

#### **5.2.4 EL MINISTERIO FISCAL ENTORNO AL PODER JUDICIAL SOBRE LA BASE DE LA ESTRUCTURA ORGANICA.**

Otro argumento que esgrimen los ponentes de la tesis del Ministerio Fiscal en el entorno o ámbito del Poder judicial es la base de la estructura orgánica que esta institución ostenta es por ello que de la independencia institucional se puede derivar una real equiparación en el status que la Constitución atribuye a los Jueces así también a los miembros del Ministerio Fiscal. Los Fiscales estarían como manifiesta el autor APARICIO “constitucionalmente equiparados en su status a jueces y Magistrados, en virtud que tienen las mismas incapacidades, incompatibilidades prohibiciones y el mismo régimen de asociación profesional. Ninguna equiparación se establece por el contrario, como los funcionarios de la Administración.”<sup>909</sup>

Para SAINZ MORENO determina que “conviene poner de manifiesto que, constitucionalmente, en modo alguno se equipara el status de Jueces y Fiscales,” bastando para darse cuenta de ello una lectura conjunta de los artículos 124 y el 117 de la Constitución”

Concluyendo para APARICIO CALVO RUBIO agrupa en cinco categorías argumentales las razones por las cuales el Ministerio Fiscal es un órgano estatal y de justicia, pero no del Ejecutivo:

En primer lugar la sistemática constitucional que excluye absolutamente cualquier mención sobre el Ministerio Fiscal en el Título sobre el gobierno, la inclusión de este en el poder judicial es, desde todo punto de vista, mucho más una simple referencia al marco normativo.

En segundo lugar: Un conjunto de cuestiones señalan la quiebra de la legislación constitucional con la que había regido anteriormente.

En tercer lugar: La equiparación de los fiscales en sus estatutos a los jueces y magistrados salvo la inamovilidad, por lo que cuenta con las mismas incapacidades incompatibilidades y prohibiciones, coincidentes con las de órganos independientes del

---

<sup>909</sup> APARICIO “El Ministerio Fiscal...” Pág. 546.

Ejecutivo como el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas y el Tribunal Constitucional.<sup>910</sup>

En cuarto lugar: La supuesta independencia del Ministerio Fiscal que señala en el artículo 124 de la constitución española,<sup>911</sup> con ello sería un hecho la desaparición del rango constitucional de la posibilidad de que el gobierno le dé órdenes o instrucciones

En quinto lugar: Los últimos y fundamentalísimos fines que el ordenamiento constitucional le atribuye y la mejor y más completa formulación de alguna de sus misiones lo que constituye un indudable acierto de los constituyentes, consiguientemente se entiende que el Ministerio Fiscal, como órgano de justicia que resulta, está integrado con autonomía funcional en el poder Judicial y es un órgano constitucional. En este sentido también se ha dicho que “es un órgano eminentemente judicial, pero no jurisdiccional, al no corresponderle la función de adoptar decisiones”<sup>912</sup>

---

<sup>910</sup> MARTINEZ DALMAU “Aspectos constitucionales...” Pág. 145. “ La similitud de origen formación, régimen retributivo, ascensos e incompatibilidades de los miembros de la carrera fiscal con los de la judicial, apunta en la línea de integración del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial”

<sup>911</sup> MARTINEZ DALMAU “Aspectos constitucionales...” Pág. 145. “El artículo 124 constitucional ni ningún otro de la constitución emplean ese término aplicado al Ministerio fiscal y que las cortes han desarrollado estrictamente en el Estatuto de 30 de diciembre de 1981 en la Ley 62/78 de 26 de diciembre de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona y en la Ley 2/79 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional, entre otras.”

<sup>912</sup> APARICIO CALVO RUBIO “El Ministerio Fiscal en la Constitución” en AA.VV. El Poder Judicial, Pág. 154.

Y concluyendo<sup>913</sup> Señala IBAÑEZ Y GARCIA VELASCO “Que es preciso que el Fiscal individual o colectivamente considerado (es decir cada fiscal en particular o al menos el Ministerio Fiscal como todo unitario) no dependa nunca de la Administración que

---

<sup>913</sup> MARCHENA GOMEZ “El Ministerio...” Pág. 113. “ La configuración que el artículo 124 de la Constitución Española hace del ministerio Fiscal con la consiguiente repercusión en la regulación legal de instituto obliga a destacar una serie de innovaciones que, para algunos autores, suministran argumentos a favor del carácter judicial de la institución por lo que se mencionan a continuación: A. La superación de formulas tradicionales como órgano de representación u órgano de comunicación evidencia un deseo legislativo de abandonar concepciones del Ministerio Fiscal en la búsqueda de la coherencia legislativa con los nuevos perfiles de la institución, el Titulo IV de la constitución al ocuparse del gobierno y la Administración no describe entre los cometidos gubernamentales el “Excitar la acción de la justicia” al propio tiempo que omite toda referencia a las relaciones entre el Gobierno y el Poder Judicial al contrario de lo que ocurre en el Titulo V del texto constitucional que aparece bajo la rubrica de las relaciones entre el gobierno y las cortes generales. B. El abandona de la idea pre vigente del Fiscal como puente de unión entre el gobierno y el poder judicial, determina que el propio gobierno quede sometido al régimen general de actuación del Ministerio Fiscal. En efecto, dice el artículo 124 de la norma básica que las funciones del Fiscal se ejercerán” de oficio o a petición de los interesados” no regulando, ni siquiera separadamente, la excitación gubernamental como mecanismo impulsor de los cometidos del Fiscal. Ello determina que al ocuparse el Estatuto de 1981 de “las relaciones del Ministerio Fiscal con los poderes públicos” capitulo IV del Titulo I solo, admita en el artículo 8 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 cual se razona, el Gobierno deberá acudir al Fiscal como un interesado más, sin apartarse de los esquemas de acceso vigente para cualquier ciudadano. Se ha dicho que no es preciso acudir a complejas disquisiciones hermenéuticas para colegir que “interesar no es ordenar” máxime cuando el apartado 2 del precitado artículo 8 señala que “El Fiscal General del Estado oída la junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, resolverá sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas y expondrá su resolución al gobierno de forma razonada. C. La expansión de las funciones atribuidas al Fiscal refleja una nueva dimensión institucional que afectaría ala misma naturaleza de aquél. D. La integración del ministerio Fiscal en el Poder Judicial no sólo es defendible en el pleno doctrinal sino que legislativamente se ha proclamado aquél carácter La voluntad del legislador es clara en tal sentido pues explícitamente se afirma en el artículo 2 del Estatuto de 1981 cuando dispone que aquél órgano se halla integrado con autonomía funcional en el poder judicial e implícitamente en el texto constitucional al regular al Fiscal en el Titulo VI rubricado “Del Poder Judicial” E. La misma evolución histórica de la figura pone de manifiesto, para los defensores del criterio que ahora nos ocupa, que desde el punto de vista orgánico o funcional, los Fiscales han sido concebidos con un status casi idéntico a los jueces y Magistrados. Tal línea evolutiva ha sido incluso respetada por el texto constitucional que, en su artículo 127 extiende la prohibición de desempeñar cargos públicos o pertenecer a partidos políticos o sindicatos a Jueces y Fiscales. El propio Estatuto de 1981 toma como punto de referencia, en diversos preceptos, el régimen existente para los jueces y magistrados en determinadas materias. Así existen para los jueces y magistrados en determinadas materias. Así acontece con el artículo 52 a efectos de “ permisos licencias y recompensas” tonel artículo 53 en cuanto al “régimen retributivo” el artículo 42 en lo que afecta al ingreso de la Carrera Fiscal respecto del cual se dispone que El programa y los criterios de esta oposición serán análogos a los que se determine para el ingreso de la Carrera Judicial y en fin con el artículo 70 a cuyo tener “ La rehabilitación de los Fiscales separados disciplinariamente se regirá en cuanto les sea de aplicación, por lo dispuesto en la Ley orgánica del Poder Judicial para Jueces y Magistrados. F. En el Poder judicial coexisten varias funciones perfectamente deslindables. Junto a la esencial labor de “Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” existen otras no menos esenciales como la constituida por la labor promotora de la justicia, cuando se vieran comprometidos el interés público o social o los derechos de los ciudadanos. Tal idea quedaría expresada en el propio artículo 117.4 de la Constitución en el cual se establece que “los juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente le sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho. En el mismo sentido el artículo 124. al regular los cometidos del Ministerio Fiscal aclara que aquéllos lo serán sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos. Los argumentos esgrimidos frente a la adscripción del Fiscal al poder judicial son rechazados por aquellos que defienden tal inclusión”

tiene otros fines y otros medios bien distintos. Es necesario que al Fiscal se le considere a toda costa como una figura integrada siempre eminente y exclusivamente en el todo judicial, que sea, pues, en la orbita de sus funciones un magistrado independiente al igual que los jueces y que su misión nunca pueda ser otra que la estricta defensa de la ley.”<sup>914</sup>

### 5.3 EL MINISTERIO FISCAL ENTORNO AL ORGANO PARLAMENTARIO

Un Fiscal próximo al poder Ejecutivo y otro dotado con las garantías de un magistrado viene a completarse con una tercera posición doctrinal para muchos minoritaria que propone un Ministerio Fiscal vinculado al parlamento en virtud que es un poder del Estado que representa la soberanía popular y del que precisamente emana la legalidad que el Fiscal ha de defender.<sup>915</sup> Sin embargo en el estudio del derecho comparado se analizó la Prokuratura soviética como un órgano comisionado del Parlamento con férreos poderes de inspección sobre la legalidad y fundamento político de las distintas decisiones dictadas por los órganos judiciales<sup>916</sup> Dentro del ámbito español se puede tomar a cuenta la ponencia del grupo socialista que defendió tenazmente la naturaleza parlamentaria del Ministerio Fiscal. La constitución de España regula únicamente la colaboración entre los distintos poderes públicos como lo señala SAINZ MORENO que “el Ministerio Fiscal no tiene frente al parlamento ninguna vinculación especial, aunque existe la posibilidad legal de una colaboración entre ambas instituciones” Pero ahora bien el Ministerio Fiscal si se encuentra relacionado en cierta forma con el Parlamento en relación a la intervención del mismo en las comisiones de investigación parlamentaria como actualmente se realiza con motivos de los ataques terroristas del once de marzo<sup>917</sup>

---

<sup>914</sup> IBAÑEZ Y GARCIA VELASCO. “Independencia y autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal” Revista de Derecho procesal número 2 abril-junio, 1967 Pág. 149

<sup>915</sup> MARTIN PALLIN en su intervención en las jornadas sobre administración de justicia en España organizadas por la Universidad politécnica de Madrid el 25 de noviembre de 1997 y recogidas por la Ley Diario de noticias 3 de diciembre de 1997 ROIG “El Fiscal parlamentario” en Revista de la Unión progresista de Fiscales, número 4 diciembre de 1993 Pág. 34 también ver a GUTIERREZ CARBONELL “El Fiscal Parlamentario” en Revista de la Unión progresista de Fiscales, número 5 diciembre de 1994

<sup>916</sup> CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios rectores...” Pág. 853.

<sup>917</sup> Ver artículo 52 del Reglamento del Congreso de los diputados y 60 del Reglamento del Senado.

Aunque algunos estudiosos consideran que debería reforzarse la vinculación entre el Parlamento y el Ministerio Fiscal a través de una reforma legal del Estatuto Orgánico<sup>918</sup> sin necesidad de modificar el texto constitucional<sup>919</sup>

Aunque como señala TORRES BOURSAULT quien sin dejar de reconocer lo atractivo de la teoría, apunta entre otras razones que al apoyar dicha modificación “existiría una clara contradicción entre un Fiscal Vinculado al Parlamento y el vigente diseño constitucional”<sup>920</sup>.

Es pues que la problemática que encierra la naturaleza del Ministerio Fiscal es sin lugar a dudas una tarea de mucho a fan y a la vez de un incansable análisis prioritario. Definir la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal constituye un prius imprescindible a partir del cual deben ir encontrando respuesta coherente las distintas cuestiones que la institución plantea en sus dimensiones orgánica y funcional. Y por lo tanto existen otras concepciones más acertadas y modernas de considerar al Ministerio Fiscal desde los siguientes puntos de vista.

#### **5.4 EL MINISTERIO FISCAL EN TORNO AL CONCEPTO DE SER UN ORGANO DEL ESTADO**

---

<sup>918</sup> Como señala el Autor MARCHENA “El Ministerio Fiscal. Pág. 194. “La actual descripción constitucional del Ministerio Fiscal no constituye un obstáculo para que a través de futuras normas estatutarias, se refuerce esa vinculación con el órgano constitucional que emana la legalidad. Un primer paso en la línea que se defiende, lo constituiría la exigencia de que la propuesta que el gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial, ha de hacer al Rey para el nombramiento del Fiscal General del Estado, tomara como base un candidato nominado, a su vez, por una mayoría reforzada de tres quintos del órgano legislativo. Esta nueva situación institucional del Ministerio Fiscal habría de fundamentarse en buena parte en una corrección de la forma de nombramiento del Fiscal General del Estado en la que debería introducirse el consenso parlamentario como instrumento, además de freno en el control gubernamental de la institución.

<sup>919</sup> GUTIERREZ CARBONEL “El fiscal...” Pág. 30 así también DE LA OLIVA “El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal” en Tribunales de Justicia número 1 de enero de 1997 Pág. 13 “no me parece necesario y no considero oportuno aunque fuese constitucionalmente posible, introducir en el procedimiento para la designación del Fiscal General del Estado, ni en su singular estatuto, ninguna innovación y en concreto, una intervención del congreso de los diputados o del Senado alentaría la errónea idea de que todos los altos cargos del Estado han de franquear una suerte de aduana parlamentaria para empaparse de soberanía popular y adquirir su legitimidad”

<sup>920</sup> TORRES BOURSAULT “El Fiscal parlamentario” en Revista de la unión progresista de fiscales, número 4 diciembre de 1993 Pág. 33.

Para autores como GRANDOS “La consideración del Ministerio Fiscal como órgano del Estado no debe conducir a identificar órgano del Estado con órgano independiente, a contrario a engazarlo en el conjunto orgánico del Estado donde, una vez más hay que señalar, no hay órganos estrictamente independientes sino funciones separadas y coordinadas” Para CONDE PUNPIDO FERREIRO la Condición del Ministerio Fiscal como órgano del Estado es un elemento conceptual esencial.<sup>921</sup>

La teoría del Ministerio Fiscal como órgano del Estado según autores como SABATINI ALOISI ROMANO DI FALCO viene formulada históricamente en el contexto de la crisis del modelo Napoleónico del Ministerio Público y de forma más amplia con la crisis del Modelo de Estado de cuño demo liberal.<sup>922</sup> El autor SABATINI sostiene “que el punto de partida viene representado por la constatación de que el Ministerio Público es órgano del Estado y estructuralmente órgano administrativo. El Ministerio Público, afirma el autor, nace constitucionalmente y se organiza administrativamente, de ahí que su origen deba relacionarse con el derecho constitucional y su organización con el derecho administrativo.”<sup>923</sup> La principal aportación que acompaña esta teoría, cuya paternidad hay que atribuir a la doctrina italiana radica en que la institución va a encontrar un marco de autonomía dentro de la estructura jurídica del aparato estatal. En este marco conceptual señala el mismo autor SABATINI “El ordenamiento jurídico asigna a los órganos estatales funciones autónomas de la titularidad del poder mismo. Los órganos se convierten en titulares de poderes mismos, consistentes en el derecho-deber de ejercitar la función atribuida independiente de la voluntad del Estado que es, y permanece, como titular de la correspondiente potestad. La única condición, se refiere el autor en mención, que el ordenamiento jurídico impone a la actividad de los órganos es que ésta sea actuada en función del interés final del Estado, esto es, que la función concretamente desarrollada por el órgano debe tender a la satisfacción de un interés general del Estado.”<sup>924</sup> No se trata de construir un órgano independiente pero si de subrayar las singularidades del Ministerio Público como institución de naturaleza administrativa especial, no encuadra en el esquema jerárquico ni propiamente funcional del aparato administrativo señala GIMENO<sup>925</sup> pero

---

<sup>921</sup> CONDE PUNPIDO FERREIRO “El Ministerio Fiscal en la...” Pág. 586.

<sup>922</sup> SABATINI “Il Pubblico Ministero nel diritto...” Pág. 56. citando a ALOISI ROMANO DI FALCO

<sup>923</sup> SABATINI “Il Pubblico Ministero nel diritto...” Pág. 59.

<sup>924</sup> SABATINI “Il Pubblico Ministero nel Diritto...” Pág. 119.

<sup>925</sup> GIMENO “Constitución y...” Pág. 334.

esta construcción doctrinal, que no debe entenderse fuera de un avance en la articulación de eficaces mecanismos de garantía en el funcionamiento del Estado de Derecho, ha sufrido, sin embargo un peligroso deslizamiento,<sup>926</sup> que ha venido a justificar una radical separación del Ministerio fiscal respecto del Poder Ejecutivo.

La consideración propia y singular del Ministerio Fiscal como órgano del Estado coloca a la institución en el plano jurídico público, con una perspectiva más amplia de la puramente procesal en la que tradicionalmente había venido encuadrado su estudio.<sup>927</sup>

Con respecto a lo procesal al analizar al Ministerio público como órgano del Estado, constituirá su consecuencia y no su antecedente, y lo procesal determinara su organización. Y su posición de imparcialidad como parte formal o material en el proceso deberá ser estudiada, entendida y enfocada desde su posición jurídico político en el marco del Estado y desde la perspectiva del Derecho constitucional.<sup>928</sup>

Comúnmente se ha estudiado al Ministerio Fiscal como órgano ubicado dentro del Poder ejecutivo en el marco de la Administración, y es un órgano procesal encargado de la defensa del interés público.<sup>929</sup> Ahora bien los cambios y las transformaciones estructurales del Estado contemporáneo vienen a configurar lo que muchos han denominado “Estado complejo” en el que los tres clásicos poderes se hacen insuficientes para explicar todo un entramado institucional destinado a paliar la estricta separación de poderes en la que desembocó el Estado Liberal.<sup>930</sup>

En este contexto, no se excluye una vinculación del Ministerio Fiscal con el poder Ejecutivo sino que se sostiene una posición institucional dotada de singularidad propia en cuanto órgano del Estado.<sup>931</sup>

El Ministerio Fiscal como órgano del estado se encuentra profundamente vinculado con los fines del Estado mismo, es decir un instrumento esencial en el cumplimiento de los fines que el propio Estado tiene asignados. El Ministerio Fiscal

---

<sup>926</sup> “Deslizamiento desde posiciones doctrinales que, en alguno caso como el italiano han alcanzado forma jurídica” ver al respecto su constitución y el esquema en el cual se encuentra regulado.

<sup>927</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 337.

<sup>928</sup> Ver APARAICIO “El Ministerio Fiscal...” Pág. 532. ver a NANUCII “Il pubblico ministero. Problema antichi difficoltà nuove” Pág. 417, LORENTE “Estatuto del Ministerio...” Pág. 33 MARTIN GRANIZO “El Ministerio Fiscal...” Pág. 101.

<sup>929</sup> MARTIN GRANIZO “El Ministerio Fiscal...” Pág. 101.

<sup>930</sup> GARCIA PELAYO “Las transformaciones...” Pág. 57.

