naturaleza jurídica y posición jurídico político del Ministerio Fiscal en el marco del Estatuto Orgánico.

grupo Mixto y enmienda número 15 del grupo parlamentario senadores vascos, por otra parte y en función de la estructura interna de la institución, las órdenes o comunicaciones entre el FGE y cualquier Fiscal habrán de hacerse a través del superior jerárquico (este es el sentido de las enmiendas 36 y 37 presentadas por el grupo de UCD en cuya justificación puede leerse que la comunicación directa entre el Fiscal General del Estado y quien no sea su subordinado podría resultar vejatorio para los que ocupan situaciones intermedias en el orden jerárquico, finalmente y por lo que respecta a la inamovilidad, la remoción de los cargos de _Fiscales jefes deberá hacerse por el gobierno, previa audiencia del FGE y del Consejo Fiscal.”

⁷⁷⁵ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 382.

⁷⁷⁶ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 386. “ Tras una larga argumentación referida a la naturaleza del término acción y la inconveniencia que supone identificar la función del Ministerio Fiscal, in toto, con tal término, señala el senador Galván que “el voto particular lo que hace es poner donde dice “Acción” lo que en verdad procesalmente dice la Constitución, que es actuar judicialmente los Tribunales. Es acción de la Constitución en tanto en cuanto se refiere a una actuación procesal, quiere decir actuación procesal” sin detenernos en las serias incorrecciones que plantea la teoría del senador, conviene mostrar también la idea que defiende acerca de la naturaleza jurídica de la institución ya al final de su intervención en defensa del voto particular “ no puede ser, el Ministerio Fiscal el representante del Gobierno, en tanto en cuanto el Ministerio Fiscal representa al gobierno es una postura totalitaria que ésta en total desacuerdo con la división de poderes que corresponden a un Estado democrático y el ministerio fiscal es el representante del Estado y actúa en nombre del Estado y en representación del Estado.”

⁷⁷⁷ FLORES PRADA “El Ministerio fiscal...” Pág. 270. “· En efecto el senador Ojeda sostiene que no es necesario que las leyes fijen la naturaleza jurídica de las instituciones que regulan, siendo ello infrecuente en los distintos textos jurídicos. La constitución no fija de una manera explícita la naturaleza del Ministerio Fiscal, pero y aquí ya en opinión del autor FLORES PRADA lo que si es discutible es que, desde sus formulaciones normativas, pueda deducirse su auténtica naturaleza. El propio senador reconoce que “fruto del consenso de la constitución en esa materia, como en otras, se llegó a una solución intermedia en la que si bien se estatuye y se establece la dependencia del Ministerio Fiscal, hay un correctivo muy claro y es el principio de legalidad. Nada habría de oponer al Senador Ojeda en la labor descriptiva del problema pero si y mucho que oponer habría en el terreno de su deseable, incluso de la imprescindible, cuando se habla de la indefinición de una institución manifiesta el Autor FLORES PRADA en el funcionamiento de un Estado de Derecho. Quizá el consenso explique y así deba ser la elaboración del artículo 124 pero es difícil de entender que sea, nuevamente el consenso quien impida llegar a precisiones claras en el Estatuto Orgánico de la institución cuya principal misión había de ser la concreción de aquello que en la Constitución no puede ser definido con claridad.”

Como se ha expuesto la misión atribuida al legislador ordinario en el desarrollo del artículo 124 se revelaba sumamente delicada en cuanto que la constitución en función de la ambigüedad de sus términos, posibilitaba un amplio abanico de opciones ciertamente no ilimitadas aunque sí muy amplias, que habrían de ser concretadas en el Estatuto Orgánico. Así pues, el Estatuto no es sólo desarrollo de la Constitución sino que, en buena medida, debió ser concreción y fijación, en primer lugar, de la naturaleza jurídica de la institución. Quizá un elemento que admita poca discusión es que la Constitución no define la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal con precisión fija unos rasgos generales desde la determinación de sus funciones, sus principios y su cúpula, pero poco más. Ante ello, el Estatuto orgánico se encuentra con un primer problema definir su naturaleza jurídica o si se prefiere no definir explícitamente su naturaleza pero establecer una regulación de la cual pueda extraerse claramente la misma. En este empeño, la primera medida que se adopta es transcribir en el artículo 1 el apartado 1 del artículo 124 con la excepción de la frase que se refiere a las funciones encomendadas a otros órganos.⁷⁷⁸ Frente a este artículo primero lógico como ya se ha visto la gran novedad radica en el arranque del artículo 2 en concreto en la expresión “integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial” Tras el análisis que ocupa este apartado hemos visto con dicha expresión o figuraba en el Proyecto y que responde a una enmienda del grupo Minoría catalana.⁷⁷⁹ El texto original no pasaba de una formula descriptiva escasamente comprometida como era “situado en el marco

⁷⁷⁸ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 9. “ La supresión de la frase citada, largamente discutida en la elaboración de la constitución, es justificada en la memoria que acompaña la presentación del proyecto de ley en función a lo siguiente “ transcribir los mismos términos que la Constitución utiliza parece que es, en principio la formula más acertada y que se viene utilizando en textos análogos porque cualquier cambio podría significar un equivoco o contraproducente para el intérprete de los cuerpos legales y un grave peligro de desnaturalizarla. En cambio, omitir la frase que queda indicada, es decir “sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos” parece acertada y casi la única formula viable porque la constitución cuando se refiere al Ministerio Fiscal lo está contemplando y es inevitable que así suceda, en visión panorámica y general al lado de las demás instituciones del Estado, que de alguna manera pudieran tener zonas comunes de actuación, es decir, en este caso concreto el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo artículo 54 como órganos encargados de hacer efectivo el principio de legalidad aunque cada uno en una zona específica y propia, ahora bien el Estatuto del Ministerio Fiscal ordena y regula lógicamente una sola de estas instituciones, detallando y pormenorizando sus funciones específicas que no comparte con ninguna otra, por aparecer claramente precisado sus límites y fronteras.

⁷⁷⁹ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 80 “ver enmienda número 109 Conviene notar que, aunque en el informe de la ponencia se señala que el texto del artículo 2 se redacta aceptando parcialmente las enmiendas de los Grupos Minorías Catalana, Socialista, C.D. comunista y la formulada por el diputado DE LA VALLINA lo cierto y verdad es que la expresión clave del precepto “integrado con autonomía funcional en el poder judicial” corresponde al Grupo catalán una expresión que, por poner sólo dos ejemplos difiere en mucho de la propuesta por el grupo comunista, “ institución integrada en el Poder judicial” o de la sugerida por el grupo socialista “ situado en el ámbito del Poder Judicial”

constitucional del poder judicial” que más bien venía referida a la ubicación espacial, sistemática y al ámbito procesal en que se mueve el ministerio Fiscal que a una delimitación de su posición jurídico institucional. Lo cierto es que, conscientemente⁷⁸⁰ se cambia la expresión y con ello se abandona la indefinición para optar, claramente, por una inclinación a la judicialidad del instituto. Lo apropiada de la fórmula su coherencia jurídica con el conjunto de texto así como su discutible encaje en la ordenación jurídica política del Estado son extremos que plantean serios problemas de comprensión con todo, lo que no puede discutirse es la voluntad del legislador a la hora de ubicar el Ministerio Fiscal en la órbita del Poder Judicial, en el cual se encuentra integrado con autonomía funcional. Esta fórmula mientras que para algunos, zanja definitivamente la polémica⁷⁸¹ para otros no resuelve nada⁷⁸² y para otros se crea más problemas que los que resuelve.⁷⁸³ Lo que en este momento se puede aseverar y compartir es la opinión de FLORES PRADA en el sentido de que el legislador quiere acercar al Ministerio Fiscal al poder judicial.⁷⁸⁴

⁷⁸⁰ LOPEZ GARRIDO “El estatuto Orgánico...” Pág. 80. “es suficiente explicativa de la finalidad que anima la propuesta de reforma “ No se trata de una modificación meramente semántica o de estilo sino de fondo. La expresión que se propone integrado con autonomía en el poder judicial acentúa con mayor claridad y firmeza la judicialidad del Ministerio Fiscal, en tanto la cogida en el proyecto parece limitar la vinculación al Poder Judicial al nivel puramente formal del marco normativo y no debe perderse de vista que la integración del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial es la mejor garantía de que su actuación va estar en todo caso sujeta a los principios de legalidad e imparcialidad, el hecho de que el Ministerio Fiscal no éste representado como tal en el Consejo General no es un obstáculo para que se le considere integrado en el Poder judicial, ya que su integración no es orgánica sino funcional, a través de funciones no jurisdiccionales por eso son autónomas, pero absolutamente decisivas para la actuación judicial mediante el ejercicio del ius puniendi estatal.”

⁷⁸¹ Una postura intermedia sostiene MUÑOZ CALVO “La independencia del Ministerio Fiscal...” Pág. 2163 para quien el definitivo encuadramiento formal de la institución en el poder judicial que solventa las dudas existentes a este respecto afirmando de un modo claro la judicialidad del Ministerio Fiscal como una Magistratura singular, entra en franca contradicción con la regulación que el artículo 8 define las relaciones entre el gobierno y el Ministerio Fiscal, lo hace quedar en entredicho su caracterización judicial

⁷⁸² GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 98. “El crónico enigma de establecer la naturaleza jurídico constitucional del Ministerio Fiscal ha quedado una vez más inalterable parece que ni el gobierno autor del correspondiente Proyecto de Ley, ni los Grupos parlamentarios que lo enmendaron tuvieron la voluntad política de aprovechar este instrumento legal para resolver tan permanente indefinición y optaron por una fórmula cuasi definitiva y descomprometida.”

⁷⁸³ JIMENEZ BLANCO “Relevancia constitucional.” Pág. 1639, PEREZ GORDO “Naturaleza y funciones...” Pág. 2354.

⁷⁸⁴ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 274. “Si bien cabe hacerse al hilo de esta afirmación dos preguntas esenciales ¿ es ello posible dentro del marco de nuestra constitución? Y segunda ¿es coherente esta afirmación con la regulación del Ministerio Fiscal en el resto del Estatuto? En relación con la coherencia de nuestro sistema constitucional habría que señalar que según el artículo 117 “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey por jueces y magistrados integrantes del Poder judicial...” A partir del mencionado precepto sólo alcanzaría sentido la afirmación del artículo 2 del Estatuto Orgánico” Para CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y en el Nuevo Estatuto Orgánico” en el Poder Judicial, Dirección General de lo contencioso administrativo del Estado, Instituto de estudios fiscales, Madrid 1983 Pág. 871. “ Aunque en la constitución el Ministerio Fiscal aparece inserto en el título VI, regulador del Poder Judicial y el ámbito de actuación del fiscal son los

Tribunales ante los que debe defender la legalidad, función en la que se condensan todas las demás, se ha pretendido negar toda posibilidad de esta integración del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial con el doble argumento de la exclusiva integración del Poder Judicial por los jueces y magistrados en base al artículo 117 de la Constitución y la exclusión de los fiscales del ámbito del Consejo General del Poder Judicial, como órgano de gobierno del mismo. Lo cierto es que ni uno ni otro argumento son válidos. El artículo 117 admite más lecturas, al utilizar el término “integrantes” esto es, el participio activo, sólo se quiere decir que los jueces y magistrados integran el poder judicial y que lo componen junto a otros elementos por que lo “integrante” de algo es tan sólo una parte que contribuye a formar el todo. El poder judicial en la constitución está integrado también por otros órganos, la jurisdicción militar, el jurado y los tribunales consuetudinarios y tradicionales... en cuanto a la exclusión del Ministerio Fiscal del Consejo General del Poder Judicial, señala el autor que es obligada consecuencia de la propia autonomía y necesidad de independencia de la institución.” Es pues que para el autor antes citado el Poder Judicial no se compone únicamente de jueces y Magistrados sino que aquellos constituyen sólo una parte debiendo administrarse dentro Del poder Judicial otros elementos o instituciones. Si esta hubiera sido la voluntad constitucional, cabe preguntarse por qué no se dijo claramente al modo de la constitución española de 1931 bajo la rúbrica general de Justicia, no se utiliza la expresión Poder Judicial y en el artículo 104 se establecía que el “Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. Constituirá un solo cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la administración de justicia. Así lo ha puesto de manifiesto también RICO LINAGE “Constituciones Históricas, ediciones oficiales Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994 Pág. 234. Sin embargo el argumento de fondo que impide el acuerdo con tan singular teoría que debe situarse en los requisitos que tales elementos o instituciones deban reunir para considerarse integrados en el Poder Judicial ¿Solo el Ministerio Fiscal? ¿también la policía judicial, o los secretarios judiciales o incluso el personal al servicio de la Administración de justicia? El criterio como ha señalado acertadamente GIMENO “Constitución y Proceso “Tecnos Madrid 1988 Pág. 65 “ Puede afirmarse que el Ministerio Público español forma parte de la jurisdicción? O lo que es lo mismo (por emplear la terminología de la constitución) ¿ es o no el Ministerio Fiscal miembro integrante del Poder Judicial? No compartimos tal supuesta naturaleza preconizada por algunos sectores de la opinión pública española por dos razones porque ni el Ministerio Fiscal es un órgano dotado de independencia ni detenta la potestad jurisdiccional.” Por si lo dicho no fuera suficiente conviene advertir que la judicialización del Ministerio Fiscal, construida sobre la frágil teoría de la escisión de la función judicial entre una magistratura postulante Ministerio Fiscal y una decisoria órganos jurisdiccionales, como lo dice MONTERO AROCA “Derecho Jurisdiccional...” Pág. 196 a las referencias que se han hecho alguna vez a una suerte de magistratura postulante.” Deja una importante sin contestar, la independencia jurídico política del Ministerio Fiscal en su conjunto y también la de cada uno de los miembros que componen la institución. Desde un punto de vista constitucional, ni resulta posible hablar de esta última, proscrita en virtud de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica ni tampoco de la primera no ya desde consideraciones de legitimidad democrática, responsabilidad política o participación en una línea de política criminal, sino desde el incuestionable dato normativo de la designación y cese del Fiscal General del Estado por el Gobierno de la nación. Si como se acaba de señalar no es posible sostener desde una correcta lectura de la constitución la integración del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial resulta inútil precisar el alcance de la autonomía funcional en el Estatuto desde esta perspectiva. La autonomía funcional un concepto que siniestra contenido en la constitución puede resultar, muy útil para explicar la posición jurídico política del Ministerio Fiscal ha de comenzar a entenderse como señala LOPEZ AGUILAR “La justicia y sus problemas...” Pág. 181 “Por autonomía funcional entendemos antes bien, la categorización de ese haz de facultades y de potestades típicas de todo órgano estatal del que sus titulares disponen para el acometimiento de funciones que el ordenamiento jurídico les atribuye de forma distinta y específica. Dicha autonomía debe predicarse del ejercicio de sus funciones por los miembros de la institución” pero una vez más del órgano del Estado globalmente considerado ni mucho menos aún de su posición en la estructura de poderes del Estado. “Partiendo de la actuación del Ministerio Fiscal mediante órganos propios, capaces de responder a directivas y criterios en los que, necesariamente habría de disfrutar de un margen cierto de decisión quizá pueda tener razón JIMENEZ BLANCO “Relevancia constitucional...” Pág. 1640, cuando señala que lo que se consiguió por más de lo que se quiso está claro con la enmienda de Minoría Catalana, es dejar patente que el Ministerio Fiscal actúa en el marco del Poder Judicial aunque tampoco ello es plenamente cierto porque de forma progresiva y gradual, van ampliándose las competencias extraprocesales que asume la institución en defensa del interés público y principalmente, en defensa del interés social.”

Con respecto a las relaciones con los poderes públicos⁷⁸⁵ el proyecto del Estatuto si aborda dicho tema aunque construida únicamente sobre un deber de colaboración y auxilio de las autoridades y agentes con el Ministerio Fiscal en el cumplimiento de sus funciones.⁷⁸⁶ No quedaba sin embargo claramente definida su posición institucional que había de deducirse de la ambigua expresión “situado en el marco constitucional del poder judicial” y de la no menos ambigua dicción del artículo 6 que establecía una dependencia funcional de la institución respecto del gobierno”⁷⁸⁷

La inclinación hacia la tesis judicialista, que resulta evidente tras la modificación del artículo 2 del Proyecto del Estatuto Orgánico, va a encontrar una cierta continuidad en la regulación de las relaciones del Ministerio Fiscal con los poderes públicos contenidos en el nuevo capítulo IV del Título I. En efecto, la comparación entre el planteamiento del proyecto de ley y el texto definitivo en este aspecto pone de relieve según FLORES PRADA dos modificaciones de suma importancia: de una parte se acepta aunque tímidamente la concepción del ministerio Fiscal como órgano autónomo llamado a cumplir un cierto papel de relación ente los poderes del estado en cuanto aparecen dos nuevos protagonistas en un escenario anteriormente monopolizado por el Ejecutivo: Las Cortes Generales y las comunidades autónomas, de otra parte, la vinculación del Ministerio Fiscal respecto del gobierno queda sustancialmente matizada siempre que se pasa de una dependencia funcional (artículo 6.2 del Proyecto de Ley)⁷⁸⁸ a un modelo de relación

⁷⁸⁵ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 277 “funciones que se dejan ver con claridad en los campos de prevención de conductas relacionadas con la drogadicción, con aspectos relacionados con la adopción o en materia de protección de menores, consumo o medio ambiente.”

⁷⁸⁶ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 277 “ Al margen de las relaciones con el gobierno, expresamente previstas en los artículos 6, 7 y 8 del Proyecto, la única referencia a la comunicación del Ministerio Fiscal con los poderes públicos venia contenida en el artículo 4.3. en el que se facultaba al Ministerio Fiscal para requerir el auxilio de las autoridades de cualquier clase y de sus agentes para el ejercicio de las funciones encomendadas.

⁷⁸⁷ LOPEZ GARRIDO “El Estatuto Orgánico...” Pág. 55 “La introducción dentro del Título I, del nuevo capítulo IV, dedicado a las relaciones entre el Ministerio Fiscal y los poderes públicos, obedeció como ya tuvimos oportunidad de señalar, a un grupo de enmiendas de los Grupos comunista, Socialista y Minoría Catalana (vid enmiendas 27 a 36, 165 y 113) construidas sobre la concepción del Ministerio Fiscal como un órgano de relación y coordinación entre poderes. En la justificación de la enmienda número 113 de Minoría Catalana puede leerse lo siguiente “ la vieja y estrecha concepción del Ministerio Fiscal como simple órgano de comunicación entre el gobierno y los tribunales, debe dar paso, en el contexto de una sociedad política inspirada en el principio de separación de poderes y en la profunda descentralización propia del Estado de las autonomías, a una imagen en que el Ministerio Fiscal pase a desempeñar en su ámbito específico una función tan importante desde el punto de vista constitucional como la de relacionar y coordinar los distintos poderes del Estado con el poder Judicial.”

⁷⁸⁸ Según el mencionado artículo “El Ministerio Fiscal promoverá ante los Tribunales las actuaciones que el gobierno interese del Fiscal General del Estado, en atención ala defensa del interés público. Cuando el Fiscal

basado cuando menos en la autonomía funcional.(ver artículo 8.1 y 3 del Estatuto Orgánico.)⁷⁸⁹

Al estudiar lo anterior se advierte que el legislador se ve incapaz de delimitar más allá de perfiles desdibujados y ambiguos, el contenido de las relaciones del Ministerio Fiscal en el juego de poderes, precisamente porque carece del presupuesto básico, cual es una visión clara de la naturaleza jurídica de la institución. Ni el Ministerio Fiscal se convierte en órgano de coordinación o relación entre poderes, ni tampoco es un órgano independiente del gobierno ya que, si bien se garantiza un ámbito cierto de autonomía funcional no puede olvidarse las facultades del gobierno relativas a la designación y remoción tanto del fiscal General como de los fiscales jefes de todos los `órganos que componen el Ministerio Fiscal.

4. EL MINISTERIO FISCAL EN LA ACTUAL CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA:

En pocas ocasiones ha sido resaltada la Fiscalía como instrumento crucial en el cumplimiento de la legalidad, con un poder intrínseco a la naturaleza común de sus funciones y asumido a lo largo del tiempo, que ha supuesto su consideración como institución indispensable para la subsistencia de ordenamientos jurídicos más o menos desarrollados, así como pieza legitimadora paradójicamente de sistemas autoritario y democráticos.⁷⁹⁰

La constitución más bien para a la hora de regular esta figura según MARTINEZ en el funcionamiento de la justicia, le dedicó su artículo 124 la brevedad constitucional, que

General del Estado aprecie la inviabilidad o ilicitud jurídica de las actuaciones interesadas por el Gobierno, lo expondrá así a éste y se precederá con arreglo a Derecho”

⁷⁸⁹ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 278. “

⁷⁹⁰ La primera de las conclusiones de la reunión multilateral organizada por el Consejo de Europa e Intercenter en Mesina en junio de 1996 menciona MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 127 “ Frente a un desarrollo de la criminalidad y el aumento de una delincuencia multiforme, los participantes reafirman la función indispensable del Ministerio Público para vigilar el respeto de las leyes y dar el impulso necesario a los procedimientos que permitirán llevar ante los tribunales a los autores de las infracciones, con el fin de que sean juzgados.”

por otra parte ha venido siendo habitual en constituciones anteriores,⁷⁹¹ dicha norma constitucional reza en el siguiente sentido: “ 1. El Ministerio Fiscal sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. 3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, 4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey a propuesta del gobierno oído el consejo general del poder judicial”. no puede interpretarse en el sentido de restar importancia a la figura sino que, por el contrario, debe entenderse como una cuestión polémica que no pudo concretarse en mayor medida en aras del espíritu de consenso que protagonizó las singulares circunstancias que rodearon la redacción de la norma fundamental. Así pues puede considerarse en un juicio muy particular que el constituyente se limitó a sentar los fundamentos de la institución con mayor o menor acierto y a delegar en una ley posterior el desarrollo de la figura.

Un apartado fundamental, a este respecto, lo constituye las razones y los efectos de la inclusión constitucional del Ministerio Fiscal en el título VI: Desde la misma proclamación de la constitución se ha debatido ampliamente sobre si la inclusión del ministerio Público en el Título dedicado al Poder Judicial conlleva una automática dependencia del órgano del poder regulado en esa sede.⁷⁹² En general, se han dado valiosas razones para negar absolutamente esta inclusión automática. Por una parte, se ha repetido varias veces, es norma habitual por lo menos en algunas constituciones incluir al Ministerio Público en las disposiciones referidas al Poder judicial, dentro de un apartado propio o directamente en el dedicado de aquél, como es el caso de la constitución de 1978. Esta

⁷⁹¹ Un antecedente constitucional en España se encuentra como se ha visto en la Constitución republicana de 1931 sin tener en cuenta la legislación durante el régimen franquista, Tampoco en derecho comparado es práctica generalizada la inclusión del Ministerio Fiscal en las Constituciones de Europa Occidental, salvo las de aquellos países del Antiguo bloque del Este, en los cuales la importancia dentro del Estado de la Prokuratura quedaba reflejada en su constitucionalización anterior y ha pasado a las nuevas constituciones es importante que en las legislaciones latinoamericanas regularmente aparece implícito el Ministerio Público en su normativa constitucional como institución de carácter constitucional y de importancia inequívoca.

ubicación viene determinada por las circunstancias en las que se desarrolla el Fiscal su trabajo, el medio, los instrumentos, el personal, con el que desarrolla su función. Se entiende que son cosas diferentes formar parte del Poder Judicial y ser un órgano cooperador con la Administración de Justicia.⁷⁹³ Así mismo el Título VI incluye otras figuras de las que no puede predicarse propiamente que dependan del Poder Judicial, como el Consejo General del Poder Judicial regulado en el artículo 122 de la constitución español órgano que desenvuelve su actividad en el mismo medio que los jueces y los fiscales. Es más, cabría preguntarse dónde si no en el título destinado al poder judicial entorno en el que desarrollara su función podría cabalmente haberse incluido al Ministerio Fiscal expresa GONZALEZ CUELLA. Difícilmente en el título destinado al gobierno y la Administración, por cuanto no forman parte del primero ni en sentido estricto, de la segunda podría haberse, en todo caso, situado en un apartado independiente⁷⁹⁴ Lo cierto expresa MARTINEZ “las que las características del Ministerio Público en la constitución nos llevará a rechazar la idea de que su inclusión en el título correspondiente se deba al funcionamiento en nuestro país de un Ministerio Fiscal judicial al estilo Italiano.”⁷⁹⁵ De todo ello se puede extraer que la ubicación del Ministerio Fiscal en la constitución, no va necesariamente a decidir sobre su naturaleza según algunos autores.⁷⁹⁶ En general, podemos admitir que si el Ministerio Fiscal se regula en el Título VI es por su Relación funcional con la judicatura, no en vano su trabajo carece de sentido sin la función de los jueces y magistrados. Ambos utilizan los medios de la misma administración para desarrollar sus actividades, como es el caso, entre otros, de la policía judicial, también incluida en el conjunto de disposiciones que integran el Título destinado al Poder judicial⁷⁹⁷.

⁷⁹² GONZALEZ CUELLAR “EL Ministerio Fiscal” Documentación jurídica número 45-46 Madrid 1985. Pág.235

⁷⁹³ GONZALEZ CUELLAR “El Ministerio Fiscal...” Pág. 235.

⁷⁹⁴ GONZALEZ CUELLAR “El Ministerio Fiscal...” Pág. 236. Algunos ejemplos existen en derecho comparado, pero generalmente en países que han transcurrido por una época de influencia soviética, y que mantienen tradicionalmente una particular concepción del Fiscal. Esto se refleja constitucionalmente además de su configuración como órgano del Estado, en su ubicación en una sección o título propio. Así ocurre por ejemplo en la Constitución Húngara de 1949 y en la eslovaca de 1992.

⁷⁹⁵ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 131.

⁷⁹⁶ Entre los que destacan GARRIDO FALLA, “Comentarios a la constitución” Madrid Civitas 1985, así también MARTIN PALLIN “El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales” en AA.VV. El Poder Judicial Madrid, Dirección General de lo Contencioso Instituto de Estudios Fiscales, 1983

⁷⁹⁷ GARRIDO FALLA “Comentarios a la constitución” Pág. 1973.

Es pues que el Ministerio Fiscal si bien se regula formalmente en el Título dedicado al Poder Judicial, fue creado con la intención de que se configurase como órgano entre poderes⁷⁹⁸ Y que como dice ALMAGRO NOSETE “ Una posición de equilibrio, sería lo más conveniente, pues una independencia funcional completa, no parece adecuada ya que las instituciones del Estado no pueden funcionar como compartimentos estancos, se impone, pues una relación de coordinación entre la Presidencia del Gobierno y el Fiscal General de Carácter institucional.”⁷⁹⁹

El Ministerio Fiscal español puede decirse sin más elucubraciones que se consolidó como una institución en la órbita de influencia del Ejecutivo y de actuación del judicial alejándose de los sistemas como el italiano que apostaron por una institucional judicializada y acercándose en este punto a los países como Francia o Alemania que se en su momento como se pudo estudiar más dependientes al Ejecutivo.

Tres años después de la aprobación de la Constitución el 30 de diciembre de 1981 aparece el Nuevo Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal Según ley 50/1981 BOE de 13 de enero de 1982 que derogó definitivamente el Estatuto de 1926 según LORCA GARCIA expresa que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal no recoge en toda su dimensión el perfil constitucional del Fiscal, el artículo 1 del mencionado cuerpo legal transcribe las funciones del artículo 124.1 de la Constitución y el artículo 2 hace lo propio con los principios de actuación del artículo 124.2 de la Constitución introduciendo la expresión “ integrado con autonomía funcional dentro del poder judicial” que desde luego no puede derivarse directamente del precepto constitucional. Para el cumplimiento de las misiones encomendadas al Fiscal el artículo 3o de dicho estatuto enumera una serie de funciones tales como “Velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recurso y actuaciones pertinentes, ejercer cuantas funciones le atribuye la ley en defensa de la independencia de los Jueces y Tribunales. Entre otras.”⁸⁰⁰ pero sin

⁷⁹⁸ MARTIN PALLIN “El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad...” Pág. 1973.

⁷⁹⁹ ALMAGRO NOSETE “El Derecho procesal en la nueva constitución” Separata de la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana número 4 Octubre diciembre de 1978. Pág. 865.

⁸⁰⁰ Las siguientes funciones que regula el artículo 3 de dicho cuerpo legal son: “ Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas en cuantas actuaciones exija su defensa, ejercitar las acciones penales y civiles dimitentes de delitos y faltas y oponerse a la ejercitadas por otros cuando proceda, intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al

establecer un número clausus de actividades sino que deja las puertas abiertas para la actuación del Fiscal en aquellas funciones que le atribuye el ordenamiento jurídico.⁸⁰¹

esclarecimiento de los hechos, pudiendo ordenar a la Policía judicial aquellas otras que estime oportunas, Tomar parte en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley. Asumir o , en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación lega, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos, Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y Tribunales promoviendo los conflictos de jurisdicción y en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes e intervenir en las promovidas por otros, velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afectan el interés público y social, interponer el recurso de amparo constitucional en los casos y forma previstos en la ley orgánica del tribunal constitucional, intervenir en los procesos de que conoce el tribunal constitucional en defensa de la legalidad en la forma que las leyes establezcan. Intervenir en los procesos judiciales de amparo, Defender igualmente la legalidad de los procesos contencioso administrativos que prevén su intervención, promover o en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previstos en las leyes tratados y convenciones internacionales, Ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye..