<sup>931</sup> LOPEZ AGUILAR “La justicia y sus problemas...” Pág. 181

desarrolla así una competencia estatal de carácter o índole singular, dentro de su ámbito funcional a través de una estructura orgánica propia.<sup>932</sup>

En términos comprensivos con respecto al Ministerio Fiscal como órgano del Estado, ha de entenderse que la legalidad y su defensa en el Estado moderno, es una responsabilidad pública compleja, y que no debe ser monopolizada por el Poder Ejecutivo ni canalizada exclusivamente a través del Ministerio Fiscal. El mantenimiento del orden jurídico constituye un compromiso de interés general que involucra al conjunto de poderes del Estado en la efectividad de los valores superiores del ordenamiento.

Es por ello que la satisfacción de las expectativas que la sociedad ha depositado en la aplicación del Derecho, tarea en la que el Ministerio Fiscal está llamado a desempeñar es un objetivo del Estado en su conjunto para cuyo cumplimiento resulta imprescindible garantizar la actuación coordinada de los poderes públicos.<sup>933</sup>

Conclusivamente señala LORENTE que “ El Ministerio Fiscal es un órgano del Estado, una institución estatal y queremos dar un especial énfasis a esta expresión menciona el autor, La constitución de 1978 ha consagrado un Estado de autonomías en el que las funciones y competencias relativas a lo que podríamos denominar, por no encontrar una fórmula más generalizadora “Cosa pública” se hallan compartidas por entes de distinto ámbito territorial pues bien dentro de ese Estado autonómico, el Ministerio Fiscal y su función son materia de la exclusiva competencia estatal y la institución es una para toda la nación” por lo que podemos sintetizar esto en que “El Ministerio Fiscal es como un órgano del Estado, órgano central y no desconcentrado en la medida en que sus funciones corresponden a fines globales de la acción jurídica-política”<sup>934</sup>

## **5.5 EL MINISTERIO PÚBLICO EN TORNO AL CONCEPTO DE SER UN ORGANO CONSTITUCIONAL.**

“Una constitución es una fórmula jurídica, una superley que regula las bases esenciales de las relaciones de la sociedad (gobernados) con el Estado (gobernantes) una

---

<sup>932</sup> LOPEZ AGUILAR “La justicia y sus problemas...” Pág. 181.

<sup>933</sup> FLORES PRADA “El Ministerio fiscal...” Pág. 338.

<sup>934</sup> LORENTE “Estatuto del Ministerio...” Pág. 32

condensación de formas de primera ley, de la actividad organizadora de la convivencia de un pueblo, señala la política o fines del Estado y enumera los medios de acción necesarios para conseguirlo”<sup>935</sup>

La regulación pues del Ministerio Fiscal en el texto constitucional de España, debe de considerarse en su plena exactitud un dato relevante. La constitución española de 1978 diseña un nuevo sistema político en la corriente del moderno constitucionalismo social y democrático de derecho.<sup>936</sup> En la cual el Ministerio Fiscal al regularse en ella, goza por entendimiento de ser un órgano constitucional.

El constituyente no ha concebido a la institución como un órgano de configuración legal sino constitucional, es pues un órgano del Estado de naturaleza constitucional.<sup>937</sup>

Puede destacarse que el Ministerio Fiscal a juicio del autor LOPEZ AGUILAR como un óbice de esta postura que el mismo “no es uno de los órganos básicos de la estructura constitucional del Estado”<sup>938</sup> porque en teoría constitucional se ha conocido que son órganos básicos u órganos constitucionales estrictamente la Jefatura del Estado, los tres clásicos poderes y la justicia constitucional”<sup>939</sup> a esta postura responde el autor APARICIO que “el Ministerio Fiscal si la norma suprema lo regula, adquiere sin duda el rango de órgano constitucional, aunque no sea de primer grado, o supremo, por no gozar, como los tres poderes del Estado, de autogobierno pleno, sino limitado y sin que por ello se constituya obviamente en otro poder”<sup>940</sup>

El autor FLORES PRADA comenta que “La constitución pues, ha querido que el ministerio Fiscal sea órgano constitucional y ello debe considerarse una opción de trascendencia en cuanto tomó el constituyente en cuenta dos caracteres esenciales del Ministerio Fiscal íntimamente conectados entre si de una parte que su actividad incorpora márgenes ciertos de discrecionalidad y de otra que dicha discrecionalidad trasciende, en

---

<sup>935</sup> CARRETERO PEREZ “El modelo del Poder Judicial...” Pág. 727.

<sup>936</sup> SCHMITT “Teoría de la Constitución” Tecnos, Madrid 1934 Pág. 27.

<sup>937</sup> Pudiera decirse que el desarrollo legal de la institución queda protegido por una reserva constitucional.

<sup>938</sup> LOPEZ AGUILAR “La justicia y sus problemas...” Pág. 168. “ Habrá que afirmar, distintamente que en el Estado fundado en la constitución normativa no sólo se funden tres poderes como tipos ideales de las respectivas expresiones funcionales del poder que se reputa legítimo, sino también otro entramado más complejo y delicado de órganos ( sean éstos constitucionales o sean de relevancia constitucional, distinción que aquí poco importa) y de instituciones que tiene la exacta incardinación, sentido funcional y extensión ( en lo que se refiere a potestades y facultades atribuidas) que la constitución ha deseado conferirles”

<sup>939</sup> GALLEGO ANABITARTE “Constitución y personalidad jurídica del Estado” Temas clave de la Constitución Española, Tecnos Madrid 1992 Pág. 175.

<sup>940</sup> APARICIO “El Ministerio...” Pág. 531.

determinados campos de la decisión técnico procesal para entrar en terrenos de otra responsabilidad como es la actuación de la voluntad de los ciudadanos y que conllevan la ineludible carga de la responsabilidad política. No parece descabellado sostener, en este sentido- manifiesta el autor en referencia-, que si el legislador constitucional hubiera partido de un rígido entendimiento del principio de legalidad en el ejercicio de la acción pública hubiera sido perfectamente posible que el Ministerio Fiscal permaneciera en el ámbito jurídico procesal como una institución meramente técnica y de configuración legal. Sin embargo el rango constitucional del Ministerio Fiscal contribuye decisivamente a poner de relieve la necesaria coordinación entre el Estatuto funcional de la institución y el resto de los poderes públicos a la hora de integrar contenidos políticamente variables como son el interés público tutelado por la ley o la protección jurisdiccional del interés social.”<sup>941</sup>

Con respecto al principio de legalidad que debe defender el Ministerio Fiscal se señala que: “La constitución no se limita a diseñar los mecanismos contenidos en el clásico aforismo de “quien manda y hasta dónde manda” sino que incorpora unos valores finales, unos objetivos políticos generales a los que vincula y en los que se integran los distintos órganos de la propia constitución establece, así el texto constitucional de 1978 diseña también “el para qué o con que fin se destina a hacer efectivos los valores superiores del ordenamiento jurídico y a esa dirección deben encaminarse los órganos en cuya esencia y en cuya función se detecta un mayor o menor grado de influencia político social. La defensa pública de la legalidad no es así una función neutra y automática aunque tampoco se trata de una función genuinamente discrecional”<sup>942</sup>

---

<sup>941</sup> FLORES PRADA · “El Ministerio...” Pág. 342

<sup>942</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 242, “El debate planteado trata básicamente de lograr determinar el alcance del principio de legalidad contenido en el artículo 25 de la constitución en relación con el también llamado principio de legalidad que rige la necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito del proceso penal. Para VIVES “Comentarios a la ley...” Pág. 285 “El Estado social habría dotado a la formulación del principio de legalidad penal en un sentido limitador en el ejercicio del Ius puniendo más que de un sentido obligacional de castigar, en consonancia con una concepción de principio de seguridad jurídica entendida como seguridad de los bienes jurídicos. La proyección de la mencionada concepción sobre el principio de necesidad en el ejercicio de la acción penal determina la posibilidad de introducir la oportunidad “como un principio que concreta exigencia de justicia no meramente tácticas, a las que desde la perspectiva material, también da respuestas, encaminadas en la misma dirección la ley penal sustantiva...” Para DE LA OLIVA “El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal” en Tribunales de Justicia número 1 enero de 1997. Pág. 292 “ No cabe dentro de nuestro marco constitucional atribuir al Ministerio Fiscal, en virtud de un juicio de oportunidad la facultad de dejar de acusar o dejar de calificar la conducta aparentemente punible según los criterios legales. Otra cosa es sigue señalando el autor, es que la propia ley penal prevé consecuencias jurídicas distintas anudadas a la acusación concreta pero dentro del marco insiste de una diversidad legalmente prevista” FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 343 “ La

La constitución española vigente es reflejo claro de las evoluciones del sistema de derecho en cuya oportunidad ya se abordó en el presente trabajo y cuya relación o conexión con el Ministerio Fiscal es evidente.

Por una parte, la ampliación notable de la función de defensa de la legalidad que al Ministerio Fiscal corresponde hay que vincularla con la constitucionalización de los llamados valores superiores del ordenamiento jurídico. Las leyes en este orden al igual que la actividad de los poderes públicos están destinadas a la consecución no sólo de la libertad, sino de la justicia, de la solidaridad de la igualdad y del pluralismo político a cuyo servicio se pone el ordenamiento jurídico.<sup>943</sup> La defensa pues, que se encomienda al Ministerio Fiscal en la constitución es una función de salvaguarda de la legalidad como instrumento para alcanzar los fines a los que el ordenamiento se orienta.

De otra parte la defensa del interés público y del interés social no puede entenderse desconectada con la finalidad política última pretendida por la propia Constitución. La función de defensa de la legalidad, por tanto, tendrá, junto al componente de garantía de la paz social, el componente tendencial de defender ante los Tribunales, la finalidad político constitucional, concretada en el contextualizado interés público y social.<sup>944</sup> Junto a ello, la defensa de los derechos de los ciudadanos como misión específica atribuida al Ministerio Fiscal por el artículo 124 ha de conectarse con la ampliación y ensanchamiento de los mismos pero principalmente con mayores y más eficaces procedimientos de garantía tanto en la vía jurisdiccional ordinaria como en la constitucional.<sup>945</sup>

---

compatibilidad entre el principio de competencia que al Ministerio Fiscal se reconoce en la calificación de hechos jurídicos y en la determinación o no de su intervención debe hacerse compatible con las líneas generales de la actuación política. Ello determina el difícil equilibrio en que la constitución coloca a la institución y puede justificar las tantas veces aludida ambigüedad en su regulación constitucional, cuyas funciones de garantía en el mantenimiento del orden jurídico no deben hacer de los funcionarios del ministerio Fiscal un poder independiente y de todo punto descontrolado dentro del Propio Estado. La ambigüedad y la indefinición van dejando paso, a la luz de los pesos y contrapesos institucionales con que la constitución concibe el funcionamiento del sistema político, a la posición de equilibrio que presenta el Ministerio Fiscal Español, cuyos puntos de apoyo están básicamente contenidos tanto en su estatuto orgánico y funcional como en el nombramiento de la cúspide de la Carrera, uno y otro garantizan, a la vez su autonomía funcional y su conexión con la legislación político democrática.”

<sup>943</sup> VIVES “Comentarios a la ley...” Pág. 287.

<sup>944</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 345. GRANATA “Posizione costituzionale e funzione giuridica...” Pág. 126.

<sup>945</sup> PEREZ LUÑO “Los derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución” Editorial Tecnos, Madrid 1995. Pág.25.

## 5.6. EL MINISTERIO FISCAL EN TORNO AL CONCEPTO DE SU ACTUACIÓN EN LAS BISAGRAS DEL SISTEMA POLITICO.

Menciona FIORAVANTI que “el Ministerio Fiscal refleja de tal modo el sistema político del cual es expresión que en su posición jurídica convergen y se concretan las dos tendencias esenciales que caracterizan al moderno Estado social de Derecho: la función de garantía y la función de dirección política.”<sup>946</sup>

El Ministerio Fiscal es un órgano del Estado como anteriormente se analizó, goza de rango constitucional, además de ser un órgano promotor de los valores superiores del ordenamiento, en el marco de la aplicación judicial del Derecho, al tiempo que es órgano de garantía en la defensa pública y objetiva de la legalidad.

Esta doble función del Ministerio Público de ser un órgano de garantía de la defensa pública y ser un órgano de promotor de los valores superiores del ordenamiento en el marco de la aplicación judicial del Derecho. Genera que la institución sea situada en el concepto que el autor SAINZ MORENO precisa es decir en una “posición de equilibrio”<sup>947</sup> dentro del sistema político,<sup>948</sup> ni estrictamente dependiente de los poderes del Estado,<sup>949</sup> ni tampoco desconectada de ellos.<sup>950</sup>

---

<sup>946</sup> FIORAVANTI “Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones” (Traducido por DE MARTINEZ NEIRIA) Trota Madrid 1996 Pág. 130.

<sup>947</sup> SAINZ MORENO “El Ministerio Fiscal y la defensa...” Pág. 150 además este autor comenta “En nuestro ordenamiento la constitución el estatuto orgánico del ministerio fiscal y las leyes materiales y procesales han construido un modelo de realización judicial de la justicia en el que la función atribuida al Ministerio Fiscal consiste en la defensa de la legalidad desde la concepción del interés público que en cada momento resulte del juego de las fuerzas democráticamente constituidas y articuladas. Para ello han configurado al Ministerio Fiscal como un órgano complejo sometido a un juego de impulsos internos y externos, cuidadosamente medidos y compensados”

<sup>948</sup> SAINZ MORENO “El Ministerio Fiscal y la defensa...” Pág. 150.

<sup>949</sup> LORENTE “Estatuto del Ministerio...” Pág. 34. “La constitución española de 1978 abre un nuevo marco para la consideración de la naturaleza del Ministerio Fiscal. Esto no tiene por que incorporarse a ninguno de los dos poderes, ni al Ejecutivo ni Al judicial.”

<sup>950</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 347 “Se trata de una misión de equilibrio bien definida, SAINZ MORENO “El Ministerio Fiscal y la defensa...” Pág. 149 “En el centro mismo de la posición jurídica del Ministerio Fiscal está situada la siguiente cuestión ¿Cómo es posible armonizar la realización de una determinada política judicial con el estricto cumplimiento del principio de legalidad? La respuesta a esta pregunta ha dado lugar a la creación de mecanismos complejos en los que aparecen minuciosamente regulados sistemas de acción y de reacción con los que se pretende alcanzar una solución “adecuada” a la necesidad que todo gobierno democrático tiene de impulsar su propia política judicial, pero sin que ello lesione la independencia judicial, ni los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley”

A partir del anterior planteamiento para que este concepto de la naturaleza del Ministerio Fiscal entorno a lo que se ha denominado por autores como FLORES PRADA “Bisagra del sistema Político”<sup>951</sup>

Es necesario definir de forma precisa, los mecanismos de relación de dichas instituciones con los poderes del Estado, eliminando el peligro de que queden colgadas en el vacío o que resulte imposible una construcción lógica y sobre todo legitimada democráticamente.<sup>952</sup>

Para concretar la posición de equilibrio institucional de que disfruta el Ministerio Fiscal debe pasar por la precisión de las relaciones con otros poderes del Estado, especialmente con las funciones Ejecutiva, Legislativa y Judicial.<sup>953</sup>

Se ha dicho en palabras de SERRANO ALBERCA que no en vano que el Ministerio Fiscal viene a ocupar una posición de equilibrio en el sistema de poderes que diseña el texto constitucional de 1978<sup>954</sup>

La posición de equilibrio no deriva en primer término de una exclusión negativa de otras posibilidades de ubicación, al contrario, la esencia funcional del ministerio Publico exige definir su identidad en positivo como un órgano de garantía para la defensa de la legalidad al tiempo que una institución comprometida con los altos fines políticos a los que la constitución y el ordenamiento jurídico aspira.<sup>955</sup>

La situación de equilibrio institucional del que disfruta el Ministerio Fiscal no es en si perniciosa ni tiene por qué estar destinada al fracaso <sup>956</sup>Conviene de esta Manera proteger de un doble peligro al Ministerio Público de una parte de la posible instrumentalización política y de otra de la posibilidad de que se convierta en un poder autónomo, con

---

<sup>951</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 346.

<sup>952</sup> GUARNERI “Pubblico Ministero e Sistema...” Pág. 156.

<sup>953</sup> MARTINEZ DALMAU “Aspectos constitucionales...” Pág. 160.

<sup>954</sup> SERRANO ALBERCA “Artículo 124” Pág. 1832.

<sup>955</sup> MORENO CATENA “Introducción al Derecho...” Pág. 226. FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 348 “Se trata en definitiva de una institución de convergencia entre política y control de su legalidad, dicha posición puede advertirse con claridad en el proceso penal y muy especialmente, en la fase de investigación criminal. Al decir de GOSSEL “Ministerio Fiscal y Política criminal...” Pág. 619 “La contradicción subyacente en la cuestión deriva de la propia situación jurídica del Ministerio Publico, que con su esencial función de interponer la “Acusación” se mueve en el punto de unión entre el ámbito de investigación del Ejecutivo y la esfera resolutoria del Poder Judicial.”

<sup>956</sup> ROIG “El Fiscal parlamentario...” en Revista de la Unión Progresista de Fiscales numero 4 diciembre de 1993. Pág. 36.

importante grado de decisión administrado por un cuerpo de funcionarios absolutamente desvinculados de instancias democráticas representativas del Estado.<sup>957</sup>

Hay que tener en consideración que la posición de equilibrio del cual se ocupa las presentes líneas, deriva también de un planteamiento global del juego de poderes y de las transformaciones que la institución ha sufrido en los últimos años.

Es entonces que en esa línea de planteamientos es posible ubicarnos en detenimiento en comentar con respecto a los poderes clásicos del Poder que los mismos como bien señala FLORES PRADA ya no son compartimentos estancos, sino son instancias de decisión relacionadas y cohesionadas a través de la “dirección política de la Constitución”<sup>958</sup>

La famosa trilogía de los tres poderes dice RUBIO LLORENTE resulta hoy día insuficiente para explicar el variado conjunto de instituciones que ostenta cuotas de poder dentro del Estado.<sup>959</sup>

Las funciones políticas se han hecho más complejas en el estado social a tiempo que el poder se ha ido distribuyendo tanto funcional como territorialmente,<sup>960</sup> lo que exige un amplio entramado orgánico, interconectado y equilibrado que permita asumir con cierto grado de eficacia la amplitud de la intervención del Estado en la sociedad<sup>961</sup>

Es en este orden de conceptos que se ha venido deshilvanando es meritorio tener presente que la crisis de la separación de poderes y el llamado estado complejo, precisan de las “bisagras del sistema político” como órganos de relevancia constitucional toda vez que estos no deben encontrarse integrados en alguno de los tres clásicos poderes sino que deben mantener con ellos a un nivel inferior, relaciones instrumentales que posibilitan los pesos y contrapesos, “checks and balances”, necesarios para el funcionamiento armónico del sistema.<sup>962</sup>

Para tener más claro esta teoría es imprescindible ubicarnos en el contexto que señala el jurista TORRES BOURSAULT en cuanto que “ ha de tenerse presente que en la estructura del Estado moderno existen otros poderes, distintos de los tres poderes clásicos,

---

<sup>957</sup> ROIG “El Fiscal parlamentario” Pág. 36.

<sup>958</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 349.

<sup>959</sup> RUBIO LLORENTE “ La forma del Poder” Centro De estudios constitucionales Madrid 1997 Pág. 162

<sup>960</sup> GARCIA MORILLO “La democracia...” Pág. 198.