⁸⁰¹ MARTINEZ “Aspectos constitucionales...” Pág. 134 “Los trabajos parlamentarios que tuvieron lugar para la aprobación del EOMF nos ofrecen importantes elementos de juicio sobre las posturas adoptadas para diseñar un nuevo Estatuto del Ministerio Público en el marco determinado por la Constitución. El Proyecto de Ley remitido por el Gobierno iba más allá del propio artículo 124 de la Constitución, cuando señalaba en el artículo 2º. Que el Ministerio público “situado en el marco constitucional del poder judicial, ejerce sus funciones en el ámbito de la administración de justicia...” El proyecto apostaba de manera diáfana por un Fiscal dependiente del Judicial, confiriendo extraordinaria importancia a la ubicación constitucional del Fiscal en el Título destinado al Poder Judicial y olvidándose del verdadero sentido de la norma “ en la exposición general del Proyecto se señala que las funciones y principios que inspiran la institución y de su inclusión dentro del título VI de la Constitución que se titula del poder judicial, es fácil ya conocer los principios básicos rectores del Ministerio Fiscal, pues no puede ni debe olvidarse que una interpretación teleológica de los preceptos incluye no sólo su propia redacción sino también el estudio de las rúbricas de sus capítulos o títulos y de cuantos otros datos y antecedentes pueda contribuir a obtener de la manera más precisa posible su verdadero sentido y alcance, como ordena el artículo 3º del código civil en España han contribuido a esta idea esencial la doctrina científica procesalista, el derecho positiva y la jurisprudencia del Tribunal Supremo” El informe de la ponencia recogió el núcleo de las enmiendas que habían abogado por la supresión de la dependencia del Judicial e incluyó la redacción actual, que no sufrió modificaciones en el Dictamen de la Comisión de Justicia ni en su paso por el Senado. Esta integración con Autonomía funcional en el Poder Judicial aunque resulte sumamente ambigua y no encuentre un claro fundamento en los preceptos constitucionales ha servido de valioso apoyo para la tesis judicialista. En el proyecto la instrucción quedaba en manos del ministerio Fiscal al señalar el artículo 3º. 4. Que correspondía a éste “actuar como órgano de investigación en el proceso penal, a cuyo fin instara de la Autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y dirigirá la actividad de la policía Judicial” No podía sorprender esta función por cuanto el Fiscal se perfilaba, en contra del precepto constitucional como un virtual juez, tras su paso por la comisión de justicia del Congreso, que se mantendría en el texto definitivo la actuación como órgano de investigación quedó como intervención y la dirección de la actividad de la policía judicial en una simple posibilidad de ordenar las medidas que estimase oportunas LLOBEL MUEDRA “El Nuevo estatuto orgánico del Ministerio Fiscal” en La Ley número 1 año 1982 Madrid , Pág. 911 Los cambios pues fueron importantes,. Mientras el Proyecto del Estatuto perfilaba un Fiscal incluido, con todos sus efectos, en el Poder Judicial, La Ley final rectificó y acercó el Fiscal a la posición que realmente había expresado la norma constitucional aunque con más sombras que luces. Se ha querido ver que la aprobación del EOMF supuso redirigir al ministerio Fiscal hacia su supuesta naturaleza judicial, especialmente en la inclusión del artículo 2º. .2. Pero es imposible reconducir una figura hacia un camino inviable. NO tiene sentido asegurar que l a la integración del Fiscal en el Poder Judicial se llega “ tras examinar las funciones y facultades y restante régimen jurídico del Ministerio Fiscal” que contiene el EOMF y todavía menos afirmar que “carecería de sentido y supondría un atentado contra la independencia judicial la función de defensa jurisdiccional que le

A la luz del presente análisis se puede destacar en forma muy puntal según CONDE PUNPIDO FERREIRA tratando de destacar los aspectos más importantes del tratamiento del Ministerio Fiscal en la Constitución y su nuevo Estatuto Orgánico, señalaríamos:

1o. La inclusión de la institución dentro del Título del Poder Judicial, 2o. El silencio sobre su carácter de órgano de representación o comunicación del Gobierno, silencio más significativo en cuanto en las primeras redacciones aparecía como órgano de relación entre el Gobierno y el Poder judicial. 3o. El señalarle como misiones especialmente citadas, el velar por los derechos de los ciudadanos y por la independencia de los Tribunales, que no aparecían destacadas en los textos precedentes 4o. El proclamar su sumisión en todo caso a los principios de legalidad e imparcialidad. 5o. El establecer los modos de actuar su iniciativa de oficio o a petición de los interesados, silenciando en cambio la instancia u orden del Gobierno. 6o. El Elevar el rango de la cabeza rectora de la institución, al incluir su cargo entre los de nombramiento real y definirlo como Fiscal General del Estado. no ya sólo como del Tribunal Supremo considerándolo así además como un órgano estatal y no parcial de uno de los poderes de ese estado.⁸⁰²

Con lo que respecta al hilo conductor que ha originado la plasmación del Ministerio Fiscal en la Constitución se puede argumentar lo siguiente:

1o. Se produce una transformación de la función de control de la legalidad, que partiendo de un control limitado a las leyes orgánicas de los Tribunales (velará por la observancia de esta ley y las demás que se refieren a la organización de los Juzgados y Tribunales" se refiere el artículo 763 de la ley orgánica del poder judicial de 1870) va a extenderse no sin ciertos titubeos previos, a un control del cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico: primero, rotundamente, en el artículo 104 de la constitución de 1931 (velará por el exacto cumplimiento de las leyes) luego en el artículo 35 de la LOE de 1967 (procurar ante los Tribunales el mantenimiento del orden jurídico) y por último, referido

atribuyen los apartados 1,2 y 8 del artículo 3º. Si el Ministerio Fiscal no estuviera integrado en el Poder Judicial. Estas funciones hacen referencia al buen funcionamiento de los órganos encargados de administrar la justicia a la defensa de los derechos y las libertades ya su intervención en los conflictos de jurisdicción y de competencia. Por supuesto estas funciones pueden desempeñarse sin ningún problema y de hecho se desempeñan, sin tener atribuida potestad jurisdiccional y sin formar parte del Poder Judicial. como se afirmará más adelante, la vigilancia del funcionamiento de los Juzgados y Tribunales que realiza el Fiscal es indirecta, pues directamente inspecciona el CGPJ que puede ser instado a ello por el Ministerio de Justicia. Además la defensa de los derechos y libertades puede correr a cargo de otras figuras, que no por ello forman parte del Poder Judicial.”

⁸⁰² CONDE PUNPIDO FERREIRO "El Ministerio Fiscal" Editorial Arazandi Pamplona 1999 Pág. 38.

ya a la legalidad como principio ordenador del Estado de Derecho (artículo 9.1 y 9.3 de la Constitución) en el artículo 124.1 de la Constitución de 1978 (promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad) Defensa de la legalidad que pasa a ser la primera y principal misión del Ministerio Fiscal, convertido en un "custos legis" o en terminología usada en otros países un fiscal de la ley de modo que su función se centra en la defensa del interés superior de la ley como emanación de la voluntad popular, salvaguardando la integridad del ordenamiento jurídico).

2. Se materializa una independización del Ministerio Fiscal Respecto del Poder Ejecutivo. Que parte de un inicial criterio de su misión, inspirado en el principio de representación, el Fiscal, como representante del Gobierno ante los Tribunales (artículo 763 de la LOJP y 1 del Estatuto de 1926) debe actuar siguiendo las instrucciones de su representado y le está subordinado ⁸⁰³ la LOE al sustituir en su artículo 35 la antigua misión de representar al gobierno por el concepto de órgano de comunicación introduce un nuevo y trascendental matiz en el carácter de ese órgano. ⁸⁰⁴ Lo que se refuerza a partir de la Ley de Bases de 1974 al exigir la sujeción a la legalidad en todas las actuaciones del Fiscal y suprimir la declaración de la dependencia del Fiscal del Reino respecto al Ministro de Justicia que contenía el estatuto del 26. Pero la constitución de 1978 se da un nuevo y decisivo paso en ese sentido liberalizador e independiente del Fiscal. De un lado se silencia toda referencia a la condición del Ministerio Fiscal como "órgano de comunicación " entre el Gobierno y el poder judicial, silencio que sólo tiene una interpretación: la voluntad constitucional es la suprimir para el futuro ese carácter en el Ministerio Fiscal. ⁸⁰⁵ De otro y congruentemente con ello, entre las facultades reconocidas al gobierno en el título IV no

⁸⁰³ (el fiscal del tribunal supremo será el jefe del Ministerio Fiscal de toda la Monarquía bajo la inmediata dependencia del Ministro de Gracia y Justicia, artículo 42 del Estatuto, el ministro se dirigirá de Real orden o verbalmente, en caso de urgencia, al fiscal del tribunal supremo, este cumplirá dichas ordenes, ejercitando las acciones procedentes con arreglo a las leyes, artículo 74 del Reglamento de 1927)

⁸⁰⁴ CONDE PUNPIDO FERREIRO " El Ministerio Fiscal." Pág. 39 " En efecto decíamos ya en 1970 en comunicación dirigida a la "Reunión de Fiscales" celebrada ese año que mientras el concepto de representación implica una dependencia, siquiera en el sentido de fidelidad hacia el representado, que tenía de cierto matiz de unilateralidad nuestra acción (conviene recordar que el gobierno no se identifica con el Estado, es sólo un órgano de la estructura estatal, aquel al que corresponde promover la acción política administrativa) el concepto de comunicación respeta nuestra libertad de acción en cuanto podemos matizar el sentido de lo que hayamos de comunicar con su adecuación a la legalidad cuya vigilancia también es misión nuestra y remachábamos la idea concluyendo "bien entendido que el Fiscal no puede ser un "nuntius" un mensajero aséptico, sino que su misión esta matizada por su sometimiento al principio de legalidad y por su otra obligación de mantener el orden jurídico y la satisfacción del interés social, verdaderos límites de la acción el Fiscal" ideas que se ven reproducidas en la memoria del fiscal del Tribunal Supremo."

figura la de excitar o impulsar la acción de la justicia, ni se regula en la ley de leyes las relaciones del Gobierno con el poder judicial, al modo que por ejemplo se hace con sus relaciones con las Cortes Generales en el Título V. Más aun el artículo 124.1 dispone que la misión del Ministerio Fiscal se ejercerá "De oficio o a petición de los interesados" pero no incluye entre las formas de despertar la iniciativa del Fiscal "Las ordenes o la excitación del gobierno" consecuentemente el nuevo Estatuto Fiscal, al regular en su capítulo IV del Título I "Las relaciones del Ministerio Fiscal con los poderes públicos" sólo reconoce el artículo 8.1 la facultad del gobierno de interesar del Fiscal general del estado " que Promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público" con lo que el Gobierno habrá de dirigirse al Ministerio Fiscal como un interesado más, en el ámbito de la parcela del interés público que es común a la gestión del Ejecutivo y a la tutela que de tal interés corresponde al Ministerio Público. pero además esa iniciativa del Gobierno ya no podrá dirigirse a cualquier fiscal, sino necesariamente al Fiscal General del Estado (artículo 8.2) y este, antes de aceptar esa iniciativa habrá de oír a su órgano de asesoramiento técnico la junta de Fiscales de la Sala del Tribunal Supremo y podrá denegar su ejecución si no fuera viable o procedente en derecho, sujetándose en todo caso a la legalidad, como imperativamente ordenan el artículo 124.2 de la Constitución y los 2.1 y 6 del Estatuto. Todo lo que conduce a, una nueva concepción del Ministerio Fiscal desligado del Gobierno y del Ejecutivo en cuanta institución independiente que actúa con órganos propios para el cumplimiento de sus fines.

3o. Se origina una expansión de las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal. Las iniciales funciones de velar por la observancia de las leyes orgánicas, promover la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público y representar al gobierno en sus relaciones con el poder judicial, señaladas en el artículo 763 de la Ley orgánica del Poder Judicial de 1870 se ven incrementadas en el Estatuto de 1926 al agregarse la de procurar el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social. Se ha dicho no sin razón que " muchas de las atribuciones que señala el artículo 2 del Estatuto, tomándolas a veces literalmente del artículo 838 de la Ley Orgánica y que en está no tenia un fundamento claro habida cuenta de la enumeración que hacia el artículo 763 lo encuentran ahora de modo pleno en el nuevo concepto de interés social y la legislación posterior va a ir

⁸⁰⁵ CONDE PUNPIDO FERREIRO "El Ministerio Fiscal." Pág. 41.

expandingo la intervención del fiscal en una serie de actuaciones que incrementan su actividad y el contenido de sus funciones. Pero va a ser la Constitución de 1978 la que va a consagrar ese sentido expansivo de la actividad del actual Ministerio Público Español, que resulta no solo de la introducción de nuevas misiones, sino también de la precisión de antiguos conceptos hasta ahora indefinidos. El artículo 124 enumera así las funciones del Ministerio Fiscal: a) promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. b) Velar por la independencia de los Tribunales. c) Procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social.⁸⁰⁶

A la defensa de la legalidad, ya destacada y que va a dar entrada al Ministerio Fiscal en nuevos terrenos, en que aparece legitimado en función de esa misión garantizadora del ordenamiento, se agrega la intervención en defensa de los derechos de los ciudadanos, que constituye una misión constitucional en el órgano de la legalidad de un Estado democrático y da un sentido orgánico y pleno a lo que en legislación precedente eran intervenciones fraccionadas en defensa de alguno de esos derechos.⁸⁰⁷

La defensa del "interés público" es también fijada en forma más precisa: se trata de los intereses públicos tutelados por la ley, esto es, de nuevo la legalidad acota el marco de actuación del Ministerio Fiscal. En la defensa de ese interés se encuentra la justificación de ciertas posiciones doctrinales que señalan como necesaria la intervención del Fiscal en la jurisdicción contencioso administrativa, como ya ocurre con el contencioso electoral o el procedimiento de la ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.⁸⁰⁸

La inicial función de velar por el cumplimiento de las leyes organizativas de los Tribunales, pasa a convertirse en una misión defensiva de su independencia lo que va más allá del mero corregir el incumplimiento de aquellas leyes, en especial si el ataque a la independencia proviene como es más probable de órganos ajenos al Poder Judicial. Por último, la satisfacción del interés social adquiere nuevo relieve al poder ser interpretado tal interés en conexión con el contenido del Capítulo III del Título I de la Constitución, donde se habla de la "Política social y económica" se ha podido decir así que "si tal misión debe

⁸⁰⁶ CONDE PUNPIDO FERREIRO "El Ministerio Fiscal." Pág. 41

⁸⁰⁷ CONDE PUNPIDO FERREIRO "El Ministerio Fiscal." Pág. 41

⁸⁰⁸ CONDE PUNPIDO FERREIRO "El Ministerio Fiscal." Pág. 41

interpretarse, como parece como una acción dirigida a remediar situaciones injustas, que contradicen lo preceptuado en el primer artículo de la Constitución española en materias tan trascendentales como la protección de la familia y la infancia, la redistribución de la renta, el pleno empleo, régimen laboral, seguridad social, protección de la salud, acceso a la cultura, medio ambiente y calidad de vida, derecho a la vivienda, utilización del suelo y defensa de los consumidores, no cabe duda de que la Constitución señala una tarea al Ministerio Fiscal de extraordinaria importancia⁸⁰⁹.

5. LAS DISTINTAS CONCEPCIONES O POSICIONES DOCTRINALES EN RELACION A LA NATURALEZA DEL MINISTERIO FISCAL

La división doctrinal no es una nota novedosa en los estudios sobre el Ministerio Fiscal, al contrario parece que la tensión entre su dependencia e independencia acompañara fatalmente a la institución hasta el punto de hacer poco menos que imposible un principio de acuerdo en la fijación de su naturaleza jurídica. Como se tuvo oportunidad de comprobar, las bases constitucionales del moderno Estado de Derecho, distinguieron ya entre los acusadores públicos y los acusadores del Rey en la Francia Revolucionaria, como una de las manifestaciones más claras de la doble naturaleza del Ministerio Fiscal. Después a lo largo de los siglos XIX y XX, son innumerables los ejemplos de esta división en la doctrina española y extranjera que se extienden hasta las más modernas publicaciones sobre la institución. En suma es difícil encontrar un estudio doctrinal sobre el Ministerio Fiscal donde no se haga referencia implícita o explícitamente a su polémica naturaleza jurídica o a su carácter “proteiforme.”

La polarización que caracteriza las distintas posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídico política del Ministerio Fiscal encuentra una muy clara justificación en SAINZ MORENO “ Esta cuestión se ha planteado tradicionalmente en torno a una alternancia excesivamente rígida entre dos concepciones de la realización judicial de la justicia aquella que concibe la “justicia judicial” como una manifestación más de la

⁸⁰⁹ CONDE PUNPIDO FERREIRO "El Ministerio Fiscal." Pág. 41

“Política interior” que el Gobierno dirige y aquella otra que, por el contrario reconoce en el ordenamiento jurídico cierta capacidad de autorrealización a través de la organización judicial.”⁸¹⁰

Desde la instauración del moderno Estado de Derecho, la organización jurídico política se sustenta, esencialmente, sobre la separación de los tres poderes en la que es necesario encuadrar a los órganos e instituciones, entre ellos naturalmente al Ministerio Fiscal y que forman parte de la estructura política del Estado.

Si se tiene en cuenta que la singular configuración orgánico-funcional del Ministerio Fiscal permite sostener distinta suerte de vinculación con cada uno de los tres poderes, empezaremos a comprender que la decisión sobre su posición jurídica-política es una decisión que afecta a la delicada cuestión del reparto del poder y de la garantía de los equilibrios en la estructura constitucional del Estado.⁸¹¹

Según GARCIA MORILLO “esta polémica ya clásica no ha quedado en modo alguno resulta tras el nuevo periodo que abre la constitución de 1978. Quizá si puede decirse, en cambio, que tras la aprobación del Estatuto Orgánico de 1981 la regulación positiva ha cambiado el signo de la tradición histórica caracterizada por un Ministerio Fiscal dependiente del Poder Ejecutivo, conduciéndolo ahora, ex artículo 2 del Estatuto, a una integración con autonomía funcional en el poder judicial. Sin embargo, si contestada en su momento fue la dependencia gubernamental, otro tanto puede decirse hoy de la integración autónoma en el Poder Judicial.”⁸¹²

En consideración de FLORES PRADA “ En definitiva el debate sigue abierto aunque pueda afirmarse que actualizado por una flexibilización de las coordenadas clásicas que matizan la ubicación del Ministerio Fiscal respecto a los poderes del Estado, una ubicación entendida ahora más en términos de relación que en términos de integración o dependencia, lo que ha provocado que las posiciones intermedias sobre la naturaleza

⁸¹⁰ SAINZ MORENO “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad” Revista de Administración Pública número 108 septiembre-diciembre 1985 Pág. 150.

⁸¹¹ Este enfoque puede encontrarse en un importante sector de la doctrina constitucionalista y procesalista italiana, representada entre otros por JANNACCONE “Il Pubblico Ministero nel sistema costituzionale” en Il Pubblico Ministero nell’ordenamento italiano, Rassegna dei magistrati , V Congresso Nazionale Unione Magistrati italiani, anno XVII número 7-9 luglio-settembre 1977.

⁸¹² GARCIA MORILLO “La Democracia en España” Alianza Editorial, Madrid 1996 Pág. 148.

jurídica de la institución vayan ganando un importante espacio en el seno de la doctrina científica”⁸¹³

Y en esa línea GRANADOS que comenta que “en efecto las graves dificultades que supone la determinación de la naturaleza del Ministerio Fiscal desde el esquema de integración o dependencia de alguno de los poderes del Estado constituye un caldo de cultivo muy apropiado para que fructifiquen las llamadas posiciones alternativas”⁸¹⁴

Dichas posiciones se caracterizan básicamente por la nota común de variar las coordenadas de entendimiento de la institución buscando nuevos espacios en los que situar la ubicación del Ministerio Fiscal en la estructura jurídico política del Estado, quizá pueda distinguirse un grupo relativamente homogéneo en aquéllos que básicamente, sostiene la configuración del Ministerio Fiscal como órgano independiente. Es posible que como señala GRANDOS , “Tantos y tan prolongados años de total e indiscutible dependencia del Jefe del Estado del Ministro de Gracia y Justicia o del gobierno en el Poder hayan hecho posible como lógica reacción y a medida que se ampliaban las funciones y competencias del Ministerio Fiscal, la formación de una corriente en su seno, que apartándose radicalmente de tan marcada tutela ha evolucionado hacia fronteras opuestas, pasando desde la construcción doctrinal de la autonomía hasta la deseada por alguno independencia.”⁸¹⁵

⁸¹³ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 283.

⁸¹⁴ GRANADOS “El Ministerio Fiscal (del presente al futuro) Tecnos, Temas clave de la Constitución Española, Madrid 1989 Pág. 65. MARCHENA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 118, y CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la constitución y en el nuevo estatuto orgánico” en el Poder Judicial volumen I, dirección general de lo contencioso administrativo del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983 Pág. 853.

⁸¹⁵ GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 59. en busca de la independencia del Ministerio Fiscal encontramos los siguientes autores ALCALA ZAMORA “Lo que debe ser el Ministerio Público” en Revista General de Legislación y jurisprudencia 1929 Pág. 519 sosteniendo con vehemencia la independencia del Ministerio Fiscal y la consiguiente necesidad de desligar la institución de cualquier género de vinculación, principalmente con el Gobierno. En la actualidad no resulta frecuente encontrar entre la doctrina posiciones que sostengan abiertamente la independencia del Ministerio Fiscal. También ver BAYOD Y SERRAT “El Ministerio Fiscal como Poder” en Tapia, Marzo. Abril de 1987 también publicado en “Crisis de la Justicia y Reformas procesales” Actas del I congreso de Derecho Procesal de Castilla y León Ministerio de Justicia Madrid, Pág. 475 así también BANDRES SANCHEZ CRUZAT “Poder Judicial y constitución” Bosch, Barcelona 1987 Pág. 49 “Si es en cambio una posición apetecida desde algunas sectores de la Carrera Fiscal, desde la asociación de Fiscales, ORTIZ URCULO “Ministerio Fiscal, Sociedad y Poderes Públicos” en Ponencia y conclusiones. VIII Congreso Ordinario de la Asociación de Fiscales Sevilla 11-13 de diciembre de 1992 Pág. 10. VARGAS CABRERA “Naturaleza del Ministerio Fiscal y conveniencia de postular su organización ala luz de principio de autogobierno “ en Ponencias y conclusiones del II congreso de la Asociación de Fiscales, Caja de Ahorros Provincial de Málaga, Málaga, 1983 Pág. 99, Una línea intermedia que parte de una naturaleza estatal del Ministerio Fiscal que apunta hacia su independencia suele ser por el contrario lo más frente entre las llamadas posiciones alternativas se encuentra en CONDE PUNPIDO

Es pues que la exposición de las principales líneas doctrinales acerca de la naturaleza del Ministerio Fiscal ha de seguir todavía un esquema asentado en la básica trilogía de poderes, y en algunas otras matizaciones que algunos autores suelen singularizar.

5.1 EL MINISTERIO FISCAL EN EL ENTORNO DEL PODER EJECUTIVO.

El Ministerio fiscal en el entorno del Poder Ejecutivo es una expresión que utiliza el autor MORENO CATENA⁸¹⁶ y es una expresión que mejor recoge el denominador común de un conjunto de posiciones doctrinales caracterizadas por sostener la necesidad de una suerte de vinculación, más o menos intensa, entre el Ministerio Fiscal y el Poder Ejecutivo.

817

FERREIRO “La naturaleza y los principios...” Pág. 868 ver APARICIO “El Ministerio Fiscal en...” Pág. 630, MARTIN PALLIN “El Ministerio Fiscal, a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales” en Poder Judicial, Dirección General de lo contencioso administrativo del Estado Instituto de Estudios Fiscales Madrid 1983. GIMENO “Constitución y proceso” Tecnos Madrid 1988 Pág. 63 cuando señala que el ministerio Fiscal es órgano administrativo cualificado por su actividad de colaborar al ejercicio de la potestad jurisdiccional en orden a garantizar el efectivo cumplimiento de la legalidad.

⁸¹⁶ MORENO CATENA “introducción al Derecho...” Pág. 227.

⁸¹⁷ MARCHENA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 111 este autor encuadra la posición como sistema gubernativo del Ministerio Fiscal. Al expresar lo siguiente “ Para los partidarios de tal criterio, la constitución y la Ley reguladora del E.O.M.F han consagrado legislativamente lo que pudiera adjetivarse como sistema gubernativo opuesta a lo que podría ser calificado como sistema judicialista y distinto al sistema legislativo propio de los países del Este, en un sistema gubernativo como modelo de configuración institucional del Ministerio Fiscal, éste aparece como un representante del Gobierno en palabras de Jiménez Blanco, su defensor natural al que, en buena medida se halla subordinado. Esa representación gubernamental ante los Tribunales le convierte en valedor y custodio de los intereses políticos del gobierno frente a los órganos jurisdiccionales. El fiscal, desde esa óptica aparece como un valedor de los intereses políticos que, en cada caso, conformen el programa o proyecto ideológico del Gobierno. Ello conduce a que, en la aplicación e interpretación de la ley, operan criterios valorativos y exegéticos que no tienen por qué ser coincidentes. La oposición entre las exigencias de justicia y oportunidad provocaran como resultado un sensible distanciamiento entre las peticiones del fiscal y las decisiones del juez. No obstante los defensores del criterio se encargan de aclarar que esa instrumentalización gubernamental del Ministerio Fiscal no tiene que merecer, necesariamente un juicio de reproche, pues cuando el gobierno actúa así no hace sino cumplir su función de dirigir y conducir la política según el proyecto o programa político que le ha permitido alcanzar la mayoría gubernamental. Por otra parte, conviene recordar que entre los cometidos del Gobierno se halla el de colaborar en el funcionamiento adecuado de los órganos constitucionales del Estado, facilitando, mediante la intervención del Ministerio Fiscal en un determinado sentido la actuación de los órganos jurisdiccionales. Incluso, se postula el tinte gubernamental del Ministerio Público como el mejor sistema organizativo de aquél. No en vano se razona el gobierno en su condición de director de la política nacional, no puede verse privado de las armas necesarias para lograr la puesta en marcha del sistema judicial. Desde esa óptica el fiscal realiza una participación del Ejecutivo del gobierno, en el funcionamiento del Poder Judicial así acontece por ejemplo cuando las pretensiones del fiscal en el proceso penal se inspiran en criterios de rigor o de dureza con objeto de servir a una política estimada por el Gobierno como necesaria para la reopresión de un tipo especial de delincuencia. El juez sin embargo en su decisión final puede valorar otros factores interpretativos que, con fundamento en otra forma de captación de la realidad social conllevan una resolución opuesta a los pedimentos del Fiscal A manera de conclusión, el gobierno titular del Poder Ejecutivo no puede requerir o insertar directamente a los tribunales una determinada actuación de éstos y se vale del Ministerio Fiscal para

La crisis del modelo histórico del Ministerio Fiscal para FLORES PRADA ha logrado desplazar prácticamente el concepto de dependencia⁸¹⁸ pero no ha logrado diseñar aún el nuevo marco de relación entre el gobierno y el Ministerio Público que ha de sustituirlo⁸¹⁹ Por ello pocos son los autores que en la actualidad plantean abiertamente y desde un análisis positivo la necesidad de una dependencia entre el Ministerio Fiscal y el Poder Ejecutivo.⁸²⁰ Lo más frecuente es por el contrario, concluir sin demasiado entusiasmo que se trata de la única solución posible y que en todo caso habrá de ser condicionada en base a las funciones y principios que conforman el singular estatuto del Ministerio Fiscal.⁸²¹

Esta preocupación doctrinal a la que se acaba de referir podría explicarse desde dos órdenes de razones: en primer lugar algunos de los elementos que componen la regulación constitucional convierten, como se ha dicho, esta relación en problemática. Bastaría aludir a los principios de legalidad e imparcialidad a la función de la promoción de la justicia en defensa de la legalidad y a los órganos propios con los que el Ministerio Fiscal desempeña sus funciones para comprender que se estas ante una institución especialmente diseñada

ese requerimiento. Lo programas políticos del gobierno no vinculan a los jueces, pero si pueden condicionar al Fiscal.”

⁸¹⁸ FLORES PRADA “El ministerio...” Pág. 286.

⁸¹⁹ Se inclina GONZALES MONTES “Instituciones de Derecho Procesal, Tecnos Madrid 1993 Pág. 206 “ Por una suerte de vinculación entre el Ministerio Fiscal y el Ejecutivo, ciertamente matizada, esta última orientación, defendida por un sector doctrinal, implica la justificación y la propia existencia del Ministerio Fiscal en función de la defensa del interés público y social que ha de perseguir y cuya determinación corresponde al gobierno como director de la política interior ver artículo 97 de la Constitución de España. Desde luego, con la legislación actual en la mano, esta segunda concepción nos parece más coherente, sin perjuicio de destacar que, si bien hoy por hoy es imposible hablar de la independencia del Ministerio Fiscal, como ya se ha puesto de relieve, esa independencia del gobierno ha quedado bastante matizada al menos sobre el papel, lo que, en comparación con la legislación anterior, parece dejarle a mitad de camino entre el Ejecutivo y la Jurisdicción.

⁸²⁰ En la doctrina española los pocos autores que se ha podido consultar son GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 345, JAURALDE “El ministerio Fiscal” en el Poder judicial, número 11 diciembre de 1981 Pág. 46 se decantan abiertamente partidarios del llamado sistema gubernativo sobre la minoría que representa esta MUÑOZ CALVO “La independencia del Ministerio Fiscal en España Su problemática, el llamado consejo Fiscal” en el Poder Judicial, dirección general de lo contencioso administrativo del Estado, instituto de estudios fiscales, Madrid 1983 Pág. 2155 aun más minoritario este sector en Italia se encuentra LEONE “Manuale de Diritto processuale penale (XIII edic) Jovene Napoli 1988 Pág. 201.