<sup>961</sup> TORRES BOURSAULT “La división de poderes en la España de Hoy” en Sistema número 117 noviembre de 1993. Pág. 20.

cuyo funcionamiento autónomo e incluso independiente, se postula desde la Constitución Española, el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas, la Fiscalía General del Estado, el Defensor del Pueblo, la Casa del Rey, el Consejo Económico y Social y otros que carecen de tal relevancia como el Banco de España, el consejo de seguridad nuclear y recientemente la Agencia de protección de Datos informáticos..Que en modo alguno pueden encuadrarse propiamente en ninguno de los tres poderes, sea cual sea su engarce funcional en uno u otro.”<sup>963</sup>

Con relación al Ministerio Fiscal en concreto y para poder despejar este planteamiento es imperativo tener presente tres aspectos fundamentales:

Uno. No puede aceptarse del Ministerio Fiscal su condición de órgano independiente dentro del sistema político, puesto que no existe poder público al margen de una legitimación directa o indirecta en la voluntad popular<sup>964</sup> partiendo de la base de que ni los tres clásicos poderes son plenamente independientes,<sup>965</sup> menos aún puede construirse la teoría de un órgano independiente no sujeto a responsabilidad política alguna.<sup>966</sup>

Dos. No parece que la conexión del Ministerio Fiscal con el Poder legislativo sea la solución más idónea para encuadrar al Ministerio Público en los poderes del Estado<sup>967</sup>. Desde un punto de vista funcional, los cometidos legislativos no pueden ni deben confundirse con la promoción de la acción de la justicia porque en un Estado de Derecho resulta básica la separación entre las funciones de legislar promover y aplicar la ley.<sup>968</sup> Tampoco a través de un hipotético nombramiento del Fiscal General del Estado por las Cortes ya que la necesaria orientación en la función del ministerio Fiscal debe corresponder al órgano que constitucionalmente tiene encomendada dicha función: El gobierno a través de las competencias en política interior y en política criminal.”<sup>969</sup>

Tres: Es preciso recordar desde la más elemental concepción jurídico político, que el Ministerio Fiscal no es ni puede ser Poder Judicial. Ni desde un aspecto orgánico ni

---

<sup>962</sup> GOSSEL “Ministerio Fiscal y Política criminal...” Pág. 615.

<sup>963</sup> TORRES BORUSAULT “La división de poderes...” Pág. 21.

<sup>964</sup> GARCIA MORILLO “La democracia...” Pág. 151.

<sup>965</sup> GARCIA MORILLO “La democracia...” Pág. 63

<sup>966</sup> GOSSEL “Ministerio Fiscal y Policía criminal.” Pág. 620 “ Tampoco desde algunos sectores de la Carrera fiscal parece aceptable la tesis de un Ministerio Fiscal independiente en el marco del sistema político”

<sup>967</sup> MORENO CATENA “Introducción al derecho...” Pág. 227 “tampoco puede decirse que el Ministerio Fiscal se integre en el Poder Legislativo ya que carece de toda vinculación con las cortes Generales...”

<sup>968</sup> MOSQUERA “El Poder Judicial en la Constitución de 1978” Civitas Madrid 1980 Pág. 32

<sup>969</sup> Ver el artículo 97 de la Constitución de España

desde un aspecto funcional, ni desde luego desde un plano jurídico político, estamos ante un órgano integrado es cierto en el Poder judicial.<sup>970</sup> Pero no es Poder Judicial. Como ha expuesto con claridad DE LA OLIVA<sup>971</sup> “Promover la acción de la justicia tampoco es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Por añadidura no cabe desconocer que los dos principios de “Unidad y dependencia jerárquica” cada uno por sí y entrelazados son exactamente opuestos a los que inspiran el estatuto de la actuación de los Jueces y Magistrados “Integrantes del Poder Judicial” y administradores de la justicia.<sup>972</sup> No obstante al Ministerio Fiscal se le intenta acercar precisamente en el Poder Judicial, de quien le separa una radical diferenciación funcional, aceptada sin ambages para el proceso penal desde la LECRIM, el Fiscal Acusa y el Juez Juzga.<sup>973</sup>

Para esta presunta asimilación sólo parece existir una meta esta es alcanzar para los funcionarios del Ministerio Fiscal el mismo status de independencia que gozan los magistrados, Razones jurídico políticas que para algunos autores no pueden sostenerse toda vez que la distinción entre una magistratura postulante y otra decisoria que es útil para explicar precisamente la distinción entre funciones de acusación y decisión.<sup>974</sup> Puede servir para aunar a base del término magistrado y de su extensión analógica dos funciones

---

<sup>970</sup> GONZALES MONTES “Instituciones de Derecho Procesal” Tecnos, Madrid 1993 Pág. 206 “ De seguir esa alternativa ( integración en el Poder Judicial ) nos encontraríamos con un Ministerio Fiscal autónomo y desvinculado del Ejecutivo como colofón a una evolución desde la LOPJ de 1870 hasta la CE de 1978 y su nuevo estatuto orgánico es decir, lo que se ha denominado una nueva “magistratura postulante” sin embargo, y como el propio autor pone de relieve varios obstáculos se oponen a esa concepción de un lado “ el planteamiento sobre si el Ministerio Fiscal está o no integrado en el Poder Judicial no tiene razón de ser en virtud de la aclaración que sobre este término ha realizado el Tribunal constitucional en su citada sentencia sobre la LOPJ de 29 de julio de 1985 es decir que “ el poder judicial consiste en la potestad de ejercer jurisdicción”

<sup>971</sup> DE LA OLIVA “El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal” en Tribunales de Justicia número 1 enero de 1997 Pág. 10.

<sup>972</sup> FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 353.

<sup>973</sup> MONTERO AROCA “Derecho jurisdiccional...” Pág. 198 “Evidentemente 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”

<sup>974</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 354 “Es quizá la condición postulante del Ministerio Público la nota que con mayor claridad y fuerza impide considerar a la institución como parte integrante del Poder Judicial. En esencia, deben existir acuerdo en que las posiciones de petición y decisión deben quedar tan separadas como sea posible a fin de garantizar en el marco del esquema procesal triádico, la imparcialidad del juzgador. Sin embargo ya hemos hecho referencia y volveremos sobre ello, a la principal cortina que pretende acercarse sobre esta ineludible distinción: la conocida y contradictoria teoría de la magistratura postulante y la magistratura decisoria. Llámese al fiscal magistratura o de cualquier otro modo (que al fin no es más que una discusión terminológica) y escíndase el papel pública en la Administración de justicia en funciones decisorias y postulantes, meridianamente clara debe quedar, en todo caso, no sólo la separación entre los órganos encargados de tales menesteres sino, principalmente el diferente estatuto, la diferente

esencialmente distintas y son dos funciones esencialmente distintas, por la neta distinción de cometidos al Ministerio Fiscal no se le puede dar facultad de juzgar ni hacer ejecutar lo juzgado, ni es institución de la que pueda presumirse independencia. Es evidente pues que la integración del Ministerio Fiscal en el Poder judicial carece de sentido a tal razón DE LA OLIVA comenta “La fiscalía o el Ministerio Fiscal no es un elemento integrante de los órganos jurisdiccionales sino que constituye un complejo orgánico propio y distinto, aunque conectado con el judicial. El sentido de ese complejo orgánico que es el Ministerio Fiscal y el núcleo del quehacer específico de sus integrantes esenciales, los miembros del Ministerio Fiscal en activo, es también servir de instrumento a la justicia pero ciertamente no juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”

Si bien el Ministerio Fiscal aparece ubicado en el Título VI de la constitución relativo al Poder Judicial menciona FLORES PRADA delimita únicamente el ámbito donde esencialmente desarrolla su actividad y obedece a razones de economía y sistemática constitucional, toda vez que la policía judicial tampoco es jurisdicción por el mero hecho de ser aludida en dicho Título, ni tampoco el Consejo General del Poder Judicial ejerce jurisdicción, por la misma razón.<sup>975</sup>

La separación del Ministerio Fiscal del Poder Judicial permite al Ministerio Fiscal cumplir sus funciones en el ámbito propiamente del Poder Judicial, y tanto uno como el otro cumplen bilateralmente un papel de control mutuo en el desarrollo de los procedimientos y en la observancia de la legalidad<sup>976</sup> en tanto en cuanto también el Ministerio Fiscal vela por la independencia de los Tribunales.

Frente a un juez independiente señala SAINZ MORENO al Ministerio Fiscal corresponde defender el interés público tutelado por la ley y definido democráticamente<sup>977</sup>

Ahora bien el Ministerio Fiscal y el Poder Ejecutivo, es un tema muy especial en virtud que la dependencia aparente del Ministerio Fiscal respecto a este poder, necesita ser discutida, la única referencia a uno de los poderes del Estado en el artículo 124 de la Constitución se hace al Gobierno, en quien reside la propuesta de nombramiento del Fiscal General del Estado, además entre las misiones que se atribuye al Ministerio Fiscal se

---

función procesal y la diferente posición jurídico política del poder judicial, de una parte y del Ministerio Fiscal de otra”

<sup>975</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 434

<sup>976</sup> GUARNIERI “Pubblico Ministero e Sistema...” Pág. 155.

<sup>977</sup> SAINZ MORENO “El Ministerio Fiscal y su defensa...” Pág. 156.

encuentra la defensa del interés público y del interés social, por otro lado no cabe olvidar que es el Gobierno a quien compete por mandato constitucional dirigir la política interior y dentro de ella la política criminal, estos argumentos pueden ser inequívocos e indubitables para poder aseverar a ciencia cierta que el Ministerio Fiscal sufre una dependencia del Poder Ejecutivo.

También hay que tomar en consideración que el artículo 124 establece que el Ministerio Fiscal actuara por medio de órganos propios sometidos en todo caso a los principios de legalidad e imparcialidad.

La constitución marca según criterio particular del postulante del presente trabajo, anudado a la tesis propuesta por FLORES PRADA<sup>978</sup> que la constitución marca un principio de relación, colaboración y comunicación necesaria entre el Ministerio Fiscal y el Ejecutivo y lo hace además estableciendo unos límites a tal colaboración, estos límites son 1º. El principio de legalidad 2º. El principio de Imparcialidad 3º. El principio de igualdad 4º. El principio de competencia de la institución.

A manera de tender en forma clara esta muy personal la Constitución dimana que el Ministerio Fiscal sea también una institución que colabore estrechamente con el Gobierno, pero no que dependa de éste,<sup>979</sup>

Es pues el Ministerio Fiscal un órgano de garantía del Estado de Derecho que filtra la política criminal del Gobierno pero no es un instrumento político del Ejecutivo. Por lo menos en España toda vez que en Guatemala dista mucho esta tendencia.

---

<sup>978</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 358.

<sup>979</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 358 “Es un diseño que el legislador no respeto y queda dicho que no respeto porque al margen de otros preceptos en el esencial artículo 8 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal quedó consignado que el Gobierno sólo podrían interesar del ministerio Fiscal actuaciones concretas y que el ministerio Fiscal, por medio del Fiscal General del Estado y reunida la junta de Fiscales de Sala contestaría lo que procediera en derecho. Nada más se dice de la relación funcional del gobierno con el ministerio fiscal, lo cual permite sostener que el Estatuto orgánico peca por omisión y su gran defecto es lo que dejo de regular, porque lo que se establece a este propósito resulta manifiestamente insuficiente. La razón es que tan escueto precepto deja sin resolver una buena parte de las esenciales cuestiones de la institución .su responsabilidad política y su control, su legitimación, la conexión con la política criminal y la competencia para la definición del interés público y el interés social. El estatuto orgánico se ocupa de la comunicación puntal entrare el Gobierno y el Ministerio Fiscal artículo 8 pero omite toda referencia a la colaboración y coordinación entre ambas instancias a la hora de definir si quiera sea de modo genérico el interés público prevalerte en la actuación del Ministerio Fiscal, muy en particular en lo relativo a las líneas generales de la política criminal. Básicamente parece dar la impresión de que el Estatuto parte de una configuración funcional independiente del Ministerio Fiscal no en cambio autónoma. Todos ciudadanos y poderes públicos son, ante el Ministerio Fiscal meros interesados frente a los que la institución va a responder de acuerdo con la interpretación que ella misma haga de los intereses públicos y sociales protegidos por la ley.”

## **5.7 EL MINISTERIO FISCAL EN TORNO AL CONCEPTO DE ORGANO DEL ESTADO CON AUTONOMIA FUNCIONAL.**

Cuando se aborda el presente concepto del Ministerio Fiscal con autonomía funcional se debe enfatizar que se habla de autonomía funcional y no de independencia de la institución. No se puede hablar de un Ministerio Fiscal independiente porque la constitución no lo permite GARCIA MORILLO dice “No se acepta la independencia de los fiscales es lógico por varias razones. La primera porque la constitución no dice en ninguna parte que el Ministerio Fiscal sea independiente, antes al contrario dice claramente que actúa de acuerdo con los principios de unidad de actuación y dependencia, habla de dependencia no de independencia,”

Bueno al hablar entonces de un Ministerio Fiscal con autonomía y no así con independencia debemos entender que es autonomía funcional para ello LOPEZ AGUILAR la define como: “ 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, y para cuyo ejercicio no necesitan, por tanto de un mandato singular, determinado y concreto, respecto de cada ocasión en que les compete actuar”<sup>980</sup> el mismo autor manifiesta que “ la singularidad del Ministerio Fiscal en el marco de la estructura del Estado reside en que “no es poder judicial, no es poder ejecutivo, pero tampoco es perse un poder independiente. La constitución lo instituye como órgano que acredita autonomía funcional y conceptual en la medida en que no actúa por medio de instancias orgánicas directamente dependientes de los titulares concretos del Poder judicial. Tampoco actúa a través de órganos administrativos directamente dependientes del Poder Ejecutivo. Actúa por el contrario, valiéndose de órganos propios, capaces de responder a directivas y criterios en los que necesariamente habrá de disfrutar de un margen cierto de decisión.”<sup>981</sup>

El Ministerio Fiscal se encuentra sometido a ley y al derecho. Por lo que no goza de una condición de independencia ni interna ni externa que debe reconocerse sin duda a la jurisdicción. Pero la verdadera singularidad del Ministerio Público esta en su papel postulante sui generis, no de observancia sino de defensa activa de la legalidad, de órgano

---

<sup>980</sup> LOPEZ AGUILAR “La justicia y sus problemas...” Pág. 181

postulante del mantenimiento del orden jurídico desde la unidad y la dependencia. Es en esta especial función donde se encuentra su singularidad y también la dificultad de construir una consistente teoría de su legitimación como poder público

Los principios de legalidad e imparcialidad convierten a la institución, así en un filtro de legalidad en la integración de los intereses generales y del interés social en la aplicación judicial del derecho, que no la hacen ni impermeable a ellos por una parte, ni acrílica correa de transmisión de las mismas.

El fiscal no es un cuarto poder ni puede enarbolar el estandarte de la independencia por la razón de que no es independiente. Es autónomo y no en un sentido amplio del término, lo que lo acercaría a la independencia, sino estrictamente aplicado a su función. La diferencia entre los efectos de la independencia y la autonomía es fundamental: como no es independiente no puede asimilarse al judicial. Es autónomo en sus funciones que ejerce mediante órganos propios y por ello no puede depender directamente del Ejecutivo aunque indirectamente de su legalidad provenga del hecho de que el Fiscal General del Estado es colocado a la Cabeza de los fiscales por un órgano democrático como es el Gobierno. No podría ser de otra manera por cuanto es evidente que la pretendida independencia de los integrantes del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones es inadmisibles desde la perspectiva del principio democrático a menos que se modifique el sistema de elección y se opte por otro.

Que el fiscal general tenga su legitimidad a través del ejecutivo no implica que dependa directamente de este y esté absolutamente a su servicio aunque si implica la posibilidad ya no tanto posibilidad sino la conveniencia de que exista una estrecha relación de colaboración entre ambos para cooperar en la implantación de políticas derivadas de un órgano democráticamente elegido.<sup>982</sup>

La justificación de esta tesis encuentra un apoyo al aplicar al Ministerio Fiscal, el principio de competencia, un principio característico en la organización jurídico política del moderno estado de derecho y que trasladado al Ministerio Fiscal, sirve para explicar la singular posición que ocupa la institución en el juego de poderes, a la vez que justifica su

---

<sup>981</sup> LOPEZ AGUILAR “La justicia y sus problemas...” Pág. 182.

<sup>982</sup> MARTINEZ DALMAU “Aspectos constitucionales...” Pág. 165

peculiar naturaleza jurídico constitucional sobre la base de la llamada autonomía funcional.<sup>983</sup>

El principio de competencia constituye un criterio de reparto de poder ciertamente novedoso en el Estado social y democrático de Derecho que instaura la constitución española de 1978 junto al tradicional principio de jerarquía, el principio de competencia introduce un criterio en la organización horizontal del reparto de atribuciones que afecta tanto al sistema de fuentes del derecho como a la distribución del poder en la estructura política del Estado, en esencia responde al empeño por profundizar en los mecanismos de control mediante una operación de desconcentración y descentralización que reparte y equilibra las cuotas de poder político y normativo.

En primer término, actúa el principio de competencia en el ámbito de las fuentes del derecho. El esquema jerárquico que había venido siendo tradicional en la pirámide normativa (ley reglamento) no sólo crece con nuestras categorías (constitución, ley orgánica, ley autonómica, etc.) sino que se organiza tanto verticalmente como competencialmente, según lo demuestra la relación entre ley orgánica y ley ordinaria.<sup>984</sup> La relación entre ley estatal y ley autonómica y la relación entre ley y reglamento independiente. De esta suerte, no sólo se incide en el ámbito competencial de normas estatales y autonómicas, tiene lugar una distribución y un reparto del poder normativo tanto a nivel legislativo como a nivel reglamentario.

En segundo término y más importante a este propósito el principio de competencia actúa como criterio que preside el reparto de poder político dentro de la estructura del Estado, un reparto más complejo que aquel derivado de la separación de funciones

---

<sup>983</sup> Prácticamente no se encontraron referencias en este apartado a la solución establecida en el Estatuto orgánico de 1981 y que para por la integración con autonomía funcional en el Poder Judicial. Hemos insistido reiteradamente en las razones que impiden salvar la compleja naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal mediante su “integración en el poder judicial” se requiere destacar con el principio de competencia la adecuación de utilizar tantos criterios de integración como criterios de dependencia, si, una integración del Ministerio Fiscal en el sistema político, pero no se trata de una integración original en cuanto no se construye sobre el tradicional maniqueísmo Poder Ejecutivo: Poder Judicial sino sobre esquemas nuevas que permiten una suerte e conexión articulada sobre la autonomía y no sobre la jerarquía.

<sup>984</sup> PEREZ ROYO “Las fuentes del Derecho” Tecnos, Temas claves de la Constitución Española. Madrid 1984 Pág. 73. “Sin perjuicio de que pueda advertirse una cierta relación jerárquica entre la ley orgánica y la ley ordinaria, derivada de la “congelación de rango” que imprime la mayoría reforzada, como ha señalada el Tribunal Constitucional, el concepto de ley orgánica es concepto básicamente material por lo que las relaciones entre ley orgánica y ley ordinaria están determinadas básicamente por el principio de competencia, de separación del ámbito material al que está reservado cada una de ellas, pero también eventualmente por el principio de jerarquía...”

legislativa, ejecutiva y judicial ya sea territorialmente ( estado central, comunidades autónomas, entidades locales) ya sea materialmente entre un conjunto de órganos o instituciones que no son propiamente gobierno, parlamento o poder judicial ( tribunal constitucional defensor del pueblo, banco de España consejo de Estado, Ministerio Fiscal)<sup>985</sup>

Pues bien cuando decimos que el principio de competencia puede ser considerado como principio implícito en el estatuto jurídico político del ministerio Fiscal estamos utilizando la esencia de un rasgo organizativo y estructural del Estado social para aplicarlo a la posición constitucional de una institución que esta reclamando con urgencia una modernización en sus conceptos y categorías. Se trate de una vía que pretende salir del estancamiento producido por una concepción bipolar de la institución para entrar en una configuración el ministerio Fiscal como una institución autónoma dentro del derecho público.