⁸²¹ Optan por esta posición sin perjuicio de las próximas matizaciones ANDRES IBAÑEZ “El Ministerio Fiscal” en el Poder Judicial (con Movilla Álvarez,) Tecnos, Temas clave de la constitución española Madrid 1986 Pág. 390 CONDE PUNPIDO, TOURON, FERNANDEZ ENTRALGO Tecnos Madrid 1990 Pág. 83. BAÑO Y ARACIL “El Ministerio Fiscal...” Pág. 19749, COBO DEL ROSAL “Principio de legalidad y Ministerio fiscal” en Cuadernos de Política criminal número 2,1977 Pág. 28 JIMENEZ BLANCO “Relevancia constitucional del Ministerio fiscal” en el Poder Judicial, dirección general de lo contencioso administrativo del Estado, instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983 Pág. 1643 LOPEZ AGUILARA “La justicia y sus problemas en la constitución...” Pág. 205 MORENO CATENA “Introducción...” Pág. 193.

para la dependencia externa. Como segunda razón, el Ministerio Fiscal viene siendo ejemplo paradigmático de lo que se ha venido en llamar “la rebelión de los órganos” y que consistiría según LOPEZ AGUILAR⁸²² En una organización del Estado a la que la Constitución pone de un modo u otro en comunicación con el gobierno, encuentran en el enfrentamiento con éste la carta acreditativa de un valor bien entendido: el de su propia “independencia”⁸²³ Con respecto al Ministerio Fiscal acontece así que “El esfuerzo por dotar a los representantes del Ministerio Fiscal de garantías de autonomía en el acometimiento de sus atribuciones específicas es una respuesta históricamente condicionada por la precedencia de etapas en las que prevalecía el sometimiento directo a un Ejecutivo no sometido a control jurídico y político.

Sin embargo cuando se estudia el Ministerio Fiscal en el marco del Moderno Estado constitucional, donde el gobierno legítimamente constituido ha de afrontar determinadas responsabilidades que la propia Constitución le atribuye en materia de ejecución de las leyes y , en concreto, en materia de política interior y criminal como por ejemplo el artículo 97 de la Constitución, llega el momento de empezar a comprender algunas de las razones que sustentan las teorías que apuestan por una vinculación Ministerio Fiscal Poder Ejecutivo.

5.1.1 EL MINISTERIO PÚBLICO EN TORNO AL PODER EJECUTIVO SOBRE LA BASE DEL ANTECEDENTE HISTORICO.

Desde un punto de vista eminentemente histórico quiérase o no el Ministerio Fiscal ha sido desde sus orígenes hasta las modernas transformaciones del Estado de Derecho una institución dependiente del Poder Ejecutivo.⁸²⁴La trayectoria histórica de las instituciones

⁸²² LOPEZ AGUILAR “La justicia y los problemas en la constitución...” Pág. 206.

⁸²³ Como una peligrosa reducción de la democracia concibe esta tendencia, en el marco de una amplia reflexión, jurídico política DE CABO “Democracia y Derecho en la Crisis del Estado Social” en sistemas número 118. Marzo 1994 Pág. 68.

⁸²⁴ Como se ha puesto en evidencia en las primeras paginas de este trabajo investigativo ver al igual GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 39 “ Los precedentes legislativos de la institución no conceden el menor margen de posibilidad a la autonomía del Ministerio Fiscal, ni quiebra la línea de su perramente dependencia del Poder Ejecutivo” Al analizar la evolución histórica ya tuvimos oportunidad de recordar el

no suele ser caprichosa y desde luego el Ministerio Fiscal no es en ello una excepción, la defensa pública de la legalidad ha sido siempre entendida como una función vinculada con las tareas ejecutivas del poder y su relación con el mismo ha sido de subordinación.⁸²⁵ Y ha sido una institución políticamente dependiente porque como señala ANDRES IBAÑEZ “La suya ha sido y es una típica función de gobierno con una inmediata significación política. Es cierto que en el marco del Estado de Derecho se ha alcanzado a dotar esa función de un importante grado de juridicidad, de un evidente anclaje en categorías jurídicas con función de garantía. Pero lo es también que su intervención se ha distinguido siempre por moverse en un ámbito de evidente discrecionalidad.”⁸²⁶

En términos actuales, el moderno marco constitucional ha colocado al Ministerio Fiscal ante un nuevo contexto jurídico político caracterizado por la diversificación y la complejidad de las funciones de Gobierno y sobre todo, por la necesidad de dotar a dichas funciones de los imprescindibles mecanismos de garantía que aseguren la interdicción de la legalidad. Es por ello por lo que manteniendo el tradicional ámbito jurídico político del Ministerio Fiscal, para cierto sector de la doctrina española empieza a resultar indispensable buscar mecanismos que hagan compatible la colaboración entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno sin que padezca la función de garantía y control en la naturaleza de la institución.⁸²⁷

De modo muy acertado señala FLORES PRADA “Así pues puede empezar a introducirse una matización en la influencia histórica que resulta de indudable interés, podría distinguirse entre la esencia de la institución, que vendría determinada por una

artículo 763 de la LOPJ de fecha 15 de septiembre de 1870 “El Ministerio Fiscal tendrá la representación del gobierno en sus relaciones con el poder judicial” ver también el real decreto de fecha 21 de junio de 1926 por el que se regula el estatuto del Ministerio Fiscal, que en su artículo 1 establece que el Ministerio Fiscal le corresponde representar al Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial” ver el decreto 66/1958 del Ministerio de Justicia del 21 de febrero que aprueba el reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal “representante del Gobierno en sus relaciones con la Administración de Justicia” un cambio significativo aunque escasamente operativo se produce con la aprobación de la Ley Orgánica del Estado en lo que se define al Ministerio Fiscal como órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia” expresión que será mantenida en el Decreto 437/1969 del Ministerio de Justicia de fecha 27 de febrero que aprueba el nuevo reglamento orgánico del estatuto del Ministerio Fiscal.

⁸²⁵ JIMENEZ BLANCO “Relevancia Constitucional...” Pág. 1625 se muestra más partidario de considerar la historia del Ministerio Fiscal como una realidad que arroja un resultado multivoco cuando no puramente equívoco

⁸²⁶ ANDRES IBAÑEZ “El Ministerio...” Pág. 391.

⁸²⁷ MORENO CATENA “Introducción al Derecho...” Pág. 225. “El Ministerio Fiscal se encuentra fuera de la organización administrativa establecida para el ejercicio de las funciones de Gobierno, además tampoco depende de éste sino que opera con autonomía funcional respecto del mismo”

natural vinculación al Poder Ejecutivo, de la traducción concreta de dicha vinculación, históricamente entendida en términos de dependencia y actualmente construida sobre una cierta autonomía. No es casual, por tanto, la conexión entre el Ministerio Fiscal y el Ejecutivo, pero si es coyuntural la relación de dependencia”⁸²⁸

Ante esta última afirmación conviene no perder de vista una segunda nota a la hora de tomar en consideración el argumento histórico de la relación dependiente o subordinada del Ministerio Fiscal con el Ejecutivo corresponde a periodos políticos de tendencia autoritaria.⁸²⁹ En efecto el modelo napoleónico del Ministerio público pronto se mostró proclive a las ingerencias políticas, aprovechadas sin vacilación por los regimenes dictatoriales europeos, y que ha determinado por justificar en unos casos la ambigüedad en su regulación constitucional y en otros, la huida de toda relación con el Ejecutivo. La nueva coyuntura jurídica política sin embargo ha aprendido de tales excesos sin olvidar la esencia histórica del Ministerio Fiscal, pero tampoco sin dejar de replantearse alternativas a la posición jurídica política de una institución clave en el sistema de garantías de un Estado democrático de Derecho.⁸³⁰ Puede argumentarse conclusivamente que la historia ofrece posibilidades favorables a quienes sostienen la necesidad de una conexión entre el Ministerio Público y el poder político derivado en ciertas oportunidades de una dependencia que a veces puede desfavorecer el sistema de Derecho

5.1.2 EL MINISTERIO PÚBLICO EN TORNO AL PODER EJECUTIVO SOBRE LA BASE DE SU INDEPENDENCIA

Ahora bien cuando se aborda la posición del Ministerio Fiscal dentro de la estructura constitucional del Estado, punto esencial para la concepción global de la institución⁸³¹ la mayor parte de la doctrina coincide al tomar como punto de referencia las opciones que plantea la clásica trilogía⁸³² en que se descomponen los poderes del Estado.

⁸²⁸ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 289.

⁸²⁹ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 289.

⁸³⁰ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 290.

⁸³¹ ANDRES IBAÑEZ “El Ministerio...” Pág. 390.

⁸³² La excepción viene en este punto, de la mano de aquellos autores que conciben al Ministerio Fiscal como un órgano independiente de los tres clásicos poderes con una configuración jurídico político semejante a la que puede disfrutar el propio Poder Judicial o más concretamente el Tribunal Constitucional ALCALA ZAMORA “Lo que debe ser el Ministerio Fiscal...” Pág. 1799 CONDE PUNPIDO FERREIRO “Naturaleza y principios...” Pág. 868 BAYOD “El Ministerio Fiscal como Poder” en Tapia marzo-abril 1987.

Sin embargo suelen ser los autores más proclives a establecer una relación entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno⁸³³ quienes mejor despejan el principal obstáculo que presente este punto de partida, la configuración de un Ministerio Fiscal independiente.

En efecto uno de los primeros argumentos que se manejan desde las posiciones llamadas gubernativas es, precisamente, aquél que rechaza concepciones jurídico políticas del Ministerio Fiscal al margen del trípode que comprende básicamente la estructura del poder MORENO CATENA se encarga de poner al descubierto que “ no puede concebirse en modo alguno al Ministerio Fiscal como un órgano independiente y ajeno a los distintos poderes del Estado, que represente por si mismo un poder, una especie de cuarto poder desvinculado de los demás, entre otras razones porque el Ministerio Fiscal no detenta en exclusiva potestad alguna, ya que la postulación procesal se atribuye a todas las partes procesales, sean públicas o se trate de particulares”⁸³⁴ Sin embargo la constatación de que el Ministerio Fiscal ni es ni puede ser un órgano independiente no conduce a la doctrina a la lógica alternativa, esto es, a reconocer abiertamente en la institución el carácter dependiente estableciendo en consecuencia una relación de subordinación con el Poder Ejecutivo.⁸³⁵ Esta reflexión tiene importancia en cuanto que empieza a concebirse la idea de un Ministerio Fiscal que como dice LOPEZ AGUILAR “no se construye desde la integración en la estructura de un poder sino que se abren espacios intermedios cuya definición tiene mucho que ver con conceptos más sutiles como lo son relación, la colaboración, la órbita o el entorno”⁸³⁶ lo cual no es extraño en un sector doctrinal que mayoritariamente ha debido

⁸³³ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 291 “Ello no debe extrañar habida cuenta que, tanto las posturas judicialistas como las llamadas parlamentarias, en esencia, conducen hacia un Ministerio Fiscal independiente, ha de serlo por principio si se sostiene su integración en el poder judicial y ha de serlo por falta operativa de dirección si depende del Parlamento.

⁸³⁴ MORENO CATENA “Introducción...” Pág. 192 en el mismo sentido MONTERO AROCA “Derecho Jurisdiccional...” Pág. 196 GARCIA MORILLO “Derecho Constitucional Pág. 247 ANDRES IBAÑEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 393.

⁸³⁵ MONTERO AROCA “Derecho Jurisdiccional...” Pág. 196 “El Ministerio Fiscal no pertenece al poder judicial, ni puede concebirse en si mismo como un poder constituido, ni tienen sentido las referencias que se han hecho alguna vez a magistratura postulante. Atendidas las funciones y el estatuto personal, la naturaleza sólo puede entenderse incardinándola en el Poder Ejecutivo el ministerio Fiscal, el cual tiene naturaleza política quedando subordinado al gobierno a través del Ministerio de Justicia”

⁸³⁶ LOPEZ AGUILAR “La justicia y sus problemas...” Pág. 167 así también expresa “quien dando un paso más en esta línea afirma, al referirse a los errores de planteamiento que provoca aplicar los esquemas del poder judicial al Ministerio Fiscal que se trata de un trasunto más de la peregrina (mas no por ello inocua especie de que más allá de la ideal concepción tripartita de los poderes del Estado no habría más que el vacío, cuando no pero aún un agujero negro de “absolutismo” estatal o desviación hacia ello. La localización de órganos no exactamente incardinables en algunas de las patas del trípode del Estado se identificaría así como alarmante síntoma de leviatanismo”

abandonar los esquemas de la tradicional dependencia jerárquica para buscar otros parámetros sobre los que asentar la vinculación actual entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal⁸³⁷. Así las teorías sobre la posición del Ministerio Fiscal en el marco de los poderes del Estado empiezan a discurrir de la mano de determinados autores por conceptos que evidencian una realidad más compleja más global y probablemente mucha más enriquecedora.⁸³⁸

Señala FLORES PRADA “En efecto esta nueva línea doctrinal podría tener su justificación en que tanto la constitución como el Estatuto Orgánico han colocado al Ministerio Fiscal en una cierta orfandad jurídico política: se han encargado de subrayar la autonomía funcional de la institución al tiempo que borran las fórmulas tradicionales de comunicación entre el ministerio Fiscal y el Gobierno.”⁸³⁹

Comenta PRIETO CASTRO que “Tan sólo la designación del Fiscal General del Estado y de las respectivas jefaturas del Ministerio Fiscal por el Poder Ejecutivo mantiene una vinculación entre ambos de la que, sin embargo no cabe deducir suerte alguna de subordinación funcional”⁸⁴⁰,

Señala MONTERO “Para quienes apuestan por una vinculación entre el fiscal y el Gobierno, el punto de apoyo más sencillo está en descartar la independencia del Ministerio Fiscal sobre la base de dos presupuestos contenidos en la regulación constitucional de una parte los principios de unidad y dependencia jerárquica y de otra, la designación y cese del Fiscal General del Estado por el Gobierno. Al no gozar así el Ministerio Fiscal de un status

⁸³⁷ DE LA OLIVA “Dos cuestiones sobre...” Pág. 640 “ dentro de la vigente Constitución caben, no obstante a mi entender, - se refiere el autor- diversos cambios que, si bien no independizarían a cada Fiscal dentro de la Fiscalía, si dificultarían y eliminarían la domesticidad del Ministerio Fiscal respecto del Ejecutivo, procurando la autonomía institucional que es necesaria y posible”

⁸³⁸ GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 175 para quien la constitución diseña un sistema ambiguo del que ha de salirse potenciando la vinculación orgánica al Ejecutivo sin perjuicio de construir la dependencia funcional sobre los principios de legalidad e imparcialidad. También ANDRES IBÁÑEZ “El Ministerio...” Pág. 392 SERRANO ALBERCA “Artículo 124.1” en Comentarios a la Constitución Civitas Madrid 1985 Pág. 1819

⁸³⁹ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 293. También acertadamente comenta SERRANO ALBERCA “Artículo 124.1” en Comentarios a la...” Pág. 1830 “ La nueva configuración del Ministerio Fiscal pretende que esa relación con el Ejecutivo, que no puede eliminarse, no esté basada en el principio de dependencia jerárquica atenuando en la ley la relación entre el Ministerio Fiscal y el Ministro de Justicia”

⁸⁴⁰ PRIETO CASTRO “Derecho de Tribunales” Aranzadi , Pamplona 1986 Pág. 474 también el autor en referencia explica “ a pesar de hallarse hasta cierto punto en un plano de dependencia respecto del Gobierno, procede con criterios jurídicos propios, de legalidad no político administrativos, y se mueve con la permanente idea del respeto a un estatuto de independencia y de imparcialidad de los Tribunales que el mismo es el primero en sentir y defender”

judicial la única vía que resulta coherente es conectar a la institución con el Poder Ejecutivo.”⁸⁴¹

Menciona FLORES PRADA “tan solo cabe plantearse una única alternativa o la legitimación del Ministerio Fiscal proviene de su vinculación con el gobierno o se construye sobre la independencia y la sumisión a la ley.”⁸⁴²

5.1.3 EL MINISTERIO FISCAL EN TORNO AL PODER EJECUTIVO DEBIDO A SU LEGITIMACION DEMOCRATICA Y SU RESPONSABILIDAD POLITICA

Ante una regulación constitucional incapaz de perfilar con claridad la ubicación jurídico política la doctrina aborda la posición de la institución en el juego de poderes desde dos conceptos que van a resultar claves en esta materia⁸⁴³ y que sin embargo, son tratados en la mayoría de los casos con excesiva dispersión y tangencialidad y sobre todo con una preocupante carencia de planteamientos globales homogéneos.⁸⁴⁴ Estos dos pilares íntimamente ligados serían la legitimación democrática del Ministerio Fiscal junto a la responsabilidad y control político de la institución.

Con respecto al primero de ellos, **La legitimación democrática, del Ministerio Fiscal**, debe empezarse por decir que si se descarta su configuración como órgano independiente y por tanto con legitimación propia, tan solo restarían dos opciones de acuerdo con los modelos vigentes de legitimación de los poderes del Estado. La legitimación popular, bien por vía directa mediante la elección democrática de los representantes del Ministerio Fiscal, bien por vía indirecta a través del Ejecutivo o del parlamento o en su caso la legitimación a través de la independencia y sumisión a la ley

⁸⁴¹ MONTERO AROCA “Derecho Jurisdiccional...” Pág. 196.

⁸⁴² FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 294.

⁸⁴³ MORENO CATENA “introducción...” Pág. 194 cuando señala que “ si se sostuviera la independencia del Ministerio Fiscal y dada la función de defensa de los intereses públicos y la satisfacción del interés social que el Ministerio Fiscal tiene encomendada, ciertamente quedarían en manos de unos funcionarios de carrera autónomos y exentos de toda responsabilidad política la labor de definir, caso por caso el contenido de conceptos como el de intereses públicos o interés social, cuya integración es evidentemente de contenido y de decisión política” ANDREZ IBAÑEZ “El Ministerio ...” Pág. 393 “ insostenible, pues por carencia de base real pero también porque sería constitucional y políticamente un absurdo, la existencia de un Ministerio Fiscal “ independiente” sin anclaje en otro espacio que el etéreo de la legalidad”

⁸⁴⁴ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 294.

como ocurre con el poder judicial.⁸⁴⁵ A partir de este punto y dados los términos en que está redactado el artículo 124 de la Constitución

ANDRES IBAÑEZ señala “el problema de la legitimación del Ministerio Fiscal se plantea en términos de ejercicio de una forma de poder que retiene un elevado índice de politización y de incidencia social. Su función se habría caracterizado siempre por moverse en el ámbito de una evidente discrecionalidad, abierta a criterios de oportunidad política en el ejercicio de la acción penal como condicionante de la actuación de los Tribunales sin perjuicio de reconocer como factor de equilibrio la obligación ex officio del Ministerio Fiscal de ejercer la acción penal en todo caso, el autor citado sostiene que esta discrecionalidad va implícita en la función del Ministerio Público que conlleva la elasticidad propia de toda actividad valorativa e interpretativa de hechos, situaciones o proposiciones normativas sin que pueda perderse de vista que, en esa actividad, el Ministerio Fiscal actúa la vertiente de un determinado programa de gobierno.”⁸⁴⁶

Es pues esta una función que lleva implícitos importantes márgenes de discrecionalidad en cuanto no puede resultar prefigurada ni prefigurable en todos sus extremos, no parece desacertado reclamar que dicha actividad venga orientada, dentro de los márgenes que la ley establece, por un órgano legitimado democráticamente, esto es, capaz de traducir políticamente los mandatos de los ciudadanos contraídos periódicamente a través de las consultas electorales. De este modo, la facultad del Ejecutivo para designar y cesar al Fiscal General del Estado aparece como un instrumento esencial a la hora de garantizar la vinculación del Ministerio Fiscal respecto de determinadas líneas de política criminal competencia como se sabe del Gobierno Ex artículo 97 de la Constitución.⁸⁴⁷

En referencia a lo anterior define GRANADOS “que puede entreverse así como el problema de legitimación política del Ministerio Fiscal presenta importantes matices respecto a lo que había sido su anclaje tradicional en el marco de los poderes del Estado. A través de la legitimación gubernamental se conservan ciertos baluartes de vinculación en el plano orgánico como el nombramiento del Fiscal General del Estado y de los Fiscales jefes de los principales órganos del Ministerio Fiscal. Sin embargo al tratar de mantenerse el

⁸⁴⁵ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 294 “El problema de la legitimación del Ministerio Público íntimamente conectado con el control y la responsabilidad por su funcionamiento constituye, probablemente los elementos nucleares que deben definir su posición institucional”

⁸⁴⁶ ANDRES IBAÑEZ “El Ministerio Fiscal” Pág. 392.

⁸⁴⁷ MORENO CATENA “Introducción al derecho...” Pág. 228.

modelo de vinculación subordinada ésta tropieza con serias dificultades sobre todo en el plano funcional. Basta leer el artículo 8 del Estatuto Orgánico para darse cuenta que el Fiscal no actúa según el Gobierno interesa, sino según el criterio de legalidad que merece dicho interés, lo cual es algo sustancialmente distinto”⁸⁴⁸

A partir de este punto es posible conectar la legitimación democrática del Ministerio Fiscal tal y como está planteado en el marco constitucional y estatuario, con la responsabilidad política que ha de garantizarse respecto de unas funciones en cuyo ejercicio aparecen implícitos importantes márgenes de discrecionalidad. Son precisamente estos márgenes que operan en una función clave dentro del Estado de Derecho como es la defensa pública de la legalidad, los que revelan la necesidad de una vinculación entre el Ministerio Fiscal y el gobierno susceptible de garantizar el control político de la actividad de los órganos del Ministerio Público.⁸⁴⁹

El primer argumento que suele manejar en esta línea se refiere a la misión que al Fiscal corresponde en el marco del Estado de derecho en orden a la defensa del interés público tutelado por la ley. En esta vertiente inciden muchos autores, cuyas posiciones pueden basarse en la dificultad de atribuir a un órgano, el Ministerio Fiscal, exento de responsabilidad política la concreción de lo que en cada momento sean los intereses públicos que convenga tutelar.⁸⁵⁰

Según MORENO CATENA “si se sostuviera la independencia del Ministerio Fiscal y dada la función de defensa de los intereses públicos y la satisfacción del interés social que el Ministerio Fiscal tiene encomendada, ciertamente quedarían en manos de unos funcionarios de carrera autónomos y exentos de toda responsabilidad política de labor de definir caso a caso el contenido de conceptos(como el de intereses públicos, o interés social) cuya integración es evidente de contenido y de decisión política”⁸⁵¹

⁸⁴⁸ GRANADOS “El Ministerio...” Pág. 344

⁸⁴⁹ Existen autores que apostando por una vinculación entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal excluyen, sin embargo el argumento de la discrecionalidad con un razonamiento escasamente afortunado en este sentido JAURALDE “El Ministerio...” Pág. 48 “Para quien ahora no existen márgenes de oportunidad o de discrecionalidad en la actuación de los poderes públicos, incluidos los llamados actos políticos y de gobierno o las potestades discrecionales en que obren aquellos sustraídos totalmente al imperio de la ley. Considerase a este respecto el importante precepto del artículo 106.1 de la constitución que presenta a la actuación administrativa sometida a los fines que la justifican”

⁸⁵⁰ MARTIN PALLIN “El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad...” Pág. 1804.

⁸⁵¹ MORENO CATENA “Introducción...” Pág. 194

MONTERO a tal respecto apunta “El problema así consiste en saber quién determina cuál es el interés público en el caso concreto. En principio esa determinación corresponde al Gobierno por cuanto a la postre ello es un aspecto de la política interior (artículo 97 de la Constitución) Esa determinación debe hacerse dentro de la ley, pero ésta, al no ser exhaustiva permite un amplio campo de maniobra dentro del cual el gobierno puede decidir qué es lo que sirve mejor a los intereses generales”⁸⁵²

Una buena parte de autores aceptan de forma indiscutida que la expresión interés público tutelado por la ley encierra una función básica del Estado que se configura como una categoría indeterminada, de suerte que lo que en cada momento constituye el interés público habrá de ser integrado por el poder del Estado con competencias para ello, esto es, por el Poder Ejecutivo⁸⁵³ En la medida en que el Poder Ejecutivo es responsable de la política interior, ésta comprende la satisfacción del interés general que debe cristalizarse en el programa político del Gobierno, de cuyo cumplimiento responde ante los ciudadanos. Desde esta línea de principios, obligado es reconocer que la definición del interés público que ha de defender el Fiscal no le puede corresponder a él mismo, claro está órgano no independiente ni responsable, sino al gobierno.⁸⁵⁴

Un segundo argumento íntimamente conectado con la definición del interés público, hace referencia al Ministerio Fiscal como instrumento de la política criminal cuya dirección corresponde al Gobierno ex artículo 97 de la Constitución.⁸⁵⁵ En el foque de esta cuestión conviene como dice DIEZ PICAZO⁸⁵⁶ partir de dos premisas claramente expuestas, de una parte no debe desconocerse el poder y la discrecionalidad inherentes a la actividad acusatoria. De otro lado, es incuestionable que la eficiencia en la investigación y persecución de los delitos requiere un importante grado de coordinación y dirección, inalcanzable sin una estructura lato sensu jerárquica sobre ambas premisas “La política criminal como cualquier otra política pública implica opciones y estas opciones no

⁸⁵² MONTERO AROCA “Derecho jurisdiccional...” Pág. 196.

⁸⁵³ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 299.

⁸⁵⁴ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 299.

⁸⁵⁵ Con respecto a la política criminal conviene advertir que aunque son muchos los autores que apoyan la vinculación del Ministerio Fiscal al Ejecutivo en las competencias gubernamentales atribuidas al artículo 97 constitucional en materia de política interior y concretamente, en materia de política criminal pocos son los que se aventuran a profundizar en el alcance y significación de la misma. Así en la mayoría de los casos no se pasa de establecer una relación de causa efecto entre la atribución al Gobierno de la función de dirección de la política criminal y la necesaria participación del Ministerio Fiscal en la misma ver JAURALDE “El Ministerio...” Pág. 1634 y GONZALES CUELLAR GARCIA “El Ministerio...” Pág. 236.

corresponden únicamente al momento legislativo sino también al de aplicación de la ley.⁸⁵⁷ En ese orden de ideas comenta FLORES PRADA “Un Ministerio fiscal independiente conlleva la renuncia a una política criminal mínimamente coherente o, aún peor, una delegación de dicha política en funcionarios políticamente irresponsables, cuyas directrices de actuación son desconocidas de antemano y cuyo comportamiento puede ser, por consiguiente errático.”⁸⁵⁸ En esa misma línea DIEZ PICAZO apunta que “con la estructura orgánica del Ministerio fiscal (jerarquizada) prácticamente imposible llevar a cabo una defensa objetiva de la legalidad y del interés público, a menos que se sostenga que el Poder Ejecutivo es exponente de esa objetividad o imparcialidad, lo que no parece defendible,”⁸⁵⁹ A fin de que esta responsabilidad pueda ser efectivamente deducida señala FLORES PRADA “ es imprescindible que el gobierno tenga alguna facultad de dirección y coordinación en materia de política criminal”⁸⁶⁰ El autor VIVES manifiesta que “ Es al Gobierno a quien corresponde trazar las directrices en la lucha contra la delincuencia en cada momento y orientar según ellas, la tarea de los organismos investigadores. Por el contrario, esta dirección sigue señalando el autor, no implica la intervención en negativo ya que el ejercicio de la acción penal está sometida a criterios de legalidad, consistiendo la política criminal en la coordinación el orden y la forma de practicar las investigaciones.”⁸⁶¹ MORENO CATENA siguiendo en coherencia estos pensamientos argumenta que “en esta responsabilidad de dirección de la política interior, competencia del gobierno, se incluye tanto la determinación de las acciones administrativas tendentes a la satisfacción del interés público que en cada momento se entienda como prevalente, como también la definición de la política criminal, uno de los campos en que el Ministerio Fiscal tiene una intervención prevalente”⁸⁶² GONZALEZ CUELLAR GARCIA hace referencia expresando “El

⁸⁵⁶ DIEZ PICAZO “El Poder Judicial...” Pág. 225.

⁸⁵⁷ FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 301 “ Como han puesto de manifiesto importantes autores de la doctrina italiana, la valoración de la credibilidad de la noticia criminal, la decisión del poner en marcha la investigación preliminar y la celeridad que se imprima a la misma, la priorización de determinados procedimientos, etc. Son factores que en la actuación concreta de la institución incorporan un alto grado de discrecionalidad ver entre otros autores PIZZORUSSO, GUARNIERI, DOMINIONI PECORELLA Todos ellos italianos.”

⁸⁵⁸ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 301.

⁸⁵⁹ DIEZ PICAZO “Régimen constitucional del Poder Judicial” Civitas, Madrid 1991 Pág. 160.