Conviene empezar por señalar que la teoría del principio de competencia aplicada al Ministerio Fiscal desarrolla su proyección más importante en el ámbito de las relaciones externas de la institución con el resto de los poderes públicos, sin perjuicio de que, como veremos más adelante también puedan extraerse algunas adicciones en el ámbito interno. Por de pronto el principio de competencia se deriva de la atribución al Ministerio Fiscal de un haz de facultades diseñado por la constitución y precisado por el legislador ordinario para el cumplimiento de sus funciones y de una estructura orgánica también propia, organización y funciones no concurrentes estricto sensu, con las atribuidas al resto de los poderes públicos y que el Ministerio Fiscal desempeña sin hacerlas depender del estímulo externo.<sup>986</sup>

De ahí que la autonomía que se predica del Ministerio Fiscal deba ser una autonomía funcional, que ha de moverse dentro de un cuadro normativo establecido externamente y también dentro de las líneas políticas enmarcadas por el órgano representativo correspondiente.<sup>987</sup>

---

<sup>985</sup> GARCIA PELAYO “Las transformaciones...” Pág. 57 en el mismo sentido LOPEZ AGUILAR “La justicia y sus problemas...” Pág. 168.

<sup>986</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 377.

<sup>987</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 377.

En este sentido el principio de unidad del Estado explica la relación de coordinación y no de independencia que preside las relaciones entre órganos e instituciones que componen la estructura política.<sup>988</sup>

En una forma muy particular y modesta para el que ostenta del presente trabajo de investigación y tomando en consideración cada definición y particular criterio de los autores antes referidos se puede definir el Ministerio Fiscal de España de la siguiente manera :“ **Como un Órgano constitucional,<sup>989</sup> incardinado en el poder judicial<sup>990</sup> que con autonomía funcional,<sup>991</sup> ejerce funciones de coordinación con la Administración,<sup>992</sup> para el cumplimiento de los fines establecidos en el ordenamiento jurídico Español<sup>993</sup>**

Y para determinar cuales fines debe cumplir el Ministerio Fiscal es menester continuar el presente trabajo realizando un estudio pormenorizado del Ministerio Fiscal de España de acuerdo con sus misiones, funciones y competencias que el ordenamiento le impele a cumplir.

## **6. EL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL DE ACUERDO CON SUS MISIONES, FUNCIONES Y COMPETENCIAS:**

El autor GRANADOS<sup>994</sup> aplica un esquema al distinguir entre misión, función y competencia como criterios para la ordenación del amplio conjunto de tareas que tanto la constitución como el Estatuto Orgánico confían al Ministerio Fiscal.

En este sentido la Misión identificaría el elemento finalista, marcado por el objetivo último y razón de ser de la actividad de la institución. Por su parte, la función vendría a

---

<sup>988</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 377.

<sup>989</sup> Órgano constitucional toda vez que encuentra su fundamento en la Constitución Española en el artículo 124.

<sup>990</sup> En virtud que se encuentra regulado y establecido en el Título referente al Poder Judicial.

<sup>991</sup> Toda vez que sus funciones las realiza autónomamente sin recibir más órdenes o directrices que los que la misma ley le establece.

<sup>992</sup> Es pues que con la administración pública el Ministerio Fiscal español ostenta relaciones no de dependencia directa del Poder Ejecutivo, ni ostenta una autentica independencia la relación es más de coordinación para el cumplimiento de los grandes valores y fines establecidos en la constitución como lo es la defensa de la legalidad, la justicia y el bienestar común.

<sup>993</sup> Ver los fines establecidos en la Constitución, y en el Estatuto orgánico.

<sup>994</sup> GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 138.

constituir las manifestaciones del ejercicio de su capacidad jurídica en orden al cumplimiento de su misión, mientras que la competencia debe ser entendida como atribuciones o facultades reconocidas al órgano que posibilitan, instrumentalmente, el ejercicio de las funciones encomendadas.<sup>995</sup> El artículo 124.1 de la Constitución establece como misión del Ministerio Fiscal, la promoción de la justicia en defensa de la legalidad, el elemento central de dicho precepto viene constituido por la atribución al Ministerio Fiscal de la promoción de la justicia en defensa de la legalidad. Esta atribución coherente en el fondo de con su tradición histórica, aun que haya venido siendo aplicada, desde luego, sobre contextos muy diferentes, constituye la misión esencial del Ministerio Público.<sup>996</sup>

Encierra dicho postulado la misión genérica de la defensa del orden jurídico, delimita el proceso como el ámbito natural en la institución que ejerce sus funciones e identifica a los tribunales de justicia como la instancia ante quien el Ministerio Público debe actuar sus pretensiones.<sup>997</sup>

La defensa de la legalidad desde el interés público y desde el interés social es la misión que explica y justifica todas las intervenciones procesales del Ministerio Fiscal ante las Distintas jurisdicciones detallando dónde debe actuar y el interés que en dichas intervenciones ha de defender.<sup>998</sup>

Es precisamente sobre el principio de legalidad, como una de las garantías que sostienen el moderno estado de derecho, sobre el que se construye la posición constitucional del Ministerio Fiscal. Es sabido, sin embargo, que la legalidad se contempla en el vigente estado social no como mero instrumento neutro que garantice la paz social.<sup>999</sup> Sino como motor en de desarrollo de los derechos fundamentales de la persona a la que orientan los valores superiores del ordenamiento jurídico.

La constitución ha normado que los valores superiores estén presentes en la actuación del Ministerio Fiscal y así ha incluido en el artículo 12.1 la defensa del interés social, la defensa de los derechos de los ciudadanos y la salvaguarda de la independencia de los tribunales. La igualdad, la libertad y la justicia cobran así un valor primordial en el

---

<sup>995</sup> GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 179

<sup>996</sup> SAINZ MORENO “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad” En Revista de Administración Pública número 108 septiembre, diciembre 1985 Pág. 150.

<sup>997</sup> SAINZ MORENO “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad”... Pág. 150

<sup>998</sup> SAINZ MORENO “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad”... Pág. 150.

<sup>999</sup> SAINZ MORENO “El Ministerio fiscal y la defensa de la legalidad”... Pág. 151

plano funcional del Ministerio Público comprometiendo a la institución en el desarrollo de los derechos fundamentales y en la tarea de transformación social que constituye pilares básicos del indirizzo (programa) político de la Constitución.<sup>1000</sup>

## **6.1 EL MINISTERIO FISCAL COMO ORGANO PROMOTOR DE LA JUSTICIA.**

La condición del Ministerio Fiscal como órgano público promotor de la justicia es una de las características más singulares y relevantes tanto de la naturaleza jurídica como del estatuto funcional de la institución. Esta condición de órgano promotor de la justicia delimita prima facie, tanto el ámbito en el que ha de moverse el Ministerio Fiscal como la posición que en él le corresponde ocupar.<sup>1001</sup>

Lo esencial es que la defensa de la legalidad encomendada al Ministerio Fiscal es que la defensa de la legalidad encomendada al Ministerio Fiscal debe articularse desde una posición activa en el proceso<sup>1002</sup>

Dentro del marco de garantías que incorpora el Estado de Derecho, la defensa procesal de la legalidad, constituye la nota distintiva en el estatuto funcional del Ministerio Fiscal en cuanto órgano público de promoción de la justicia.<sup>1003</sup>

Es por ello y en a bien parece consignar que según COBO DEL ROSAL “La ley en su abstracción no es algo que pueda actuar de si misma. Necesita de órganos Pluripersonales que la actúen en su incidencia en la realidad jurídica”<sup>1004</sup>

Y es ahí en donde el Ministerio Fiscal cumple su especial y particular misión como lo es promover la justicia.

Hay que recordar para darle cohesión a lo manifestado que ha existido el Principio de Justicia rogada, clásica de los sistemas procesales y baluarte de la garantía de la

---

<sup>1000</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 390

<sup>1001</sup> DE LA OLIVA “El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal” en Tribunales de Justicia número 1 año 1997 Pág. 10.

<sup>1002</sup> DE LA OLIVA “El futuro del proceso penal...” Pág. 10. GARCIA MORILLO “La democracia en España, Alianza Editorial, Madrid 1996 Pág. 147.

<sup>1003</sup> DE LA OLIVA “El futuro del proceso penal...” Pág. 11 JIMENEZ BLANCO “Relevancia constitucional...” Pág. 1637

<sup>1004</sup> COBO DEL ROSAL “El principio de legalidad...” Pág. 26.

imparcialidad del juzgador en lo cual se exige que la justicia sea solicitada ad extra es decir desde fuera del Poder Judicial.<sup>1005</sup>

Por ello la condición del Ministerio Fiscal como órgano promotor de la justicia introduce un importante matiz en defensa de la legalidad es pues como dice el autor JIMENEZ BLANCO “En rigor la constitución no atribuye al Ministerio Fiscal, la defensa en sentido amplio, sino que lo convierte en uno de los instrumentos para hacer efectiva dicha garantía, limitando su condición postulante al campo procesal y siempre acotada dentro de los márgenes del interés público y social.”<sup>1006</sup>

Es pues que el Ministerio Público es el instrumento que en base a la legalidad busca que la misma se haga efectiva, un dato importante y que conviene consignar en el presente trabajo es que la Constitución de España se refiere según el artículo 124.1 al término justicia, no habla de proceso, sino claramente expresa el término justicia consignada en el artículo 1 dicha norma como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

Es entonces que Promover la Acción de la justicia<sup>1007</sup> requiere por parte del Ministerio Fiscal estimular activamente a jueces y tribunales postulando la defensa de la legalidad dentro del proceso.

## **6.2. EL MINISTERIO FISCAL COMO ORGANO DE DEFENSA DE LA LEGALIDAD:**

Según el autor PEREZ GORDO “En el aspecto estructural la singularidad del Ministerio Fiscal es su actuación mediante órganos propios en su dimensión funcional la nota característica y distintiva estriba en su cometido de defensa de la legalidad”<sup>1008</sup> Es pues como se ha consignado en líneas anteriores que el Ministerio Fiscal debe actuar conforme a la legalidad y por la otra parte actuando en defensa de la legalidad.

---

<sup>1005</sup> GOMEZ ORBANEJA “Comentarios a la Ley de enjuiciamiento Criminal” Tomo II, Bosch, Barcelona 1951 Pág. 208 Este también es un buen argumento para discutir sobre si el Ministerio Fiscal se encuentra relacionado con el Poder Judicial es pues a criterio del sustentante del presente trabajo que no puede ser parte del poder judicial porque para que se promueva la justicia se necesita de órgano fuera del Poder judicial.

<sup>1006</sup> JIMENEZ BLANCO “Relevancia constitucional...” Pág. 1637

<sup>1007</sup> La norma fundamental habla de justicia no dice el Ministerio Fiscal es el encargado de promover las acciones procesales correspondientes, sino utiliza el término justicia como un valor más elevado.

<sup>1008</sup> PEREZ GORDO “Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal...” Pág. 23

La defensa de la legalidad ha venido siendo una constante histórica en el elenco funcional del Ministerio Público, con mayor claridad a partir de la instauración del Estado de Derecho que en capítulos iniciales del presente trabajo se desarrollo con más detenimiento.

Según el autor CONDE PUNPIDO FERREIRO “el Ministerio Fiscal cuya función de defensa de la legalidad ha sufrido una notable ampliación desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo. Cuantitativamente en cuanto que su campo de acción no se circunscribe ya a la vigilancia de las leyes sobre organización y funcionamiento de los tribunales sino que se extiende a todas las actuaciones procesales donde la ley atribuya el deber de intervención al Ministerio Fiscal en defensa del interés público. Junto a ello se prevé de forma específica la función de defensa de los derechos de los ciudadanos, con una indudable proyección sobre las garantías del derecho al proceso debido y sobre la jurisdicción constitucional.”<sup>1009</sup>

Desde el plano cualitativo según GIL ALBERT “La aportación más notable de la constitución es la vinculación de la legalidad al cumplimiento efectivo de los valores superiores que presiden el ordenamiento. Por ello el Ministerio Fiscal a partir de 1978 abandona el estrecho campo de la defensa del orden público para convertirse también y a través del complejo estatuto funcional que diseña el artículo 124.1 de la Constitución Española, en órgano de defensa y promoción de los valores superiores constitucionales a través de la aplicación del Derecho.”<sup>1010</sup>

En su misión de defensa de la legalidad al Ministerio Público le corresponde defenderla desde tres planos que contribuyen a clarificar según FLORES PRADA<sup>1011</sup> esta cuestión:

En primer lugar: esta misión de defensa de la legalidad se concreta para el Ministerio Público en una actividad de promover el restablecimiento de la legalidad, esto es, su actuación comienza una vez que la legalidad ha sido conculcada. El Ministerio Fiscal debe actuar, por tanto, ante siquiera sea la apariencia de una conducta que implique trasgresión, incumplimiento o vulneración de la norma jurídica, es pues el medio natural del Fiscal para el cumplimiento de sus fines es el litigio esto es, la búsqueda de la

---

<sup>1009</sup> CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios rectores...” Pág. 863.

<sup>1010</sup> GIL ALBERT “El Ministerio Fiscal...” Pág. 111.

<sup>1011</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 405.

aplicación de la norma jurídica a través del proceso como mecanismo de restablecimiento del orden jurídico.<sup>1012</sup>

En según lugar, se trata de una defensa concreta y no abstracta o difusa de la legalidad, la misión de restablecimiento del orden jurídico provoca la intervención del Ministerio Fiscal ante la transgresión de la norma, pero ante una transgresión concreta, puntal e individualizada.<sup>1013</sup>

Las funciones del Ministerio Fiscal en el desarrollo de su misión como defensor de la legalidad establecidas en el Estatuto Orgánico de 1981 pueden resumirse de la siguiente manera:

**1º. Como órgano de defensa de la legalidad que vela por la eficacia de la función jurisdiccional:** El artículo 3.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal encomienda al mismo, la función de “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 recursos y actuaciones pertinentes” es pues que el artículo 3 del Estatuto atribuye al Ministerio fiscal el control de la actividad jurisdiccional velando porque se ejerza eficazmente, ejercitando cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de Jueces y Tribunales y manteniendo la integridad de la jurisdicción y competencia y por ultimo velando por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten el interés público y social.(artículos 3. 3. 1., 3.2, 3.8 y 3.9). El artículo 3.1 Del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal configura un Ministerio Fiscal vigilante de la legalidad procesal, sin más fronteras que las que se derivan de la protección de los derechos fundamentales del artículo 24 de la constitución.<sup>1014</sup> GRANADOS comenta que la función de defensa de la legalidad que al Ministerio Fiscal le corresponde alcanza también a los procedimientos en los que no se prevé su intervención.<sup>1015</sup>

También a este tema el artículo 4.1 del Estatuto Orgánico habilita al Ministerio Fiscal para “interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información sobre el estado de los procedimientos, pudiendo pedir que se le dé vista de los mismos cualquiera

---

<sup>1012</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 406.

<sup>1013</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 406

<sup>1014</sup> GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 179.

<sup>1015</sup> GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 180.

que sea su estado para velar por el exacto cumplimiento de las leyes plazos y términos promoviendo en su caso las correcciones oportunas.<sup>1016</sup>

Es pues congruente relacionar que el Ministerio Fiscal se le otorga legitimación para interponer el recurso de amparo ante el Tribunal constitucional no se hace depender de que el Fiscal haya sido parte en el procedimiento (artículos 162.1 b) Constitución Española y 46.1 a) y b) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)<sup>1017</sup>

El Ministerio Fiscal al margen de las competencias que en este sentido tienen atribuidas los propios órganos jurisdiccionales sobre sus inferiores y el servicio de inspección del Consejo General del Poder Judicial, tiene la misión de ejercer un control sobre el desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional en lo relativo a los términos y plazos en la resolución de los procedimientos, el volumen de atrasos en Juzgados y Tribunales y en General en todo aquello que afecte al correcto desenvolvimiento de la Administración de Justicia, en este sentido y salvo que la actuación de los miembros del Poder Judicial genere responsabilidades de orden civil los miembros del Ministerio Fiscal pondrán en conocimiento del órgano competente, presidente, Salas de gobierno, Comisión Disciplinaria o Pleno del consejo General del Poder Judicial dichas irregularidades instando la apertura del correspondiente procedimiento disciplinario (artículo 423.1 LOPJ)<sup>1018</sup>

**2º. Velar por el Respeto de las instituciones constitucionales:** La salvaguarda del respeto a las instituciones constitucionales que habrá que entender en su sentido amplio de poderes públicos, constituye ciertamente uno de los pilares en que se apoya el funcionamiento de una sociedad democrática su defensa en el campo procesal se evidencia con claridad en las disposiciones del Código Penal contenidas en el Título XXI que lleva por rúbrica Delitos contra la Constitución, en especial los delitos contra la Corona capítulo II y los delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes capítulo III sección 1ª.<sup>1019</sup>

Conviene insistir en el ámbito procesal al que deben circunscribirse las actuaciones del Ministerio Fiscal en relación con esta función, ya que en otro caso, podría surgir la tentación de que el Fiscal se convierta no en defensor de la legalidad, sino en defensor del

---

<sup>1016</sup> SAINZ MORENO “El Ministerio fiscal y la defensa de la legalidad”... Pág. 151

<sup>1017</sup> SAINZ MORENO “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad”... Pág. 152.

<sup>1018</sup> SAINZ MORENO “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad”... Pág. 152

<sup>1019</sup> SAINZ MORENO “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad”... Pág. 152.

funcionamiento del sistema político dentro de un campo que le es ajeno y que no debe quedar suficientemente garantizado por el funcionamiento normal de los controles institucionales y democráticos.<sup>1020</sup>

Un tema importante que no puede pasar inadvertido es que el artículo 59 del Estatuto Orgánico prohíbe taxativamente a los miembros del Ministerio Fiscal “Dirigir a los poderes y funcionarios públicos o a corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos” y aunque el artículo 9 también del Estatuto delimita claramente el contenido de la memoria que el Fiscal General ha de elevar al Gobierno y a las Cortes Generales, contraída a la actividad del Ministerio Fiscal, la evolución de la criminalidad, la prevención del delito y las reformas convenientes para una mayor eficacia de la justicia.<sup>1021</sup>

**3º. Tomar parte en defensa de la legalidad y del interés público o social en los procesos relativos al Estado civil y demás que establezca la ley.** Aunque esta no sea materia de prima importancia en relación al eje central del presente trabajo por ser materia civil que penal es enriquecedora la consignación para efectos de un mayor espectro de comprensión de la función del Ministerio Fiscal en España. En este orden de consideraciones en el cumplimiento de tal función puede citarse entre otras las siguientes intervenciones preceptivas del Ministerio Fiscal.<sup>1022</sup> a) En los procesos de nulidad, separación o divorcio, cuando alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes (disposición adicional 8ª. De la Ley 30/1981 de 7 de julio) b) En todos los procedimientos de declaración judicial de incapacidad modificación o supresión de la misma bien como promotor o bien como parte necesaria en todos ellos (artículos 203, 206, 211 y 212 Cc) c) En el proceso de internamiento de incapaces sujeto a autorización judicial (artículo 213.), d) En el reconocimiento de la filiación no matrimonial hecho por incapaces o menores de edad, (artículos 121 y 124) y en la determinación de la filiación no matrimonial cuando los progenitores sean hermanos o consanguíneos en línea recta ( artículo 125). Está igualmente legitimado para el ejercicio de acciones de filiación cuando corresponden a menores o incapacitados (artículo 129) y para impugnar la filiación (artículo 137) e) En los procesos para dotar de eficacia en España la sentencia sobre,

---

<sup>1020</sup> SAINZ MORENO “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad”... Pág. 152.

<sup>1021</sup> SAINZ MORENO “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad”. .. Pág. 153

<sup>1022</sup> BERNAL VALLS “Algunas cuestiones sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre el Estado civil” en Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal Volumen VI. Centro de Estudios de la Administración de justicia Madrid 1997 Pág. 42.

nulidad, reparación y divorcio dictada por Tribunales extranjeros, cuando se solicite el exequátur (artículos 107.2º. del CC y 956 LEC) f) En los procesos sobre eficacia en el orden civil de las resoluciones dictadas por Tribunales eclesiásticos sobre la nulidad de matrimonio canónico o de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado (artículos 80 CC y 954 LEC y disposición adicional segunda de la ley 30/81) g) En los expedientes abiertos en relación con la declaración de ausencia y fallecimiento (artículos 181 y 182 del CC y 2042 LEC) así como los expedientes relativos a los matrimonios civiles (artículos 240) RRC) cambio y conservación de nombre y apellidos ( artículo 209 RRC) entre otros.<sup>1023</sup>

**4º. Intervenir en los procesos de que conoce el Tribunal constitucional en defensa de la legalidad** Mediante los procesos de declaración de inconstitucionalidad regulados en el Título II de la LOTC, este Tribunal garantiza la primacía de la constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley. Artículo 2.1 a) y artículo 27- y en este título son dos los tipos de procesos de inconstitucionalidad que se contemplan el Recurso directo u ordinario capítulo II y la cuestión de inconstitucionalidad ataque de la norma con rango de ley producido en el curso de un proceso judicial capítulo III. Es esta última en la que el Ministerio Fiscal prevé participación.<sup>1024</sup> El estatuto orgánico del Ministerio Fiscal remite a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la forma en que deba conducirse la intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos. El Ministerio Fiscal tiene asignados dos ámbitos fundamentales de intervención el primero en el curso del procedimiento, para que promueva ante el órgano jurisdiccional que éste conocimiento del asunto la cuestión de inconstitucionalidad. Y el segundo Ante El Tribunal constitucional directamente cuando se le corre audiencia al Ministerio Fiscal para que sea oído antes de que el órgano judicial acuerde promover la cuestión un trámite en el que el Ministerio Fiscal puede solicitar la ampliación y relaciones con otros preceptos a la hora de cuestionar la constitucionalidad de los mismos ( artículo 35.2 LOTC) finalmente y cuando la cuestión pase a conocimiento del Tribunal constitucional, el Fiscal General del Estado deberá ser oído antes de ser rechazada

---

<sup>1023</sup> BERNAL VALLS “Algunas cuestiones sobre la intervención del Ministerio Fiscal...” Pág. 43.

<sup>1024</sup> MONTORO El Ministerio Fiscal ante el Tribunal constitucional” en El Tribunal Constitucional, Volumen III Dirección General de lo contencioso administrativo instituto de Estudios Fiscales; Madrid 1981. Pág. 1916.

la cuestión en trámite de admisión ( artículo 37.1 LOTC) Si la cuestión fuera admitida a trámite se dará traslado de la misma al Fiscal General del estado que podrá personarse y formular alegaciones ( artículo 37.2 LOTC)

**5°. Defender la legalidad en los procesos contencioso administrativos que prevén su intervención.** La posición del Fiscal en la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa de 1998 básicamente y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19.1 f) LJCA el Ministerio Fiscal esta legitimado para intervenir en los procesos contencioso administrativos que determine la Ley, esto es, en el contencioso electoral (artículo 111 LOREG) así también en los supuestos de ejercicio de la acción popular en materia contenciosa administrativa ( artículo 74.3 LJCA) en el procedimiento de expropiación forzosa cuando en el expediente no comparecen los propietarios o estuvieren incapacitados o fuere la propiedad litigiosa, en el proceso para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicos ( artículo 119 LJCA) y finalmente se encuentra entre los legitimados para interponer el recurso de casación en interés de ley ( artículo 100.1 LJCA) aunque como dice MORENO CATENA ex inexplicable que no lo este cuando la casación haya de interponerse para la unificación de la doctrina.<sup>1025</sup>

**6°. Velar Por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social.** Señala muy bien FLORES PRADA al decir ¿Qué resoluciones judiciales afectan al interés público y social y a quien corresponde hacer tal selección?<sup>1026</sup> Bueno la solución que aporta el referido autor es que compete al Fiscal General del Estado a través de las circulares, instrucciones y consultas concretar las materias y distribuir los recursos técnicos y personales a disposición del Ministerio Fiscal para el mejor cumplimiento de esta misión que es seleccionar las resoluciones judicial que presumiblemente de modo muy directo afecten el interés público y social<sup>1027</sup>

Es quizá el campo penal el que menos problema plantea a la hora de concretar el interés público y social presente en la ejecución de sentencias. La función de prevención general y especial de la pena junto a la finalidad constitucional de reinserción prevista para

---

<sup>1025</sup> SAINZ MORENO “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad”. .. Pág. 153

<sup>1026</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 472.

<sup>1027</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 473.

la pena privativa de libertad hace que la intervención del ministerio Fiscal en el control del cumplimiento de las sentencias resulte esencial.<sup>1028</sup>

Es muy importante consignar que al Ministerio Fiscal se le encomienda el control de la ejecución de las penas privativas de libertad tal como lo establece el artículo 4.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. , pudiendo para ello, visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detenidos o penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente.

Sin embargo no es el penal el único campo donde a priori puede advertirse un interés público y social en la ejecución de sentencias también en el campo del Derecho civil y fuera de donde la intervención del ministerio Fiscal es preceptiva, nos encontramos con sentencias que pueden afectar a múltiples perjudicados en materia de construcción de daños o contratos contratación etc. Siempre que la sentencia presenta un marcado interés público moviéndose en el terreno siempre complejo de los intereses difusos<sup>1029</sup>

### **6.3 EL MINISTERIO FISCAL COMO ORGANO DE DEFENSA DEL INTERES PÚBLICO TUTELADO POR LA LEY.**

La defensa del interés público es sin duda alguna manifiesta el autor LANZAROTE “La carta de legitimación que ha permitido al Ministerio Fiscal intervenir procesalmente en defensa de la legalidad a lo largo de su trayectoria histórica”,<sup>1030</sup>

El interés público por la promoción de la justicia como actividad diferente a la jurisdicción surge con posterioridad a la Asunción por El Estado del Monopolio de la fuerza en la resolución de los conflictos.<sup>1031</sup>

El este interés público con el cual se justifica la Asunción por el Estado de dicha función configurándose a través del Ministerio Fiscal, como una vertiente más de las atribuciones del poder.<sup>1032</sup>

---

<sup>1028</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 473

<sup>1029</sup> GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 245.

<sup>1030</sup> LANZAROTE “Algunas consideraciones en torno al Ministerio Fiscal...” Revista de Derecho Procesal número 2 año de 1994 Pág. 237.

<sup>1031</sup> LANZAROTE “Algunas consideraciones en torno al Ministerio Fiscal...” Pág. 237

Lo que es inquietante en este tema es definir con exactitud ¿qué se entiende por interés público?<sup>1033</sup> Toda vez que es un concepto indisolublemente anudado a la actividad del Ministerio Fiscal en su función de Defensa de la legalidad.

Se ha sostenido por algunos autores que el interés público que al Ministerio Fiscal compete defender se identifica con el “interés del Estado de base no patrimonial” con respecto al interés patrimonial le corresponde a los Abogados del Estado.<sup>1034</sup>

En otro aspecto existe un sector que identifica el interés público con el concepto platónico del Bien común<sup>1035</sup>

Para el autor GRANADOS “La actuación del Ministerio Fiscal dirigida a la protección del interés público podría concebirse como un mandato otorgado por los poderes constitucionales del Estado, en orden al mantenimiento del orden jurídico. En Virtud de ese mandato “El Ministerio Fiscal es mandatario de los Poderes Ejecutivo y Legislativo por cuanto el supremo interés de ambos es procurar que el interés publico tutelado por la ley y el interés social encuentren su adecuado amparo en el poder Judicial, a través precisamente de la constante actividad del Ministerio Fiscal, creado constitucionalmente para tal misión.”<sup>1036</sup>

Es difícil dar un concepto auténtico de lo que es el interés público como función del Ministerio Fiscal. Para FLORES PRADA “El interés público cumple una función delimitadora de la realidad jurídica en que debe operar el Ministerio Fiscal, constituye por tanto el criterio que ha manejado el legislador para deslindar las parcelas en las que la defensa de la legalidad no puede ni debe quedar en manos de la decisión de los particulares”<sup>1037</sup>

---

<sup>1032</sup> LANZAROTE “Algunas consideraciones en torno al Ministerio Fiscal...” Pág. 237.

<sup>1033</sup> La definición de lo que haya de entenderse por interés público supone una de las tareas más complejas incluso desde las posiciones dogmáticas de la teoría general del Derecho. Como señala NIETO “La administración sirve con objetividad los intereses generales” en estudios sobre la constitución española (homenaje al Profesor García de Enterría) tomo II civitas Madrid 1991 Pág. 2189 citado por LANZAROTE “Algunas consideraciones en torno al Ministerio Fiscal...” Pág. 238 “Las conclusiones de los expertos en materia política están hoy en condiciones de determinar cuáles son los intereses generales ni de precisar su papel exacto en la vida d el Estado” por lo que precisa que los intereses generales que han entrado así en el mundo de los conceptos inaprensibles a los que no tiene acceso la capacidad definitoria de la mente humana.”

<sup>1034</sup> JIMENEZ BLANCO “Relevancia constitucional...” Pág. 1636.

<sup>1035</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 413.

<sup>1036</sup> GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 163.

<sup>1037</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 416.

Aquí se puede observar con claridad la diferenciación entre interés público en el derecho público y la del interés privado en el derecho privado así pues con relación al interés público que le interesa al Estado y por ende a la colectividad es el único criterio que legitima al Ministerio Fiscal para que actúe en defensa de la legalidad como un elemento importantísimo del interés común y de la auténtica convivencia dentro de un Estado de Derecho.

De esto se desprende que el interés público en el derecho por lógica público, y como campo más explícito y delimitado en el campo del derecho penal se le atribuye al Ministerio Fiscal debido a los valores en juego, deber de ejercitar la acción penal, pero sólo en los delitos definidos como públicos y en los semipúblicos cuando medie la denuncia del perjudicado u ofendido por el mismo.

¿Qué se puede entender al respecto de lo anterior?, se entiende que El Ministerio Fiscal actúa y se encuentra obligado a actuar solo en aquellos intereses en donde los particulares no son los únicos dueños de la acción, en virtud que su ejercicio o no afecta al conjunto de la misma comunidad, es decir a los intereses comunes de convivencia.

El interés público es pues una importante función de defensa por parte del Ministerio Fiscal. Y le corresponde a esta institución en cada caso particular determinar cuando afecta o no los intereses generales, El fiscal pues goza de un margen de apreciación que los funcionarios del Ministerio Fiscal precisan en el cumplimiento de sus funciones.<sup>1038</sup>

Es oportuno referirse también que las apreciaciones de los fiscales, se ven influenciadas en cierta medida por la unificación de criterios que se logra dentro de la institución debido a las instrucciones que El fiscal General del Estado gira a sus subordinados Según el artículo 25 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, corresponde al Fiscal General del Estado, auxiliado en estos menesteres por el Consejo Fiscal y la Secretaria Técnica, la tarea de “impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter General como referidas a asuntos específicos”.<sup>1039</sup> Esto se hace debido a los principios de unidad y

---

<sup>1038</sup> MONTENRO AROCA “Derecho Jurisdiccional...” Pág. 198

<sup>1039</sup> LANZAROTE “Algunas consideraciones...” Pág. 239 “Basta echar una ojeada a la absoluta lista de instrucciones circulares y consultas emanadas de la Fiscalía General del Estado en los últimos años para darse cuenta del importante espacio que ocupa dicha tarea. Y del mismo modo basta detenerse en alguna de ellas para darse cuenta de que el análisis normativo no conduce, ni siquiera hecho en abstracto, conduce a una única interpretación y que más allá de escrutar conceptos o términos oscuros lo que en las mismas se

jerarquía que ostenta el Ministerio Fiscal y que en líneas posteriores de este trabajo se estudiara, dichas órdenes, orientaciones, circulares o instrucciones deben estar basadas en ley y nunca contrarias a la misma, dichas misivas son en esencia políticas en el ejercicio de la acción pública que tratan de potenciar a través de la actuación del Ministerio Fiscal,<sup>1040</sup> el espíritu último y la finalidad de la norma en relación con los valores superiores constitucionales esto es, la satisfacción del interés público en la aplicación del Derecho<sup>1041</sup>

Con respecto al interés público se debe tener a cuenta según LANZAROTE “que es preciso que todos los órganos públicos, Ministerio Fiscal incluido, orienten su actividad hacia la consecución de los valores superiores del ordenamiento. En esta tarea el interés público no representa sino un instrumento puesto al servicio de la necesaria coordinación entre los poderes públicos, una coordinación que es atribuida a aquellos poderes del Estado políticamente responsables como titulares de la potestad legislativa y ejecutiva de cuyo ejercicio responden periódicamente ante los ciudadanos.”<sup>1042</sup>

#### **6.4 EL MINISTERIO FISCAL COMO ORGANO DE PROMOCION DEL INTERES SOCIAL ANTE LOS TRIBUNALES.**

Para JIMENEZ BLANCO señala que el Ministerio Fiscal ejerce una función como órgano de promoción del interés social ante los tribunales en el orden civil cuando concierne a intereses de incapaces, etc.<sup>1043</sup>

Pero en forma más amplia la constitución de España es una Constitución democrática, social y constitucional de Derecho. La entrada en vigor de la Constitución en

---

contienen son en esencia líneas políticas en el ejercicio de la acción pública a que tratan de potenciar, a través de la actuación del Ministerio Fiscal, el espíritu último y la finalidad de la norma en relación con los valores superiores constitucionales, esto es la satisfacción del interés público.”

<sup>1040</sup> Señala FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 430 “ En suma el análisis de la función que cumple el interés público en la concreción de la defensa de la legalidad encomendada al Ministerio Fiscal requiere, en apretada síntesis, la necesidad de conjugar tres elementos fundamentales de una parte la necesidad de orientar la actividad del ministerio Fiscal, dentro de los márgenes que la ley le concede para actuar en defensa del interés público, en segundo lugar la garantía que supone el respeto por la autonomía funcional del Fiscal a la hora de establecer el alcance general y positivo de dicha orientación y finalmente la responsabilidad que el gobierno viene atribuida en la fijación de las líneas maestras en el ejercicio de la acción pública como órgano director de la política interior del Estado.”

<sup>1041</sup> El principio de legalidad en cuya garantía se establece la potestad que tiene el fiscal de acogerse al artículo 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal ante un orden o instrucción que se considere transgresora de la legalidad o de cualquier otro modo pueda ser calificada de improcedente.

<sup>1042</sup> LANZAROTE “Algunas consideraciones...” Pág. 240.

referencia de 1978 cambia de forma radical el contexto en que han de estudiarse las posibilidades que abre es nuevo campo de actuación del Ministerio Fiscal.<sup>1044</sup>

Al Ministerio Fiscal se le encomienda en términos precisos por la constitución. El de procurar, la satisfacción del interés social. La función de procurar entonces deja bien clara la posición de postulante que es propia del Ministerio Fiscal cuya misión habrá de moverse en el campo de la petición, por cuanto la decisión final le corresponde a los Tribunales de Justicia.

El Ministerio Fiscal en su función de procurar el interés social tiene que ver según JIMENEZ VILLAREJO “con las expectativas ciudadanas relativas la utilidad del Derecho como elemento de ordenación y transformación social.”<sup>1045</sup>

En este sentido el programa de justicia social que incorporan los principios rectores de la política social y económica constituye un autentico reto para los poderes públicos encargados de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o no dificulten su plenitud y facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política económica, cultura y social (como lo regula el artículo 9.2 de la Constitución Española)”<sup>1046</sup>

“Debe entenderse que la función de aplicación del Derecho no tiene carácter final sino instrumental en el Estado moderno, no es una función que se agote por sí misma sino que encuentra su sentido en la efectividad de los valores superiores que la Constitución traza como objetivos políticos entendidos éstos en el más lato sentido de la palabra. Es pues entonces que el Ministerio Fiscal en el poder Estado de Derecho tiene como objeto procurar el máximo de sintonía entre la aplicación del derecho y los objetivos finales de la comunidad política entre ellos y muy especialmente la satisfacción del interés social”<sup>1047</sup>

“ El Ministerio Fiscal, a través del deber de procurar la satisfacción del interés social, le incumbe nada menos que la tarea de convertir en realidad jurídica vivida la idea del Derecho que corresponde e informa todo el Derecho constitucional: la llamada idea promocional del derecho según la cual el ordenamiento jurídico no tiene sólo la función de

---

<sup>1043</sup> JIMENEZ BLANCO “Relevancia constitucional...” Pág. 163

<sup>1044</sup> JIMENEZ VILLAREJO “El Ministerio Fiscal ante el...” Pág. 106.

<sup>1045</sup> JIMENEZ VILLAREJO “El Ministerio Fiscal ante el...” Pág. 106

<sup>1046</sup> JIMENEZ VILLAREJO “El Ministerio Fiscal ante el...” Pág. 107

<sup>1047</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 435.

asegurar y garantizar el orden social preexisten, sino la de impulsar su constante y progresiva transformación al servicio de la plena realización de todo el hombre y de todos los hombres. La constitución no instaura una mera institución requiere construir a demás una institución en cuya actuación puede y debe hacerse palpable una crítica al Derecho positiva en cuanto instrumento adecuado de promoción y construcción social.”<sup>1048</sup>

Señala JIMENEZ VILLAREJO “ningún campo de actuación en los que interviene el Ministerio Fiscal escapa de la procura del interés social.” Es en este sentido que el Ministerio Fiscal no puede ser concebido como un mero cooperador a la realización del Derecho, sino como un cooperador comprometido a la actualización del Valor justicia mediante la aplicación del Derecho. <sup>1049</sup>

A mi entender están muy relacionados el interés público, con el interés social y se cohesionan con la función del Ministerio Fiscal de la Defensa de la legalidad. Si al Ministerio Fiscal se le encomienda la promoción de la justicia así como la defensa de la legalidad todos estos fines ligados a lograr el interés público y social, punto medular en el presente tema, es incongruente en la Legislación de España que el Ministerio Fiscal no se encuentra legitimado para interponer el Recurso de inconstitucionalidad cuando la búsqueda de la declaración de inconstitucionalidad lleva como fin el reparo de la legalidad y la promoción del interés social. Por parte de Guatemala el artículo 121 de la Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad faculta al Ministerio Público a accionar cualquier inconstitucionalidad y se le considera automáticamente como parte de cualquier acción interpuesta por cualquier persona.

## **6.5 EL MINISTERIO FISCAL COMO ORGANO DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS.**

Uno de los aportes más relevantes de la Constitución de España de 1978 según GRANADOS, ha sido la defensa de los derechos de los ciudadanos<sup>1050</sup>

---

<sup>1048</sup> JIMENEZ VILLAREJO “El Ministerio Fiscal dentro del Poder judicial “En Poder Judicial número 3 Junio 1982 Pág. 83..