⁸⁶⁰ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 301

⁸⁶¹ VIVES “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal” en Jornadas Sobre la Justicia penal en España publicadas en Poder Judicial (número especial II) Pág. 100

⁸⁶² MORENO CATENA “introducción al derecho...” Pág. 228

Ministerio Fiscal sólo puede actuar la política criminal del gobierno en el marco del más absoluto respeto a la legalidad, y la Responsabilidad política por el funcionamiento del Ministerio Fiscal recae en el Gobierno y este es el que tiene que dar cuenta ante las Cámaras, sin perjuicio de que éstas puedan convocar para casos concreto a al Fiscal General del Estado.”⁸⁶³ Y a colación señala VIVES “La asignación de esfuerzos y recursos a los que comúnmente se ha venido llamando “lucha contra la delincuencia” el Ministerio Fiscal pueda y deba atenerse a las preferencias asignadas por el gobierno, a quien compete en principio, la determinación del interés público.”⁸⁶⁴

5.1.4 EL MINISTERIO FISCAL EN TORNO AL PODER EJECUTIVO DEBIDO A SU VINCULACION ORGANICA.

La vinculación entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal aparece con toda nitidez,⁸⁶⁵ en el sentido que en el gobierno recae la responsabilidad de la designación y cese del Fiscal General del Estado⁸⁶⁶ así como el nombramiento de todas las Jefaturas de los distintos órganos en que se estructura el Ministerio Público en España.⁸⁶⁷ No puede extrañar por ello, que sea éste el aspecto más comúnmente aducido por los defensores de la vinculación Ministerio Fiscal y poder Ejecutivo.⁸⁶⁸

A partir de estas consideraciones, menciona el autor BAÑO Y ARACIL que “la vinculación entre el Ministerio Fiscal y el gobierno pasa, para algunos autores por reconocer la necesidad de una sintonía entre el Ejecutivo y el Fiscal General del Estado, si el Fiscal General es designado por el Gobierno y si el Ministerio Fiscal ha de seguir unas líneas de actuación (fundamentalmente en materia de política criminal) marcadas desde el

⁸⁶³ GONZALEZ CUELLAR GARCIA “El Ministerio...” Pág. 235

⁸⁶⁴ VIVES “Comentarios a la ley...” Pág. 118, ver CONDE PUNPIDO TOURON, FERNANDOS ENTRALGO “El Ministerio Fiscal entre el viejo y nuevo proceso” Tecnos, Madrid 1990 Pág. 84.

⁸⁶⁵ GONZALEZ CUELLAR GARCIA “El Ministerio...” Pág. 235.

⁸⁶⁶ Ver artículo 124.4 de la constitución de España. Y artículo 29 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

⁸⁶⁷ Ver artículo 36 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

⁸⁶⁸ MORENO CATENA “Introducción al Derecho...” Pág. 227 “La previsión constitucional sobre el nombramiento del Fiscal General del Estado, la cúspide de la organización del ministerio Fiscal que se dirige por el principio de dependencia jerárquica, debe ser determinante y la CE dispone que el Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el CGPJ artículo 124.4 de la Constitución de España. El papel que desempeña el Gobierno resulta, pues decisivo en la medida en que tiene en su mano la designación de quien dirige el Ministerio Fiscal y ostenta su jefatura superior y su representación e todo el territorio Español ver artículo 22 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En razón de lo expuesto parece abonado considerar que el Ministerio Fiscal ésta más próximo al Ejecutivo que al Judicial”

poder político no es de extrañar que en la cúspide de la institución se coloque a una persona de confianza, o al menos, una persona que sintonice con los postulados políticos del gobierno”⁸⁶⁹

Con respecto al nombramiento del Fiscal General LOPEZ AGUILAR comenta “guste o no guste, dicha forma de nombramiento pone de manifiesto la relación entre el ministerio Fiscal y el Gobierno. Sin embargo va más allá al llamar la atención sobre el dato de que, entre todos los altos cargos políticos institucionales cuyo nombramiento promueve el gobierno, sólo el Fiscal General del Estado tiene expresada su misión en la constitución. De éste entre otros argumentos, deriva la consecuencia de que la constitución ha singularizado esa relación específica, se debe a que el Fiscal ha de cumplir un papel como órgano de relación entre órganos y o poderes del Estado”⁸⁷⁰

Otro argumento muy fuerte es el que pone al descubierto que la competencia de nombramientos en la Carrera Fiscal corresponde al Gobierno de la nación, el autor LOPEZ LOPEZ expone “administrativamente la Carrera del Fiscal está absolutamente dirigida desde el Ministerio de Justicia, realizándose por el mismo, previo informe de su Fiscal General, todos los nombramientos que impliquen jefatura, desde el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo hasta los fiscales jefes de todas las Audiencias Provinciales, así como la remoción de los nombrados (artículo 41 Estatuto Orgánico del ministerio Fiscal) Aprueba la configuración territorial de cada Fiscalía y sus plantillas previo informe del Fiscal General. Aprueba el nombramiento de los Fiscales sustitutos y provisión temporal, a propuesta del Fiscal General del Estado, tan necesarios para el funcionamiento interno de algunas Fiscaliza. Acuerda ascensos propuestos por el Fiscal General de conformidad con

⁸⁶⁹ BAÑO Y ARACIL “El Ministerio Fiscal en la ...” Pág. 1749 citado por FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal Pág. 306 establece: “ Ha de reconocerse que existen vínculos con el Poder Ejecutivo, puesto que es el gobierno quien tiene la facultad de designar a su cabeza visible, al Fiscal General del Estado y difícilmente va a nombrar a alguna persona que sea “hostil” a sus postulados políticos” Ver sentencia de fecha 10 de enero de 1997 de la Sala Cuarta Sección Séptima, sentencia dictada a propósito del recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación de Fiscales contra el Acuerdo del Consejo de ministros por el que resolvió no aceptar la propuesta para el nombramiento de Don Juan José Barrenechea de Castro como Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional cuando en relación con los cargos discrecionales o de libre designación y entre otras consideraciones señala (FJ 5º.) que “la ley cuando delimita los cargos de libre designación, está haciendo posible que la administración ejercite su potestad organizatoria nombrando para los puestos de dicha clase a la persona en quien la autoridad competente estima que concurren las condiciones necesarias para el desarrollo de los fines públicos que persigue y que le ofrece una especial confianza para ello, circunstancia que lógicamente varían según el momento en que se produzca el nombramiento y las personas que ejerzan la autoridad llamada a verificar tal nombramiento que, en un sistema democrático pueden pretender en momentos distintos de tiempo finalidades diferentes en razón de su ideología.”

el informe del Consejo Fiscal. Es suya la competencia para imponer la más grave sanción del Régimen disciplinario del Cuerpo, la separación del Servicio aunque sea a propuesta del Fiscal General, previo informe favorable el Consejo Fiscal (artículo 67.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) Resuelve las denuncias de abstención cuando se trate del Fiscal General resolviendo, Ali las estimara fundadas, que se abstenga de intervenir en el proceso de que se trate. Previa la formalización de expediente podrá ordenar al Fiscal General que interponga el recurso de Revisión, cuando a su juicio hubiere fundamento bastante para ello y finalmente es él quien fija el presupuesto anual del Ministerio Fiscal que carece de la más mínima autonomía en este apartado, debiendo dirigirse a la oficina del Ministerio para suplicar la atención de sus necesidades, lo que hace depender, en gran medida la dotación material de las Fiscaliza españolas de la “capacidad negociadora” del Fiscal Jefe respectivo. No hay que olvidar, respeto a este último punto, que la independencia funcional empieza con la economía, criterio que para los jueces está suficientemente claro en el capítulo V del Título II del Libro IV de la Ley orgánica del poder judicial”⁸⁷¹

5.2 EL MINISTERIO FISCAL ENTORNO AL PODER JUDICIAL.

La inclusión del Ministerio Fiscal en el poder judicial ha sido, como se ha afirmado, ampliamente defendida por un importante sector de la doctrina. Ha sido destacado por el ejemplo el carácter para judicial del Ministerio Fiscal.⁸⁷²

Pude decirse que hasta las transformaciones del moderno Estado de Derecho el debate sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal, había venido girando sobre una dialéctica recurrente. “aquella vieja ambigüedad tantas veces señalada, que hacia oscilar al Ministerio Fiscal, alternativa e interminablemente, entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo”⁸⁷³

En el marco de esta dialéctica, el análisis que ahora se estudia tiene como objetivo mostrar los principales argumentos doctrinales que encuadran al Ministerio Fiscal como

⁸⁷⁰ LOPEZ AGUILAR “La justicia y sus problemas...” Pág. 812.

⁸⁷¹ LOPEZ LOPEZ “El Principio de dependencia jerárquica en el Ministerio Fiscal español” en Actualidad Penal 1992-1 Pág. 268

⁸⁷² PEREZ GORDO “Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en La constitución y en su Estatuto Orgánico de 1981” en Revista Jurídica de Cataluña número 2 Barcelona 1983. Pág. 345

órgano o institución revestida de las garantías judiciales, próximas o integradas en el Poder Judicial.

Ahora bien a la hora de analizar dichas posturas conviene tener presente la particular estructura institucional del Poder Judicial para entender que no se puede estar ante fórmulas de dependencia sino ante planteamientos de integración, cuyo objeto es asimilar el status de independencia que disfrutaban jueces y magistrados al Ministerio Fiscal.⁸⁷⁴

Parece claro, señala FLORES PRADA que “no obstante, que el estatuto funcional del Ministerio Público y en particular, los principios de unidad y dependencia hacen difícil una extensión “toto coello” de las garantías judiciales pero lo que también nos encontramos aquí con una variado abanico de interpretaciones que hacen difícil su sistematización.”⁸⁷⁵

Señala CONDE PUNPIDO FERREIRO “Tras la Constitución de 1978 y la aprobación del Estatuto Orgánico de 1981 el Ministerio Fiscal Español ha roto los vínculos que tradicionalmente venían ligándolo con el Poder Ejecutivo y su naturaleza jurídica habrá de entenderse ahora desde los parámetros del Poder Judicial en el cual se encuentra integrado con autonomía funcional.”⁸⁷⁶ Y para seguir el libelo del presente tema las bases sobre las cuales los tratadistas sustentan esta postura judicialcita descansa en:

5.2.1 EL MINISTERIO FISCAL ENTORNO AL PODER JUDICIAL SOBRE LA BASE DE LA TENDENCIA HISTORICA.

Autores como SERRA Y JIMENEZ BLANCO consideran que “la historia del Ministerio Fiscal es un largo camino hacia la independencia de la institución”.⁸⁷⁷ El autor CONDE PUNPIDO FERREIRO señala que “en esta evolución se observa un hilo conductor o tendencia a convertir cada vez más la institución de un mero instrumento procesal en un órgano custodio de la legalidad y a independizarlo de los distintos poderes

⁸⁷³ JIMENEZ VILLAREJO “El Ministerio Fiscal dentro del Poder Judicial” en Poder Judicial número 3 junio de 1982 Pág. 81.

⁸⁷⁴ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 309

⁸⁷⁵ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 309

⁸⁷⁶ CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios rectores” Pág. 877 MUÑOZ CALVO “La independencia del Ministerio Fiscal...” Pág. 2175 APARICIO “El Ministerio fiscal en...” Pág. 650.

⁸⁷⁷ SERRA “El Ministerio...” Pág. 404 JIMENEZ BLANCO “Relevancia constitucional...” En el Poder Judicial volumen II Pág. 1625.

del Estado para otorgarle entidad propia”⁸⁷⁸ Es pues un claro ejemplo el Modelo italiano que ha sustraído al Ministerio Público de la Esfera del Ejecutivo y lo ha colocado dentro del entorno del Poder Judicial tal como se encuentra en su Constitución.⁸⁷⁹

En este línea de argumentos señala APARICIO “se puede sostener que el Ministerio Fiscal se encamina hacia una naturaleza jurídico político independiente y desvinculada por tanto, del Poder Ejecutivo”⁸⁸⁰

CONDE PUNPIDO FERREIRO también apunta que “En el nacimiento del Estado de Derecho⁸⁸¹ había sido concebido, básicamente sobre el criterio de la independencia del poder político. Sobre la base de tal funcionamiento el cambio del modelo del proceso penal acorde con el nuevo modelo de Estado habría requerido, junto a la función puramente judicial de carácter decisorio una función postulante de Acusación, así el ejercicio del ius puniendi del Estado se habría repartido en dos órganos estatales y de funciones diferenciadas, la función decisoria encomendada al juez y la función acusatoria encomendada a un órgano, ya existente, al que se le otorga la naturaleza de órgano promotor de la justicia ejercitando la función pública de persecución de delitos”⁸⁸²

5.2.2. EL MINISTERIO FISCAL ENTORNO AL PODER JUDICIAL SOBRE LA BASE DE LA MAGISTRATURA POSTULANTE QUE TIENDE LA CONSTITUCION.

Señala SABATINI sobre el Ministerio Publico que “La nueva vía establecida por Italia con relación al Ministerio Público ha consistido en superar la vieja concepción del Fiscal como órgano meramente procesal para elevarlo a la categoría de órgano básico en la estructura del Estado, enfocando su estudio desde los parámetros del derecho público administrativo”⁸⁸³

⁸⁷⁸ CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios rectores...” Pág. 847.

⁸⁷⁹ Como se ha consignado en este trabajo en capítulos anteriores.

⁸⁸⁰ APARICIO “El Ministerio Fiscal...” Pág. 627.

⁸⁸¹ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 311 “ Finalmente uno de los argumentos importantes aunque escasamente presente en la doctrina “judicialista” se refiere al retroceso que la contrarrevolución napoleónica supuso para el verdadero fundamento democrático del Ministerio Fiscal”

⁸⁸² CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios rectores...” Pág. 848.

⁸⁸³ SABATINI “Il Pubblico Ministero nel dirrito...” Pág. 14.

Y como órgano básico del estado pero no del ejecutivo, señala también el autor GRANADOS “que la configuración constitucional del Ministerio Fiscal como órgano del Estado pero no del Ejecutivo es punto de partida imprescindible para entender la naturaleza jurídica de la institución en especial tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y la aprobación del Estatuto de 1981”⁸⁸⁴

De este modo señala CONDE PUNPIDO FERREIRO “que las teorías judicialistas extraen del nuevo modelo constitucional contenido en el artículo 124 una doble consecuencia: en primer lugar la supresión de las fórmulas contenidas en la regulación anterior y que configuraban al Ministerio Fiscal como órgano dependiente del Poder Ejecutivo⁸⁸⁵ ha de interpretarse como decisiva a la hora de considerar extinta dicha vinculación.”⁸⁸⁶

Es entonces que la posición del Ministerio Fiscal como órgano del Estado y no del Ejecutivo, se fundamenta a Juicio de APARICIO en “**La exclusión absoluta del Ministerio Fiscal del Título del Ejecutivo**, desde un punto de vista negativo, es el valor de un criterio constitucional inequívoco y, en clave interpretativa es una pauta de primera magnitud para despejar dudas de las cuestiones convertidas. **Su inclusión en el Título del Poder Judicial**, desde el punto de vista positivo es mucha más que una simple referencia al marco normativo, reconducido ahora a su ámbito natural del Poder Judicial, ha de gozar en su actuación de las garantías propias del juez y muy en particular de la protección que otorga la garantía de independencia”⁸⁸⁷

Es pues que el alcance e integración del Ministerio Fiscal en el poder judicial conlleva una escisión en la función de administrar justicia entre una magistratura postulante (ministerio fiscal) y una magistratura decisoria (jueces y tribunales)⁸⁸⁸

Esta integración del Ministerio Fiscal en el poder judicial obedecería al criterio de dividir las funciones de administrar justicia en dos funciones completarías entre sí y

⁸⁸⁴ GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 24.