<sup>1049</sup> JIMENEZ VILLAREJO “El Ministerio Fiscal dentro del...” Pág. 83.

<sup>1050</sup> GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 154

La constitución en referencia incluye naturalmente la defensa de los derechos fundamentales regulados en los artículos 14 a 30 de la Constitución.

Sólo cuando a través de la constitución los derechos fundamentales garantizan el reconocimiento de un estatus jurídico de la persona frente al Estado ya integrados en el Status libertatis como derechos reaccionales, ya integrados en el status civitatis como derechos de tutela frente al Estado.

Cuando en suma alcanzan la categoría de derechos políticos subjetivos, es cuando la atribución de su defensa al ministerio Fiscal adquiere una dimensión tan trascendental como novedosa.<sup>1051</sup>

Esta nueva dimensión encuentra apoyo en dos de las más importantes aportaciones del moderno Estado de Derecho:

Uno: es el valor que ha alcanzado la constitución como norma jurídica abandonando antiguas concepciones que deducían su naturaleza a un ámbito poco más extenso que el político programático. La constitución es ahora norma aplicable muy en particular en la parte que concierne a las garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas ex artículo 53 de la Constitución Española<sup>1052</sup>

Dos: es las transformaciones del Estado a partir de la segunda posguerra europea que han asumido una traducción constitucional de los catálogos internacionales en materia de los Derechos Humanos configurando dichos derechos como fundamentales en los textos constitucionales y asignándoles un completo y eficaz sistema de garantías, al que viene a sumarse la específica previsión funcional del Ministerio Fiscal.<sup>1053</sup>

El artículo 10.1 de la Constitución de España reza “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden público y de la paz social.”

La consideración legal anterior explica el relevante papel del Ministerio Fiscal como uno de los instrumentos diseñados en la constitución para asegurar la protección de los derechos fundamentales.<sup>1054</sup>

---

<sup>1051</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 444.

<sup>1052</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 444.

<sup>1053</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 445.

<sup>1054</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 445.

La función del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos fundamentales no se agota en los derivados del artículo 24 de la Constitución Española, sino que se extiende todos los comprendidos en los artículos 14 a 30 del texto fundamental<sup>1055</sup>

Si en un proceso, la violación de algún derecho fundamental es originada por la actuación jurisdiccional y el Ministerio Fiscal es parte, habría de utilizar los instrumentos procesales que el ordenamiento dispone para lograr la subsanación de dicha violación. O en su caso la nulidad de las actuaciones correspondientes. Si se considera que la violación subsiste tras el agotamiento de los recursos oportunos quedará siempre abierta la posibilidad de utilizar el recurso de amparo ante el Tribunal constitucional. Cuando la violación se produzca como consecuencia de la actividad jurisdiccional pero el Ministerio Fiscal no intervenga en el procedimiento podrá interponer directamente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional<sup>1056</sup> (artículo 46 LOCT)

El aspecto más evidente de la función del Ministerio Fiscal como Órgano de defensa de los derechos de los ciudadanos es la participación e intervención del mismo en el procedimiento preferente y sumario para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales tanto en materia penal como en lo civil y contencioso administrativo.<sup>1057</sup>

Debe tomarse también que la función del Ministerio Fiscal como órgano de defensa de los derechos de los ciudadanos se encuentra implícita en la Función de Defensa de los derechos fundamentales prevista en la LO de fecha 5/1985 de 19 de junio de Régimen Electoral General (artículo 111 y siguientes) y en la LO de fecha 1/1982 de Protección del Derecho al Honor, Intimidad y propia Imagen,

Y Por último la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal en todos los Recursos de amparo como lo regula la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en el artículo 47.2

En otros cuerpos legales, las funciones del Ministerio Fiscal en relación a la defensa de los derechos de los ciudadanos son:

**1º. Garantizar la defensa en juicio y fuera de él de los menores e incapacitados que carezcan de la representación legal** Se trata como dice HERRERO TEJEDOR ALGAR “una competencia que hunde sus raíces mucho antes de la constitución del Estado de Derecho”, manteniéndose pues la defensa de los desvalidos en juicio como una de las

---

<sup>1055</sup> GIMENO “El Nuevo proceso...” Pág. 72.

<sup>1056</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 446.

<sup>1057</sup> LEY 62/1978 de fecha 26 de diciembre

competencias ejercitadas en defensa del interés público.<sup>1058</sup> Aunque esto sea materia civil que no conviene para la posición del presente trabajo, como manera ilustrativa para comprender posteriormente el Sistema del Ministerio Fiscal en Particular de Guatemala, conviene consignar algunas cuestiones importantes. El Ministerio Fiscal en España promueve la constitución y vigilancia de la Tutela<sup>1059</sup> así como la remoción del tutor,<sup>1060</sup> interviene en la formación del inventario<sup>1061</sup> y su audiencia es preceptiva antes de autorizar judicialmente al tutor la realización de actos o negocios jurídicos por los que dicho requisito sea preceptivo.<sup>1062</sup> Solicita la declaración de prodigalidad que da lugar a la cura tutela,<sup>1063</sup> representado al demandado si la hubieran solicitado sus representantes legales,<sup>1064</sup> solicita el nombramiento del defensor judicial cuando exista conflicto de intereses entre los incapacitados y sus representantes legales o el curador,<sup>1065</sup> asume la defensa en juicio del presunto incapaz en los procedimientos de incapacitación cuando carezca de defensor judicial<sup>1066</sup> Interviene en los expedientes de Adopción.<sup>1067</sup> Estas facultades del Ministerio Fiscal son muy parecidas a las facultades que en Guatemala ostenta la institución denominada “Procuraduría General de la Nación” que es como un símil a los Abogados del Estado, pero que defiende los interés del Estado así como de los menores, incapaces y ausentes.

**2º. Interponer el Recurso de amparo e intervenir en los procesos de amparo ante el Tribunal constitucional.** Según lo establecido en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional artículos 162.1 b) de la Constitución Española y 46.1 a) y b) y 47.2 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, el Ministerio Fiscal de una parte está legitimado para promover el recurso de amparo de otra debe intervenir preceptivamente en todos los recursos de amparo interpuestos ante el Tribunal Constitucional. De igual forma en Guatemala el Ministerio Publico interviene como parte

---

<sup>1058</sup> HERRERO TEJEDOR ALGAR “La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos judiciales de protección de los derechos fundamentales” en Revista del Ministerio Fiscal número 3 enero junio 1996. Pág.131

<sup>1059</sup> Artículo 228 del Código Civil

<sup>1060</sup> Artículo 248 del Código Civil

<sup>1061</sup> Artículo 264 del Código Civil

<sup>1062</sup> Artículo 273 del Código Civil

<sup>1063</sup> Artículo 294 del Código Civil

<sup>1064</sup> Artículo 264 del Código Civil

<sup>1065</sup> Artículo 169 y 300 del Código Civil.

<sup>1066</sup> Artículo 202 y 207 del Código Civil.

<sup>1067</sup> Artículo 173 del Código Civil.

en cualquier amparo interpuesto artículo 34 Ley de Amparo exhibición personal y de constitucionalidad. Por consiguiente se garantiza la presencia del Ministerio Fiscal en todos los recursos de amparo bien en su calidad de actor o en su defecto en calidad de dictaminador. El Ministerio Fiscal se encuentra legitimado para interponer el recurso de amparo ante el Tribunal constitucional por violación de cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en el texto fundamental tanto si la violación proviene del órgano jurisdiccional, como si resulta imputable a los órganos e instituciones a que se refieren los artículos 42 y 43 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. Promoviendo el amparo constitucional, El Ministerio Fiscal defiende ciertamente derechos fundamentales pero loase, y en esto reside la peculiar naturaleza de su actuación, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos ver STC 6/85

## **6.6 EL MINISTERIO FISCAL COMO ORGANO QUE VELA POR LA INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES.**

La independencia del Poder judicial es un factor decisivo y necesario para que exista un autentico Estado de Derecho, no cabe duda que el Ministerio Fiscal Español cumple en este tema una importante vinculación con la defensa del sistema político.

La razón que justifica dicha competencia ha quedado expuesta, básicamente, en que la independencia judicial constituye uno de los pilares esenciales del sistema político y su defensa forma parte en lugar privilegiado del más amplio cometido de la defensa de la legalidad<sup>1068</sup>

La constitución ni el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal precisan en el sentido de la “independencia” por la que deban velar los fiscales,

Sin embargo si bien es verdad que no existe un desarrollo específico en el Estatuto en relación con esta competencia no es menos cierto de una parte “velar por el respecto de las instituciones constitucionales y Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los Tribunales promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones

---

<sup>1068</sup> JIMENEZ VILLAREJO “El Ministerio Fiscal dentro del...” Pág. 83

de competencia que resulten procedentes e intervenir en las promovidas por otros como lo establece el artículo 3.2 y 3.8 de su Estatuto Orgánico.<sup>1069</sup>

Pueden servir como orientación en la inteligencia de lo que haya de entenderse para el Ministerio Fiscal con la función de velar por la independencia de los Tribunales.

En principio le corresponde velar por la independencia del Poder Judicial al Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno del mismo.

El procedimiento establecido en el artículo 14 de la ley orgánica del poder judicial, al momento de existir una posible violación a la independencia judicial: el juez o Magistrado que se considere perturbado o inquietado en su independencia lo debe poner en conocimiento del Consejo General del Poder judicial y del juez o tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado (artículo 14.1) y el Ministerio Fiscal de oficio o a petición de aquéllos promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial ( artículo 14.2)<sup>1070</sup>

Es pues que el Ministerio Fiscal deberá ejercitar las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial, dichas acciones se refiere a acciones penales bien cuando se trate de una conducta tipificada en el código penal y que este directamente dirigida a menoscabar, inquietar, o perturbar el correcto ejercicio de la función jurisdiccional (amenazas, coacciones etc.) o bien cuando se trate de conductas propias de los jueces o Magistrados las que quebranten dicha independencia. Junto a ello y en materia de responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de justicia el Ministerio Fiscal será siempre parte tanto en el proceso de reclamación al Estado ( artículo 293.1 c) LOPJ) como en el eventual proceso de repetición contra jueces y Magistrado (artículo 296 LOPJ)<sup>1071</sup>

También En el Estatuto de jueces y Magistrados existe una participación prevista para el Ministerio Fiscal en los procedimientos seguidos por faltas disciplinarias, separación suspensión, traslado, jubilación por incapacidad permanente y rehabilitación.

<sup>1072</sup>

---

<sup>1069</sup> JIMENEZ VILLAREJO “El Ministerio Fiscal dentro del...” Pág. 83.

<sup>1070</sup> JIMENEZ VILLAREJO “El Ministerio Fiscal dentro del...” Pág. 84.

<sup>1071</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 453.

<sup>1072</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 453.

## 7. LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL MINISTERIO FISCAL DE ESPAÑA:

### 7.1 INTRODUCCION

Con respecto a la organización estructural del Ministerio Fiscal se puede decir que no conocerá una estructura orgánica definitivamente burocrática y jerárquica hasta la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 1870<sup>1073</sup>

Por más que fuera un modelo organizativo que venía gestándose desde el reinado de los Reyes Católicos. En efecto el Estado liberal español heredó del Estado absoluto un Ministerio Fiscal dependiente directamente del poder real y organizado territorialmente en función de las distintas instancias judiciales –Fiscales ante el Consejo Real, Chancillerías, Audiencias y Tribunales de Partido.<sup>1074</sup> Posteriormente de 1812 hasta 1870 se aprobaron algunas disposiciones en consonancia con el Modelo centralista de inspiración francesa.<sup>1075</sup> Existe pues la Ley orgánica del Poder Judicial de 1870 cuyo modelo centralista pervive aun en el Estatuto de 1926 hasta la entrada en vigor del Estatuto de 1981, donde el clásico sistema va a sufrir dos importantes variaciones que arrancan de la regulación constitucional de 1978, se romperá la dependencia política del Gobierno, Ad extra y se flexibilizará el principio de dependencia ad intra.<sup>1076</sup>

Con relación a que se rompe la dependencia política del Gobierno ad extra, se puede decir en forma sencilla que se sustituyo por una relación de coordinación, en la que el gobierno es uno más de los interesados en la actuación del Ministerio Fiscal.

Con relación a la dependencia ad intra del Ministerio Fiscal, se justifica con los principios de unidad y jerarquía implícitos en la ley estatutaria de 1981.

En rigor cabe decir que la estructura jerárquica del Ministerio Fiscal español contempla la relación dependiente de los distintos Fiscales Jefes respecto al Fiscal General

---

<sup>1073</sup> MARCHENA GOMEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 72.

<sup>1074</sup> HUET “Algunas observaciones...” Pág. 164.

<sup>1075</sup> HUET “Algunas observaciones...” Pág. 164. Ver “Reglamentos de las Audiencias y Juzgados de 1ª instancia (decreto de 9 de octubre de 1912) y del Tribunal Supremo de justicia (decreto de 13 de marzo de 1814) los decretos de 26 de enero de 1834 sobre la organización de la nueva planta judicial y Decreto de 21 de abril de 1834 de establecimiento de la planta de partidos judiciales. Especial interés revista como antecedente de la organización del Ministerio Fiscal en la LOPJ de 1870 la Instrucción provisional de enjuiciamiento que el particular Manuel García Gallardo eleva al Ministro de Justicia el 15 de enero de 1840 en la que se establece en los títulos XI al XVIII, una planta del Ministerio Fiscal muy similar a la después adoptada en 1870”

del Estado y de los Fiscales que componen la plantilla de cada órgano respecto a su fiscal jefe respectivo y respecto al Fiscal General del Estado.

## **7.2 LOS ORGANOS PROPIOS DEL MINISTERIO FISCAL:**

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley orgánica del Ministerio Fiscal, son órganos del Ministerio Fiscal.

- El Fiscal General del Estado.
- El Consejo Fiscal
- La Junta de Fiscales de Sala
- La Fiscalía del Tribunal Supremo
- La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional
- La Fiscalía de la Audiencia Nacional.
- Las Fiscalías especiales para la Prevención Y Represión del Trafico ilegal de Drogas y para la Prevención y Represión de los Delitos relacionados con la Corrupción.
- Las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia
- Las Fiscalías de las Audiencias Provinciales
- La Fiscalía del Tribunal de Cuentas, que se rige por lo dispuesto en la ley Orgánica de dicho tribunal (artículo 12.1 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal)

También de acuerdo con la Ley orgánica de competencia y organización de la jurisdicción militar 4/1987 de 15 de julio, son también órganos del Ministerio Fiscal bajo la dependencia del Fiscal General del Estado (artículo 87) La Fiscalía Togada, La Fiscalía del Tribunal Militar Central, La fiscalía de los Tribunales Militares Territoriales.

## **7.3 EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO.**

El artículo 22 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, “El Fiscal General del Estado ostenta la Jefatura Superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español. A él corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al

---

<sup>1076</sup> APARICIO “El Ministerio Fiscal...” Pág. 543

servicio y al orden interno, de la institución y en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal”

Es pues que en un concepto piramidal el Fiscal General se encuentra en su vértice sobre el que recaen las máximas funciones de dirección de la institución.

Las relaciones que el Ministerio Fiscal realiza con los poderes públicos por medio del Fiscal General se encuentran reguladas en el artículo (22.2) del Estatuto

El Fiscal General del Estado de España, presenta una extraordinaria complejidad. De una parte es el Fiscal Jefe Directo de la Fiscalía del Tribunal Supremo y ejerce, así mismo, la dirección tanto de las Fiscaliza especiales antidroga y anticorrupción como de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional si bien estas últimas cuentan con un Fiscal de Sala al frente de cada una de ellas (artículos 17 y 18 del Estatuto Orgánico)

Junto a las funciones de jefatura directa o indirecta de determinados órganos, la dirección del conjunto del Ministerio Fiscal es responsabilidad del Fiscal General del Estado, para lo que cuenta con un amplio marco de competencias, entre las que destacan las facultades de: a) Dictar circulares, instrucciones y notas de servicio de obligado cumplimiento (artículos 22.2 y 25) b) Llamar a cualquier miembro del Ministerio Fiscal para recibir directamente sus informes, impartirle instrucciones específicas o atribuirle la actuación en un asunto determinado (artículo 26) c) Informar favorablemente al gobierno la propuesta de nombramiento de los destinos correspondientes a la primera categoría (artículo 13) d) Sancionar las Faltas graves y proponer la sanción correspondiente por las faltas muy graves (artículo 67.2 y 3) e) Inspeccionar el funcionamiento de los distintos órganos del Ministerio Fiscal a través de la inspección Fiscal que actuará por delegación del Fiscal General del Estado (artículo 15.) f) Presidir la junta de Fiscales de Sala y el Consejo Fiscal, los máximos órganos colegiados del Ministerio Fiscal destinados a asesorar al Fiscal General del Estado tanto en materia doctrinal y técnica como en la elaboración de criterios generales de orden a asegurar la unidad de actuación el Ministerio Fiscal, todo ello sin perjuicio de lo que más adelante se dirá con respecto a ambos órganos.

### **7.3.1 EL NOMBRAMIENTO DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO**

La constitución de 1978 residencia en el Gobierno la decisión en el nombramiento y cese del Fiscal General del Estado a tenor de lo dispuesto en el artículo 124.4. Habida cuenta que el nombramiento por el Rey tiene naturaleza formal y que el informe del Consejo General del Poder Judicial es preceptivo, pero no vinculante, debe concluirse que la facultad efectiva para designar a la cúspide de la Carrera Fiscal Recae en el Gobierno de la Nación.

### **7.3.2 EL CESE DE LA FUNCION DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO.**

El gobierno es quien lo nombra así mismo quien decide y propone su cese, “El Fiscal General del Estado será nombrado y cesado por el Rey a propuesta del Gobierno y oído previamente el Consejo General del Poder Judicial” (artículo 28.1 del Estatuto)

Señala FLORES PRADA que “ La concentración de las facultades de dirección en el Fiscal General del Estado, junto al elevado grado de autonomía con la que éste desempeña sus funciones, coloca al Gobierno en una posición extraña a la actuación del Ministerio Fiscal, que ciertamente hace difícil el razonamiento y la motivación a la hora de justificar su cese. Sin embargo la transparencia en esta decisión gubernamental es absolutamente imprescindible si no se quiere sembrar de dudas la destitución de la cabeza del Ministerio Fiscal, guste más o menos, el control político es el único instrumento para evitar que, pro vía del cese del Fiscal General del Estado, pretenda al Gobierno influir en los procedimientos judiciales en curso especialmente en aquellos en los que ésta en cuestión la responsabilidad criminal de altos cargos de la administración o del propio gobierno. De un correcto funcionamiento de los mecanismos de control político depende no sólo la obligación que el gobierno tiene de explicar los motivos del cese sino también que pueda ser exigida la correspondiente responsabilidad cuando los motivos expuestos adolezcan de justificación o razonabilidad.”<sup>1077</sup>

---

<sup>1077</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 650.

### **7.3.3 LIMITES CONSTITUCIONALES Y ESTATUARIOS EN LA DESIGNACIÓN DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO.**

“El Fiscal General del Estado será nombrado y cesado por El Rey a propuesta del Gobierno, oído previamente el Consejo General del Poder Judicial, eligiéndolo entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión” (artículo 29 del Estatuto)

La constitución española solo prevé tres cargos que deban ser nombrados por el Rey a propuesta del Gobierno: El Fiscal General del Estado (artículo 124.4) los Ministros (artículo 100) y dos de los Magistrados que componen el Tribunal Constitucional (artículo 159.1)

“Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional” (artículo 159.1)

Esta delimitación introduce una diferencia sustancial entre el nombramiento de los Ministros del Fiscal General toda vez que para el nombramiento de ambos se necesita como elemento fundamental la confianza del gobierno y con relación a los magistrados se necesita un criterio de idoneidad, es pues que el gobierno tiene la facultad de elegir para la propuesta a juristas españoles, de reconocido prestigio (es pues el prestigio un elemento fundamental para proponer en su nombramiento a un Fiscal General) y con más de quince años de ejercicio profesional,

Es pues que en este caso se encuentra ante un acto de discrecionalidad de la Administración, que basa su elección sobre el criterio de confianza que se ha de tener en la persona designada confianza y prestigio que sólo puede apreciar la misma autoridad que verifica el nombramiento.

### **7.4 ORGANOS QUE ASISTEN A LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO:**

Existen dos clases de órganos que asisten a la Fiscalía general del Estado en primer lugar se encuentran los órganos de apoyo y en segundo lugar los órganos colegiados de asesoramiento.

#### **7.4.1 LOS ORGANOS DE APOYO:**

Los órganos de apoyo son:

##### **7.4.1.1. LA SECRETARIA TECNICA:**

El primer órgano de apoyo es la Secretaría Técnica y que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto, le corresponde realizar los trabajos preparatorios que se le encomienden en aquellas materias en las que corresponda a la Justa de Fiscales de Sala Asistir al Fiscal General del Estado, así como cuantos otros estudios, investigaciones e informes estime éste procedente. Se conforma pues, la Secretaría Técnica como órgano de asesoramiento del Fiscal General del Estado y también como órgano de documentación y estudio científico jurídico que sirve a toda la Carrera Fiscal en sus tareas de Recopilación tanto de doctrina jurisprudencial como de la emanada de las distintas circulares, instrucciones y consultas del Fiscal General del Estado (artículo 122 Reglamento del Ministerio Fiscal)

##### **7.4.1.2 LA INSPECCION FISCAL**

El segundo órgano de apoyo es la Inspección Fiscal, que se organiza internamente sobre el mismo esquema que los demás órganos del Ministerio Fiscal, Fiscal Jefe, teniente fiscal y los inspectores fiscales que se determinen en plantilla, y ejercerá sus funciones por delegación del Fiscal General del Estado sin perjuicio de las facultades inspectoras que corresponden al Fiscal Jefe de cada órgano ( artículo 15 del Estatuto) competencias muy similares a un jefatura de personal (artículos 159 del reglamento Fiscal) la labor de información permanente que recopila la Inspección Fiscal se completa con la instrucción de los expedientes disciplinario derivados de las posibles faltas detectadas en las distintas visitas de inspección, así como con la labor de gestión ante el Ministerio de Justicia en

orden a la adecuada y rápida resolución de los problemas de la Fiscalía en cuanto a medios materiales.<sup>1078</sup>

#### **7.4.2 ORGANOS DE ASESORAMIENTO:**

Las funciones de asesoramiento colegiado al Fiscal General del Estado se reparten, en el Estatuto Orgánico de 1981 entre la Junta de Fiscales de Sala y el Consejo Fiscal. El criterio que preside dicha separación no siempre es fácil de establecer se puede decir que mientras la Junta de Fiscales de Sana predomina la naturaleza de órgano consultivo de carácter técnico jurídico, el Consejo Fiscal se concibe como órgano asesor y dictaminador del fiscal General del Estado en materias relacionadas con el Gobierno interno del Ministerio Fiscal. La diferencia entre las cuestiones técnico jurídicas y las decisiones de política institucional explica no solo la distinta composición de ambos órganos miembros natos en el caso de la junta de Fiscales de Sala y mayoría de miembros electivos en el caso del Consejo Fiscal sino también la excepcional naturaleza vinculante.<sup>1079</sup>

##### **7.4.2.1 LA JUNTA DE FISCALES DE SALA:**

La junta de Fiscales de sala es un órgano colegiado encargado de asesorar al Fiscal General del Estado en materia doctrinal y técnica. Las funciones de la Junta de Fiscales de Sala aun consultivas y no vinculantes, traslucen una naturaleza de control y garantía en relación con la observancia de los principios de legalidad e imparcialidad en importantes decisiones que ha de adoptar el Fiscal General del Estado.<sup>1080</sup>

Un Fiscal de sala se refiere a todos los Fiscales que integran la categoría primera de la Carrera (artículo 34 del Estatuto) así como a los fiscales Jefes de cada una de las Salas del Tribunal Supremo. (artículo 17 y 35.1 b del Estatuto Orgánico) la distinción entre Fiscal de Sala entendido como categoría de la Carrera y Fiscal Jefe de Sala del Tribunal Supremo entendido como destino se desprende con claridad del artículo 35 del Reglamento (cuando dispone que deben ostentar la categoría de Fiscal de Sala, además del Tte. Fiscal del Tribunal Supremo y los Fiscales Jefes de cada una de sus salas, los Fiscales Jefes de la

---

<sup>1078</sup> SANCHIS “Estructura Orgánica del Ministerio Fiscal...” Pág. 82.

<sup>1079</sup> SANCHIS “Estructura orgánica del Ministerio Fiscal...” “Pág. 83.

<sup>1080</sup> SANCHIS “Estructura orgánica del Ministerio Fiscal...” Pág. 83.

Inspección, Secretaria Técnica, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, y Fiscales jefes de las Fiscaliza especiales anticorrupción y antidroga) Cuando el Estatuto regula en su artículo 14.2 la composición de la junta de Fiscales de Sala, dispone que se constituirá bajo la presidencia del Fiscal General del Estado, por el Tte. Fiscal del Tribunal Supremo, los fiscales de Sala, el Inspector Fiscal, El Fiscal de la AN y el Fiscal de la Secretaría Técnica que actuara como secretario.

Dentro de las competencias de la Junta de Fiscales de Sala se encuentra la de asesorar al Fiscal General cuando el gobierno interese cualquier actuación del Ministerio Fiscal, y también cuando entren en conflicto los principios de unidad y legalidad siempre que se manifieste discrepancias por una orden recibida por cualquier miembro del Ministerio Fiscal, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 27 del Estatuto.

Según SANCHIS “ La junta de fiscales de Sala debe ser oída con carácter preceptivo aunque no vinculante en dos de las decisiones más delicadas que debe adoptar el Fiscal General del Estado: garantizar, de una parte la autonomía externa del Ministerio Fiscal siempre que, en virtud del artículo 8 del estatuto, el gobierno interese una determinada actuación del Ministerio Fiscal y en segundo lugar, mantener la compatibilidad entre los principios de unidad y legalidad cuando una orden o instrucción sea cuestionada por cualquier funcionario utilizando el procedimiento previsto en el artículo 27 del Estatuto. De otra parte conviene tener en cuenta el peso específico que retienen las opiniones vertidas por un órgano que reúne a todos los Fiscales pertenecientes a la primera categoría de la Carrera.”<sup>1081</sup>

La junta de fiscales de sala cumple un importante contrapeso en la concentración de funciones en el Fiscal General del Estado. Ciertamente es que sus funciones no son delegadas ni decisorias, pero tampoco conviene olvidar la repercusión que tiene una decisión del Fiscal General del Estado apartándose de las recomendaciones de la junta de Fiscales de Sala, sobre todo cuando ésta manifiesta una opinión unánime en determinadas decisiones sometidas a su consideración.<sup>1082</sup>

---

<sup>1081</sup> SANCHIS “Estructura orgánica del Ministerio Fiscal...” Pág. 88

#### 5.4.2.2. EL CONSEJO FISCAL:

Para muchos es uno de los órganos más relevantes del Ministerio Fiscal en el nuevo Estatuto <sup>1083</sup> aparece regulado en cuanto a su composición y funciones en el artículo 14.1 del Estatuto Orgánico de 1981. Su carácter mayoritariamente electivo y sus funciones asesoras excepcionalmente vinculantes constituyen las dos principales novedades<sup>1084</sup> El consejo Fiscal tiene encomendadas fundamentalmente tareas de asesoramiento al Fiscal General del Estado en materias muy diversas, vinculadas directa o indirectamente con la política institucional del Ministerio Fiscal. Sobre la base de esta distinción quedan atribuidas al Consejo Fiscal, la elaboración de criterios generales en orden a asegurar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en lo referente a la estructuración y funcionamiento de sus órganos (artículo 14.1 a), audiencia preceptiva de determinados recursos disciplinarios (artículo 14.1.e) la propuesta de reformas convenientes al servicio y al ejercicio de la función fiscal (artículo 14.1. g) y el asesoramiento en cuantas materias le someta el Fiscal General del Estado ( artículo 14.1 b) así también completa sus funciones las atribuciones conferidas por otros preceptos del Estatuto entre las que destacan los informes preceptivos en materia de ascensos a la primea categoría de la Carrera, sanciones graves y traslados forzosos (artículos 13.2, 40 y 67.3)

Con respecto a su naturaleza puede decirse que el Consejo Fiscal concurre una doble naturaleza jurídica en la que predomina el carácter de órgano consultivo no vinculante junto a competencias que lo aproximan a un auto gobierno: con lo que respecta al autogobierno existen funciones en las que interviene el Consejo Fiscal como en materia de nombramientos ( artículo 14.1 c), constitución de adscripciones permanentes (artículo 21) discrepancias graves entre Fiscales y Juntas de Fiscalía (artículo 24) remoción por el gobierno de los Fiscales Jefes (artículo 41), cancelación de anotaciones por faltas graves y muy graves (artículo 69) así también conoce de recursos interpuestos contra resoluciones dictadas en expediente disciplinario por los Fiscales Jefes( artículo 14.1 e), la declaración de compatibilidad en el supuesto a que se refiere el artículo 58.1 el informe cuando la

---

<sup>1082</sup> SANCHIS “Estructura orgánica del Ministerio Fiscal...” Pág. 89

<sup>1083</sup> SANCHIS “Estructura orgánica del Ministerio Fiscal...” Pág. 90

<sup>1084</sup> SANCHIS “Estructura orgánica del Ministerio Fiscal...” Pág. 90 a comparación del Estatuto de 1926

sanción fuera de separación del servicio (artículo 67.3) y el informe en el procedimiento de ascenso a la primera categoría de la Carrera Fiscal ( artículo 13.2)

Con respecto a funciones con carácter consultivas esta lo que respecta al traslado forzoso, separación del servicio y procedimiento de ascenso a la primera categoría de la carrera.

## **7.5 LAS FISCALIAS ANTE LOS DISTINTOS TRIBUNALES.**

La estructura orgánica del Ministerio Fiscal español se despliega sobre la planta de los distintos tribunales colegiados ante los que actúa. En Cada órgano, la competencia funcional plena junto a la limitación territorial derivada del ámbito jurisdiccional del Respectivo tribunal sigue siendo la base de la organización del Ministerio Fiscal en España, claro esta sin perjuicio de las fiscalías especiales antidroga y anticorrupción en las que la competencia es limitada y el ámbito territorial es estatal.

El Estatuto Orgánico de 1981 manifiesta que serán órganos del Ministerio Fiscal, Las Fiscalías Ante : El Tribunal Supremo, El Tribunal constitucional, La Audiencia nacional, El Tribunal de Cuentas, las dos Fiscalías especiales mencionadas y, además las Fiscalías de los distintos Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias provinciales (artículo 12 y siguientes del Estatuto Orgánico)

La relación con los distintos órganos se construye sobre los principios de territorialidad y competencia, sin que pueda decirse que existe género alguno de subordinación entre la Fiscalía de una Audiencia Provincial respecto del fiscal Jefe del Tribunal Supremo, debe existir según FLORES PRADA “relaciones de coordinación y comunicación no entre cada una de las Fiscalías”<sup>1085</sup>

Cada órgano del Ministerio Fiscal reproduce la pirámide general de la institución, compuesta por un Fiscal Jefe, Un Teniente Fiscal y los Fiscales que se determinen en plantilla (artículo 18)

Actualmente se han incorporado los llamados Fiscales coordinadores RD 391/1989 de 21 de abril y los llamados destacamentos permanentes RD 298/1996. Los Fiscales coordinadores tienen como función vertebrar el reparto de trabajo dentro de cada Fiscalía,

---

<sup>1085</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 681.

sin violentar la estructura jerárquica de las diferentes Fiscalías y sin constituir una nueva categoría dentro de la Carrera Fiscal, se introduce la figura del Fiscal coordinador, al que se accede por Antigüedad y cuyas funciones consisten en controlar el reparto de trabajo y el cumplimiento de los servicios activados que realizan por delegación del Fiscal Jefe respectivo. “Los fiscales coordinadores están legitimados para Recibir mayor remuneración pero no para desempeñar funciones distintas a las de los demás Fiscales”<sup>1086</sup>

Con respecto a los destacamentos permanentes, dichas adscripciones responden a la necesidad de regular la descentralización de las Fiscalías sobre la base de la exigible presencia de los Fiscales en los órganos jurisdiccionales que se reparten por los distintos partidos de cada provincia<sup>1087</sup> estas unidades territoriales se encuadran en el esquema orgánica de la Fiscalía a la que pertenecen, bajo la dirección del Fiscal Jefe respectivo. Carecen por tanto de cualquier género de autonomía ya que no reproduce traspaso alguno de competencias no siendo más que unidades delegadas de la Fiscalía provincial correspondiente.<sup>1088</sup>

## **7.6 LAS FISCALIAS ESPECIALIZADAS:**

### **7.6.1 LAS FISCALIAS ESPECIALES ANTIDROGAS Y ANTICORRUPCION:**

Las leyes 5/1988 de 24 de marzo y 10/1995 de 24 de abril modifican el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal mediante la creación de Fiscalías que se incorporan a la Estructura del Ministerio Fiscal Español. La Fiscalía Especial Para la Prevención y Represión del Trafico Ilegal de Drogas (1988) y la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción (1995).

Estas nuevas fiscalías fueron configuradas como órganos especiales esto es creadas con base a un criterio nuevo y distinto al que venía presidiendo la estructura orgánica del

---

<sup>1086</sup> LOPEZ LOPEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 101

<sup>1087</sup> CAMPOS NAVAS “Reflexiones acerca de la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal” en VIII Congreso de la Unión Progresista de Fiscales (Lleida, junio 1993) Pág. 125.

<sup>1088</sup> CAMPOS NAVAS “Reflexiones acerca de...” Pág. 125.

Ministerio Fiscal Español<sup>1089</sup> La competencia de dichas fiscalías es para a todo el territorio del Estado y su criterio es una especialización en la materia que les compete.<sup>1090</sup>

## **7.6.2 EL PROYECTO DE UNA UNICA FISCALIA EUROPEA PARA LOS DELITOS ECONOMICOS EN EL AMBITO DE LA UNION EUROPEA.**

El efecto integrador del proceso de la Unión Europea viene conociendo desde hace algunos años importantes iniciativas dirigidas a consolidar una política común en la lucha contra la criminalidad. En esta línea han de inscribirse iniciativas como el Convenio de Brúcelas para la cooperación judicial internacional, el Convenio de Schegen<sup>1091</sup> y muy recientemente el llamado corpus Iuris,<sup>1092</sup> que constituye un proyecto de disposiciones penales y procesales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea expuestas en la sesión celebrada en el Parlamento Europeo bajo el Título “La protección del contribuyente europeo, hacia un espacio penal y judicial común el 15 de abril de 1997<sup>1093</sup> y cuya novedad más importante viene marcada por el intento de armonizar las legislaciones internas de los Estados miembros en materia penal y procesal penal con el objeto de lograr una mayor eficacia en el represión de la delincuencia económica.

En dicha propuesta se contempla la creación de una única fiscalía europea con competencia limitada a la protección de los intereses financieros de la comunidad compuesta por un Procurador Europeo y los Procuradores europeos delegados en cada uno de los Estados miembros<sup>1094</sup>

## **8. LOS PRINCIPIOS ORGANICOS QUE RIGEN AL MINISTERIO FISCAL.**

---

<sup>1089</sup> CONDE SALGADO “La Fiscalía Especial para la prevención y represión de los delitos relativos al Tráfico ilegal de Drogas” Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal, cuestiones sobre el Ministerio Fiscal Centro de Estudios de la Administración de justicia Madrid 1998 Pág. 72.

<sup>1090</sup> CONDE SALGADO “La fiscalía Especial...” Pág. 72.

<sup>1091</sup> Ver también convenio de 26 de julio de 1995 de protección de los intereses financieros de las comunidades europeas y os proyectos de protocolos sobre corrupción, responsabilidad de las personas jurídicas, blanqueo de dinero y cooperación entre los Estados miembros.

<sup>1092</sup> Trabajo dirigido por DELMAS MARTY dentro del Proyecto “Espacio judicial Europeo”

<sup>1093</sup> JIMENEZ VILLAREJO “Anotaciones al corpus iuris” XII congreso de la Unión progresista de Fiscales, Madrid del 19 al 22 de junio de 1997 Pág. 37.

La defensa pública de la legalidad se encomienda en la constitución española a una institución que cuenta con una estructura orgánica específica, de naturaleza única y estructurada internamente conforme al principio de dependencia jerárquica. Con base, pues en los principios de Unidad Institucional y dependencia interna, tanto el texto constitucional como su desarrollo normativo representan un punto de continuidad sustancial en torno a un Ministerio Público de carácter concentrado y verticalmente dirigido.<sup>1095</sup>

### **8.1 EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE ACTUACION:**

Una de las principales aportaciones del derecho francés a la teoría del Ministerio Público viene representada por el conocido axioma según el cual el “Ministere Public est un et in indivisible.” Es sabido que el modelo de Estado centralista imprime un carácter unitario al Ministerio Fiscal, un principio no sólo heredado sino mantenido y asentado en la evolución jurídica de la mayoría de los ordenamientos occidentales de corte demo liberal.<sup>1096</sup>

El principio de unidad se encuentra regulado en el artículo 22 del Estatuto del Ministerio Fiscal el cual se consigna “1. El Ministerio Fiscal es único para todo el Estado...” Se puede distinguir al menos tres manifestaciones diversas del principio de unidad la número uno es la unidad orgánica: “En virtud de la unidad orgánica, el Ministerio Fiscal es concebido como un instituto único e indivisible, lo que permite hablar de un solo ministerio Fiscal y no de tantos como miembros como órganos forman parte de la institución.”<sup>1097</sup> según JIMENZ VILLAREJO se manifiesta en dos aspectos concretos del funcionamiento de la Justificación que claramente pone de relieve la indivisibilidad y fungibilidad que caracteriza la intervención de los funcionarios del Ministerio Fiscal. El primer aspecto, se encuentra en lo dispuesto en el artículo 23 del Estatuto Orgánico cuando el mismo dice los miembros del ministerio fiscal “... actuarán siempre en representación de la institución y por delegación de su Jefe respectivo.” En cualquier momento del proceso o de la actividad que un Fiscal realice, en cumplimiento de sus funciones, podrá su superior

---

<sup>1094</sup> JIMENEZ VILLAREJO “Anotaciones...” Pág. 46.