⁸⁸⁵ Recordar al Ministerio Fiscal como órgano de comunicación o de relación.

⁸⁸⁶ CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios...” Pág. 865. también el mismo autor comenta que a su juicio “el silencio de la constitución respecto a la condición del Ministerio Fiscal como órgano de comunicación entre el gobierno y el poder judicial sólo puede tener una interpretación “La voluntad constitucional es la de suprimir para el futuro ese carácter en el Ministerio Fiscal”

⁸⁸⁷ APARICIO “El Ministerio Fiscal...” Pág. 639.

⁸⁸⁸ RUIZ VADILLO “Consideraciones sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal” En revista de Derecho Judicial año I número 2 año de 1960 Pág. 12

determinantes de un sistema de autocontrol, la decisoria y la postulante, que se encomiendan de modo excluyente y exclusivo a órganos diversos

Señala el autor ALBERT “Que partiendo desde la constitución de una estructura política fundamental del Estado, integrada por tres poderes independientes, pero compatibles por una parte, se den relaciones, y por otra a cada uno no corresponda necesariamente una función única, sino que puedan ser varias y completarías las atribuidas a uno mismo por la Ley, cabrían interpretarse el Título VI de la Constitución y muy especialmente sus artículo 117 y 124 referidos respectivamente a la Magistratura y al Ministerio Fiscal, de este modo la justicia, que emana del pueblo y se administra en nombre del Rey se actúa por el Poder Judicial que se configura constitucionalmente como Poder Independiente con ese cometido funcional que es la Administración de Justicia.

Ahora bien, -señala el autor citado- para servir a esta función se articulan dos categorías de órganos los que ejercen la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos que son los juzgados y tribunales conforme dispone el artículo 117 y los que promueven la acción de la justicia en defensa de la legalidad, que integran el Ministerio Fiscal con arreglo a lo establecido en el artículo 124. Así el menester de administrar justicia, atribuido al Poder Judicial, se escinde en dos funciones: una decisoria y otra postulante de cuya respectiva actuación se encarga a órganos diversos e independientes entre sí, Tribunales y Ministerio Fiscal, pero siempre dentro del marco estricto del Poder Judicial”⁸⁸⁹

En esta vertiente de pensamientos señala CONDE PUNPIDO FERREIRO “ La formulación teórica de la doble magistratura se apoyaría avanzando un paso en una construcción más que inestable, en una configuración plural del Poder Judicial según la cual dicho poder estaría integrado por jueces y magistrados pero no sólo por ellos siempre que la integración (Artículo 117 de la CE) habría que entenderla como expresión no excluyente sino acumulativa así decir que el Poder Judicial está integrado por jueces y Magistrados permitiría que también formaran parte de dicho poder otros órganos e instituciones (Ministerio Fiscal) directamente relacionados con el ejercicio de la función jurisdiccional.”⁸⁹⁰

⁸⁸⁹ ALBERT “El Ministerio Fiscal en...” Pág. 118.

⁸⁹⁰ CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los Principios...” Pág. 871

MUÑOZ CALVO en su particular punto de vista señala que “ Solventando las dudas existentes al respecto , el texto legal, con el apoyo de todos los grupos políticos que intervinieron en su elaboración reafirma y acentúa de modo claro la judicialidad del Ministerio Fiscal como “Magistratura singular “ y “ pieza esencial de la función pública” en cualquier caso, lo importante desde nuestro punto de vista – señala el autor MUÑOZ CALVO- es que el Ministerio Fiscal aparece integrado en el Poder Judicial como Magistratura no decisoria si se quiere autónoma,⁸⁹¹ desvinculado del Poder Político y sometida a los principios de legalidad e imparcialidad”⁸⁹²

“ La concepción judicialista del Ministerio Fiscal se explica de forma bien grafica cuando se afirma que la magistratura debe estar organizada de tal modo que “ no sólo cada juez sea independiente de juzgar según su ciencia y conciencia, sino que esa magistratura, colectivamente considerada como poder de la soberanía, sea independiente de juzgar según su ciencia y conciencia, sino que esa magistratura, colectivamente considerada como poder de la soberanía sea independiente de los otros poderes del Estado se baste a si misma, se encuentre en si misma las maneras y medidas para recorrer el ciclo de su legitima acción. En la medida en que ese ciclo de su legítima acción abarca no sólo la labor decisoria de los conflictos ínter subjetivos, sino también la actividad de promoción indispensable a fin de que el órgano dirimente se pronuncie, resulta indispensable a fin de que el órgano de promoción o postulación y órgano decisorio se hallen integrados en el mismo poder. ⁸⁹³

⁸⁹¹ La posición judicialista plantea imposibles desde un primer momento. Basándose en débiles razones intenta construir una figura que no existe, por la sencilla razón de que la propia constitución la prohíbe. Sólo los jueces y magistrados administrar la justicia. Es cierto que la constitución concedió un amplio campo de trabajo respecto al fiscal a la legislación infraconstitucional pero dejando algunos principios bien atados y entre ellos como se ha visto, la clara diferencia entre jueces y fiscales. Debe hacer notar que es la inamovilidad la garantía de la independencia del juez, independencia que no disfruta el fiscal, que ésta sometido al principio de dependencia jerárquica y no es una diferencia que deba menospreciarse, porque es de el momento en que el Fiscal no disfruta de la cualidad distinta del juez, no podemos obviamente estar ante una figura de carácter judicial. No hay duda que la independencia, junto con la función jurisdiccional, son las características fundamentales del Juez, pues el reto de cualidades son compartidas por otros órganos. A pesar de que se puede afirmar sobre la imparcial del fiscal poco tiene que ver con la independencia judicial concepto mucho más amplio y que conlleva principalmente la imposibilidad de depender en sus funciones de las decisiones que pueden tomar miembros de su organización o algún poder externo. El fiscal, por la definición de sus funciones no puede ser independiente pues, por lo que respecta a su funcionamiento interno, uno de los principios que sustenta su actuación es precisamente el de dependencia jerárquica.

⁸⁹² MUÑOZ CALVO “La independencia del Ministerio fiscal...” Pág. 2163 En esa línea de pensamiento se sitúan también CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios rectores...” Pág. 870 GIL ALBERT “El Ministerio Fiscal...” Pág. 119 MORENILLA RODRIGUEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 98 APARICIO “El Ministerio...” Pág. 645

⁸⁹³ MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 113.

Pero de manera de último pensamiento conviene advertir el pensamiento del autor PIZZORUSSO que analiza “atribuir al Ministerio Público las mismas garantías que goza el juez plantea en el marco del proceso penal el espinoso problema de la existencia de “dos jueces frente al acusado”⁸⁹⁴

5.2.3 EL MINISTERIO FISCAL ENTORNO AL PODER JUDICIAL SOBRE LA BASE DE UNA INDEPENDENCIA INTERNA Y EXTERNA Y LA PRIMACIA DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD E IMPARCIALIDAD.

Afirma el autor JIMENEZ VILLAREJO con relación para fijar como argumento la posición del Ministerio Fiscal en el entorno del Poder judicial que “La judicialidad del Ministerio Fiscal queda definitivamente afirmada a partir de la enumeración constitucional de sus misiones y a partir también de la prioritaria referencia a la legalidad y a la imparcialidad como principios inspiradores de su afectación”⁸⁹⁵ y en este sentido argumenta FLORES PRADA “ Las funciones de garantizar la independencia de los tribunales y el sometimiento al principio de legalidad impiden su configuración como órgano dependiente, encontrando su naturaleza correcta en el marco de un órgano de justicia.”⁸⁹⁶

En otro orden de ideas menciona al respecto APARICIO “Esta naturaleza de órgano independiente, especialmente frente al Ejecutivo, se evidenciaría asimismo en la normativa que regula la intervención del Ministerio Fiscal en los recursos de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad donde los intereses del Gobierno no tienen necesariamente que coincidir con los que defiende el Ministerio fiscal”⁸⁹⁷ al igual CONDE PUNPIDO FERREIRO en esta dirección expresa y para consolidar los anteriores argumentos pone de manifiesto que “a partir de la constitución de 1978 los fines que a la institución atribuye la nueva regulación constitucional no se limitan a la defensa de la ley y del interés público

⁸⁹⁴ PIZZORUSSO “La posizione ambigua del Pubblico Ministero” En Natura e funzioni del pubblico ministero. Lienamenti per una riforma, III convegno Nazionale Roma Euro Palazzo dei Congressi 23, 24, 25 aprile, 1966 comitati di azione per la giustizia arti grafiche jasillo, Roma 1967. Pág.111

⁸⁹⁵ JIMENEZ VILLAREJO “El Ministerio Fiscal...” Pág. 81.

⁸⁹⁶ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 318.

⁸⁹⁷ APARICIO “El Ministerio Fiscal...” Pág. 641

tutelado en la misma sino que se amplían significativamente, especialmente en lo relativo a la protección de los derechos de los Ciudadanos”⁸⁹⁸ El control de la legalidad crece así de forma notable y el Ministerio Fiscal deviene en órgano básico y esencialmente garante de dicha legalidad.⁸⁹⁹

Y continua manifestando el autor CONDE PUNPIDO FERREIRO que “El principio de legalidad aplicado al Ministerio Fiscal, alcanza un significado especial ya que no sólo implica el sometimiento de la institución al ordenamiento jurídico sino que lo convierte en un *custos legis*”⁹⁰⁰ esto es un órgano activo y postulante cuya misión es defender la observancia del bloque de la legalidad⁹⁰¹ allí donde el interés público lo precise”⁹⁰²

Ahora bien entre la disyuntiva de la política criminal y la independencia del Ministerio Fiscal dentro de la esfera del poder judicial señala el autor antes referido que “si bien es cierto que el gobierno tiene constitucionalmente encomendado la dirección de la política interior, la que forma parte la política criminal,⁹⁰³ Política criminal que va desde el estado preventivo de la eficaz actuación policial hasta un acertado sistema penitenciario, pero que pasa también por un adecuado y selectivo ejercicio del *ius puniendi* cuya promoción corresponde al fiscal”⁹⁰⁴

Actualmente según GIL ALBERT “ la teoría de la integración del Ministerio Fiscal en el ámbito del Poder Judicial , el criterio de legalidad estricta que tanto a jueces y magistrados como a fiscales impone la constitución en el cumplimiento de sus funciones respectivas, con toda objetividad se advierte una clara aproximación a la jurisdicción que sitúa a la institución en una zona intermedia más próxima a ésta que al poder ejecutivo, del que en una natural tendencia hacia su autonomía e independencia notoriamente se ha

⁸⁹⁸ CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios...” Pág. 863.

⁸⁹⁹ CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios...” Pág. 863.

⁹⁰⁰ CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios...” Pág. 863

⁹⁰¹ CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios...” Pág. 863

⁹⁰² CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios...” Pág. 864

⁹⁰³ Esto es, la lucha contra esa actividad antisocial que constituye la delincuencia.

⁹⁰⁴ CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios...” Pág. 881 JAURALDE “El Ministerio Fiscal...” Pág. 47 precisa que “El gobierno sólo puede instar del Fiscal las actuaciones que sirvan para promover los intereses generales y comunes a todo el pueblo, entre los que está la realización de la justicia la persecución de los delitos o la promoción del interés social, pero no el cumplimiento de una política parcial y de un sólo grupo, aunque éste sea el dominante. Hay que insistir, no ya en la clarificación de los argumentos sino en la propia esencia del sistema democrático de partidos en el que éstos representan con un programa de gobierno que, sin embargo, no puede contentar a todos sino que supone la opción por una vía concreta, por una orientación determinada.”

distanciado”⁹⁰⁵ CONDE PUNPIDO FERREIRO en la anterior tendencia argumenta: “ en esa línea del recto cumplimiento del fin de la legalidad, vemos que todas las nuevas funciones atribuidas al Ministerio Fiscal a partir de la instauración de la democracia, y más aún, tras la constitución impiden su vinculación al Ejecutivo”⁹⁰⁶

Los partidarios de este argumento señalan que los principios de unidad y dependencia jerárquica serían principios de organización y uno de funcionamiento, estando sometidos además a dos límites esenciales que revelarían el carácter judicial de la institución. Sobre la unidad y dependencia priman en todo caso los principios de legalidad e imparcialidad⁹⁰⁷ junto a ello la dependencia de una dependencia interna, mientras que el Ministerio Fiscal como institución goza de una independencia externa, que desde cualquier instrucción o indicación vinculante proviene de los poderes públicos especialmente del Ejecutivo.⁹⁰⁸

⁹⁰⁵ GIL ALBERT “El Ministerio Fiscal...” Pág. 129.

⁹⁰⁶ CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios...” Pág. 864.

⁹⁰⁷ Una gran parte de la doctrina está a favor de la diferenciación entre los dos principios: para GIMENO SENDRA “El Ministerio Fiscal y el artículo...” Pág. 66 “ Ninguna de estas menciones son decisivas para asegurar que el Ministerio Público es un órgano dotado institucionalmente de independencia de lamisca naturaleza la judicial, porque los principios de legalidad e imparcialidad no son exclusivos del Fiscal, sino que también deben informar la actuación de la Administración Pública, de acuerdo con los artículos 103.1 “ La administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho y el artículo 103.3 constitucional establece que la ley regulara el estatuto de los funcionarios públicos y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. El juez independiente tendría de acuerdo con esta interpretación un sistema de garantías mucho más extenso por el mucho mayor campo que abarcaría la independencia judicial entre ellas el régimen de autogobierno que ha determinado la constitución. Desde este punto de vista GIMENO critica que sea misión del Fiscal velar por la independencia de los tribunales” Por su parte GORDILLO GARCIA “Concepto del Poder Judicial (Notas características) en AA.VV. El Poder Judicial, Dirección General de lo contencioso-instituto de Estudios fiscales Madrid 1983. Pág. 1546 “ La imparcialidad el “nemo iudex in causa sua” es una nota característica de los órganos judiciales de aquellos a quienes se atribuye la función decisoria (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) que son los jueces y magistrados pro que no puede predicarse del Ministerio Fiscal de un modo genérico ya que actúa como parte (siendo en consecuencia parcial) en un gran numero de los proceso en que interviene y al que el propio artículo 7 de su Estatuto Orgánico obliga a la defensa de los intereses que le están encomendados lo que es también incompatible con el concepto procesal de imparcialidad” Para ALMAGRO NOSSETTE “Justicia Constitucional (comentarios a la ley orgánica del Tribunal constitucional) Tirant Lo Blanch, Valencia 1989 Pág. 866 “ la imparcialidad del juez encaminada directamente a la prote4cción de las personas que dirimen sus bienes en el proceso (de aquí el aforismo in diubium pro reo y la imparcialidad del Fiscal que protege los intereses sociales y públicos por lo que puede interpretarse como una imparcialidad que en un caso de duda debe inclinarse hacia la protección de aquellos intereses in dubium pro societate.”

⁹⁰⁸ FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 323.