<sup>1095</sup> FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 688

<sup>1096</sup> GRANADOS “El Ministerio...” Pág. 107

<sup>1097</sup> GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 294

inmediato sustituirlo por otro, si razones fundadas así lo aconsejan...” De otra parte podrá el Fiscal General del Estado designar a cualquiera de los miembros del Ministerio Fiscal para que actúe en un asunto determinado ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales en que el Ministerio Fiscal está legitimado para intervenir, oído el Consejo Fiscal (artículo 26 del Estatuto)<sup>1098</sup>

La número dos es la Unidad territorial: Esta unidad hace referencia a una estructura orgánica centralizada a nivel Estatal. La distribución orgánica del Ministerio Público sobre la base del territorio ya se trate de provincias o Comunidades Autónomas atiende exclusivamente a un criterio de racionalización en la distribución del trabajo y a una presencia permanente del Ministerio Fiscal ante los distintos órganos jurisdiccionales,<sup>1099</sup>

La número tres es la Unidad funcional: que se refiere al aspecto funcional, una acepción que, como se dijo, queda subrayada explícitamente por la Constitución al hablar de unidad de actuación que garantiza la actuación homogénea y coordinada de todos los miembros de la institución.<sup>1100</sup> Comprende entonces toda una serie de mecanismos internos, cuyo funcionamiento se asegura a través de la dependencia jerárquica y que permiten o posibilitan externamente una intervención uniforme del Ministerio Fiscal. Esta intervención uniforme, en modo alguno caprichosa como veremos a continuación distingue claramente al Ministerio Fiscal del Poder Judicial, esencialmente difuso como responsable por cada uno de los órganos jurisdiccionales.<sup>1101</sup>

El fundamento jurídico político del principio de unidad se justifica porque la función judicial garantiza la seguridad jurídica siendo una función esencialmente difusa,

---

<sup>1098</sup> JIMENEZ VILLAREJO “Los principios de unidad de actuación...” Pág. 6.

<sup>1099</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 693

<sup>1100</sup> AGUILERA “Derecho Judicial...” Pág. 460. “Para que dicho Ministerio pueda cumplir la misión que le corresponde en los distintos fines de la misma es preciso que sea organizado bajo un criterio de absoluta unidad que imprima este carácter a todos sus actos y que, descendiendo desde la más alta jerarquía en dicho organismo a todos sus funcionarios, que de él formen parte, asegure la unidad de su actuación y la debida ejecución de las órdenes e instrucciones dictadas con objeto de unificar el desempeño de sus respectivas funciones” FLORES PEREZ “ Los principios de unidad de Actuación...” Pág. 12 “ Debe distinguirse dos manifestaciones del principio de unidad, de una parte una unidad ad extra, según la cual los ciudadanos deben percibir claramente que todos los miembros del Ministerio Fiscal efectúan una interpretación armónica de las leyes y que, por tanto, la defensa de sus derechos obedecerá a criterios uniformes que pongan de manifiesto claramente que el principio de igualdad ante la ley responde a esa interpretación uniforme por cuanto no supone otra cosa que la sujeción a la imparcialidad. De otra, una Manifestación ad intra en cuanto exige que la organización del Ministerio Fiscal responda a criterio de jerarquización única vía para asegurar la unidad de actuación.”

<sup>1101</sup> SAINZ MORENO “El Ministerio Fiscal y la defensa...” Pág. 166.

mientras que la función fiscal debe garantizar la seguridad jurídica desde el principio opuesto de unidad.<sup>1102</sup>

Entre los autores que justifican el principio de unidad se encuentra JIMENEZ VILLAREJO quien explica: “La unidad del Ministerio Fiscal es consecuencia de su misión constitucional de promoción de la justicia y defensa de la legalidad, que exige un cuerpo de funcionarios que más allá de su criterio personal, actúen de forma colegiado y con arreglo a criterios fijados institucionalmente.

Es la garantía ante los ciudadanos de que frente a la diversidad de criterios interpretativos, que es connatural a la independencia judicial, va a hallarse ante una institución que ofrece unidad de criterios y seguridad jurídica que, sin duda, no es compatible con que cada miembro de la institución mantenga criterios dispares y menos aún contrapuestos.”<sup>1103</sup>

CONDE PUNPIDO FERREIRO considera que “La unidad nace del imperativo de coherencia en una actuación institucional necesariamente individualizada. Esta, por necesidades pragmáticas más que jurídicas no puede ser fragmentada abandonándola al talante de los singulares componentes del órgano, lo que en las Fiscaliza numerosas crearía una variabilidad incompatible con la más elemental eficiencia, buen sentido y seguridad jurídica”<sup>1104</sup>

LORENTE por su parte justifica la teoría de los principios de unidad y dependencia “en la necesidad de que se actúa ante los tribunales en un solo criterio y sentido de la ley para crear seguridad jurídica.”<sup>1105</sup>

Para FLORES PRADA considera que el principio de unidad dimana de “la naturaleza jurídica de la institución que debe ser elemento que extraído de su regulación constitucional, dote de coherencia interpretativa a cada uno de sus rasgos y perfiles. Pues bien sólo la doble función jurídico política del ministerio Fiscal como órgano público que actúa una determinada política interior allí donde la legalidad lo permita, de una parte y como órgano que contrapesa la dispersión del Poder Judicial en orden a asegurar el

---

<sup>1102</sup> SAINZ MORENO “El Ministerio Fiscal y la defensa...” Pág. 166.

<sup>1103</sup> JIMENEZ VILLAREJO “Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal” aportación al Libro Blanco del Ministerio Fiscal, Pág. 30

<sup>1104</sup> CONDE PUNPIDO FERREIRA “El Ministerio Fiscal en la...” Pág. 593.

<sup>1105</sup> LORENTE “El Estatuto del Ministerio Fiscal...” Pág. 593.

cumplimiento de los valores superiores del ordenamiento jurídico a través de la aplicación del derecho de otra, permite entender el fundamento último del principio de unidad”<sup>1106</sup>

En conclusión y según el libro Blanco del Ministerio Fiscal “El Principio de Unidad quiere decir que los miembros que componen el Ministerio Fiscal a diferencia del Poder Judicial, no sólo están sujetos a la ley, los miembros del ministerio Fiscal ejercerán sus funciones según los criterios generales que en materia de interpretación de las leyes y de actividad funcional vengan establecidos por las Circulares, consultas memorias y órdenes del fiscal General del Estado y de los Fiscales jefes, éstos dentro de su ámbito competencial, los elaborados por el Consejo Fiscal en lo referente a la estructuración y funcionamiento de los órganos fiscales y los establecidos dentro de cada órgano por la Junta de Fiscalía”<sup>1107</sup>

## **8.2 PRINCIPIO DE DEPENDENCIA JERARQUICA.**

Siendo un principio clásico quizá el más clásico de todos los que informan el funcionamiento y organización de la institución <sup>1108</sup>

Se sostiene con frecuencia que el principio de dependencia jerárquica es consecuencia inmediata derivada del principio de unidad de actuación, entendiendo así que se trata de un principio instrumental, destinado a asegurar la unidad de criterios en el funcionamiento del Ministerio Fiscal. En esencia el principio de dependencia jerárquica organiza piramidalmente el Ministerio Fiscal siempre que, cada uno de sus miembros actúa según las instrucciones recibidas del Fiscal Jefe respectivo y éstos, a su vez, en función de las instrucciones que reciban del Fiscal General del Estado.<sup>1109</sup>

A efecto de garantizar el funcionamiento vertical del Ministerio público, tanto el Fiscal General del Estado como los Fiscales Jefes de cada órgano podrán impartir a sus

---

<sup>1106</sup> FLORES PRADA “El Ministerio...” Pág. 697

<sup>1107</sup> LIBRO BLANCO DEL MINISTERIO FISCAL, “Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior” Madrid 1996. Pág.32

<sup>1108</sup> SERRA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 410.

<sup>1109</sup> GRAMADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 295

subordinados las órdenes e instrucciones, generales y particulares, convenientes al servicio (artículo 25 I y III) Cuando éstas órdenes e instrucciones provengan del Fiscal General se comunicarán a través del superior jerárquico respectivo. También podrá el Fiscal General del Estado o El fiscal Jefe respectivo llamar a cualquier funcionario del Ministerio Fiscal para recibir de él información sobre cualquiera actuación en la que intervenga así como designar a cualquier miembro de la institución para que intervenga en un asunto concreto (artículo 26)

Como puede distinguirse el principio de dependencia jerárquica se concreta en una estructura orgánica vertical.

Los límites al principio de dependencia reflejan de un modo más evidente las transformaciones que el moderno Estado de Derecho ha operado en este aspecto orgánico del ministerio Fiscal, los límites al principio de dependencia jerárquica son:

1º. Reducción de dependencia en el ámbito interno el principio de dependencia: Este límite se define en la ruptura con la dependencia gubernamental y la posición del actual ministerio Fiscal de España en una nueva posición más sutil y más compleja basado en el principio de autonomía funcional y autonomía institucional.<sup>1110</sup>

2º. La legalidad o procedencia de las órdenes: El Estatuto orgánico establece un procedimiento que permite al Fiscal inferior cuestionar la orden recibida del superior según la cual “El fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así mediante informe razonado a su Fiscal jefe de proceder la orden o instrucción de éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y una vez que ésta se manifieste , resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola ver artículo 27 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

El fiscal en el ejercicio de sus funciones no sólo debe valorar la orden recibida a la luz de la legalidad sino en función de cualquier otro motivo que convierta la orden en improcedente. Para FLORES PRADA Se entiende improcedente como un elemento calificativo de la autonomía funcional no sólo del conjunto de la institución, sino de cada funcionario del Ministerio Fiscal. Que singulariza la dependencia jerárquica en la institución siempre que el criterio de procedencia del inferior habrá de ser sustituido por el

---

<sup>1110</sup> SERRA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 410.

superior, previa consulta a una instancia colegiada y siempre emitido de forma razonada<sup>1111</sup>.

3º. La unidad colectivamente reflexionada: La toma de decisiones en el ministerio Fiscal está repartida, como ha quedado dicho en dos instancias o niveles escalonados que corresponden a la Fiscalía General del Estado y por debajo a las jefaturas de los distintos órganos que componen la institución ( artículo 25 del estatuto orgánico) en ambos casos y cuando se trata de adoptar medidas para mantener la unidad de criterios ya sea a nivel institucional ya a nivel de cada órgano, el estatuto ha optado no por un sistema colegiado sino más bien por un mecanismo que permite al Fiscal General o al Fiscal jefe ponderar la opinión de los funcionarios bajo su dirección a la hora de fijar criterios unitarios de actuación. Así en cada órgano del Ministerio Fiscal se celebra periódicamente junta de Fiscalía para mantener la unidad de actuación, fijar la posición de la Fiscalía respecto de temas relativas a su actuación o estudiar asuntos de especial complejidad. Las juntas de Fiscalía que no son órganos del Ministerio Fiscal, han puesto, en cambio una importante limitación de las facultades del Fiscal jefe en ellas “los acuerdos de la mayoría tendrán carácter de informe, prevaleciendo después del libre debate el criterio del Fiscal Jefe. Sin embargo, si esta opinión fuese contraria a lo manifestado por la mayoría de los asistentes, deberá someter ambas a su superior jerárquico (artículo 24 del Estatuto Orgánico).

En el fiscal General del Estado recae la facultad última de fijar los criterios de unidad de actuación para el conjunto del Ministerio Fiscal, contando para ello con el asesoramiento de los dos máximos órganos colegiados del Ministerio Fiscal, el Consejo Fiscal y la junta de Fiscales de Sala. Pero dicho asesoramiento no es preceptivo cuando se trata de líneas generales y los criterios de actuación del Ministerio Fiscal pero si lo es en asuntos como designar un fiscal para el despacho de un asunto ( artículo 26) o cuando se resuelve una discrepancia en el curso del procedimiento previsto en el artículo 27 del Estatuto. Es claro por tanto que la elaboración de las instrucciones, circulares y órdenes del fiscal general del estado contara con el apoyo de la secretaria técnica pero no necesariamente con la opinión previa ni del Consejo ni de la Junta de Fiscales de Sala. Pero el principio de reflexión

---

<sup>1111</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 705

colegiada funciona implícitamente en determinadas materias cuando obliga a razonar a la autoridad superior en caso de apartarse de la opinión mayoritaria.<sup>1112</sup>

Es pues este principio como queda delineado con las anteriores ideas.

## **CUARTA PARTE**

---

<sup>1112</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 710.

# **LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL MINISTERIO FISCAL**

## **CAPITULO V**

### **LOS LLAMADOS PRINCIPIOS FUNCIONALES EN EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL POR PARTE DEL MINISTERIO FISCAL**

#### **INTRODUCCIÓN**

De acuerdo con lo que dispone el artículo 124.2 CE “el Ministro 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”. La regulación del estatuto funcional del Ministerio Fiscal en la Constitución se completa, así, con dos singularidades de indudable relieve: de un parte, la asignación de una estructura orgánica propia, distinta de la administrativa o de la judicial, y de otra, la convergencia de cuatro principios cuya síntesis sitúa una institución de compleja naturaleza jurídica<sup>1113</sup> .

Aunque, en atención a un más claro orden expositivo, se ha de advertir que la actuación de la institución del Ministerio Fiscal por medio de “órganos propios” constituye una característica que no conviene perder de vista a la hora de determinar el alcance de unos principios que, en una lectura general, bien podrían aplicarse al funcionamiento de cualquier órgano de la Administración pública<sup>1114</sup> pero que aplicados al Ministerio Fiscal cobran una significación específica.

En lo que atañe a los principios que informan la actuación del Ministerio Público, es frecuente entre ellos distinguir los llamados principios funcionales –legalidad e imparcialidad- de los llamados principios orgánicos- unidad de actuación y dependencia jerárquica- , para diferenciar lo que son, esencialmente, principios de proyección funcional o ámbito externo, de los principios que regulan la organización y régimen jurídico de la institución<sup>1115</sup> .

La actuación conforme a la legalidad e imparcialidad va a tener repercusión importante en la significación y límites de la unidad y dependencia.

Bajo la observancia de la legalidad e imparcialidad; suele complementarse la clasificación mencionada con la distinción entre principios sustanciales –legalidad e imparcialidad- y principios instrumentales –unidad y dependencia<sup>1116</sup> .

---

1Entre otros, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “El Ministerio Fiscal en la Constitución, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 6, junio de 1981, Págs. 587 y 594.

<sup>1114</sup> GIMENO, “El nuevo proceso penal.” Estudios sobre la ley Orgánica 7/88, (con ALMAGRO, MORENO Y CORTES), Tirant lo blanch, Valencia, 1989, Págs. 68 y 69.

<sup>1115</sup>Entre otros muchos, MORENO CATENA, “Introducción al derecho Procesal,” (Con CORTÉS Y GIMENO), Colex, Madrid, 1997, Pág.196; GONZALES MONTES “Instituciones de Derecho Procesal”, Tecnos, Madrid, 1993, Pág. 209, GRANADOS, “El Ministerio Fiscal...”. 291, GILBERT, “El Ministerio Fiscal en la Constitución”, en El Poder Judicial, vol.I Instituto de Estudios Fiscales, Dirección General de lo contencioso- administrativo del Estado, Madrid, 1983, Pág. 117 MONTERO, “Derecho Jurisdiccional.” Parte General, (con ORTELLS, GÓMEZ COLOMER Y MONTÓN), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, Pág. 193.

<sup>1116</sup> Vid, LORENTE, Estatuto del Ministerio Fiscal, Cuadernos de documentación, núm. 4, Madrid, 1980, Págs. 36 y 37; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “ La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y en el nuevo Estatuto Orgánico”, en El Poder Judicial, Vol1, Dirección General de lo contencioso-administrativo del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, Pág. 594, la síntesis

La interpretación del alcance y contenido de los principios de legalidad e imparcialidad viene siendo fuente de inagotables polémicas, lo que no es de extrañar si se tiene en cuenta que se esta ante uno de los ejes de la naturaleza jurídica de la institución<sup>1117</sup>.

A tal respecto FLORES PRADA expresa que “Quizá si empezamos por reconocer la titularidad institucional y no personal de tales principios, si reflexionamos serenamente sobre lo que cada uno aporta al funcionamiento y organización del Ministerio Fiscal y si nos trazamos un objetivo conciliador en su interpretación, podamos arrojar un poco de luz, no sólo en relación con el alcance de cada uno de ellos, sino en lo que tienen de contenido esencial e identificativo en la naturaleza jurídico-política de una institución compleja y singular como es el Ministerio Fiscal<sup>1118</sup>.”

## **1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

### **1.1. EL MINISTERIO FISCAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ESTADO DE DERECHO**

---

entre cuatro principios aparentemente autonómicos sólo puede lograrse mediante la afirmación de la supremacía de unos (legalidad e imparcialidad) sobre otros (unidad y dependencia). En el mismo sentido RUIZ VADILLO, “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, en Poder Judicial, núm. Especial II, Pág.66; FLORES PÉREZ, “Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”, en Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal (1). Cuestiones sobre el Ministerio Fiscal, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid , 1998, Págs. 12 y ss.; TIRADO ESTRADA, “El fiscal instructor: presupuesto y perfil de la reforma”, ponencia presentada el 7 de mayo de 1996 en el curso Órganos representativos y estatuto funcional del Ministerio Fiscal, Secretaria Técnica de la Fiscalía General del Estado, (inédito).

<sup>1117</sup> Vid, sobre la incompatibilidad de ambos pares de principios en el seno de un Ministerio Fiscal políticamente dependiente FAIRÉN, “La situación actual del Ministerio Fiscal”, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, núm. 4, 1970, Págs., 776 y ss. En cambio, para MONTERO, Derecho Jurisdiccional. Parte General, Ob. Pág. 193: “el Ministerio Fiscal se mueve dentro de una serie de principios o reglas de actuación que han venido siendo tradicionalmente denunciados como contradictorios cuando realmente no lo son”.

<sup>1118</sup> Sobre la necesidad de una interpretación conjunta de los principios de actuación del Ministerio Fiscal puede verse GRANADOS, “El ministerio Fiscal....” Pág. 293.

Tomado como referencia la conocida frase de ELÍAS DÍAZ<sup>1119</sup>, “no todo estado en un Estado de Derecho”, puede afirmarse que no toda sociedad que se gobierna con leyes observa el principio de legalidad<sup>1120</sup>.y que ampliamente se desarrollo al inicio del presente trabajo investigativo.

A partir del moderno Estado de Derecho, el principio de legalidad no sólo consiste en que haya leyes que regulen las relaciones entre los ciudadanos y las relaciones de éstos con el poder; el principio de legalidad es, en el Estado contemporáneo, garantía de legitimación de la norma, garantía de la división del poder y garantía de seguridad jurídica<sup>1121</sup>.

Como encarnación de la libertad, el principio de legalidad impregna toda la moderna concepción jurídico-política del estado, garantizando la seguridad jurídica mediante el sometimiento de los ciudadanos y los poderes públicos al conjunto del ordenamiento y, muy especialmente, al ámbito de libertad que aseguran los derechos fundamentales de la persona<sup>1122</sup>.

---

<sup>1119</sup> ELIAS DIAZ “Estado de Derecho y sociedad democrática”, Taurus, Madrid, 1992, Pág. 17.

<sup>1120</sup> Como claramente advierte GARCÍA DE ENTERRÍA, “Curso de derecho Administrativo”, (con TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ), civitas, Madrid, 1989, Pág. 432, “lo que distingue a unos Estado respecto de otros, tanto en un tiempo dado como en diferente épocas históricas, no es, pues, que unos reconozcan y otros aborrezcan el ideal de un Estado de Derecho, sino lo que unos y otros entienden por Derecho”. Lo característico, pues, del moderno Estado de Derecho no es que existan leyes que gobiernen las relaciones públicas y privadas sino un concepto específico de legalidad que alude a una determinada legitimación de la ley y a una amplitud en su sometimiento que abarca a ciudadanos y poderes públicos. Se pasa, tras la revolución francesa, del Derecho como “cosmos de privilegios” (WEBER) al Derecho como legalidad. Ello enlaza con la exposición de FERRAJOLI, Derecho y razón. Teoría del galantismo penal, Trotta, Madrid 1995, Pág. 855 y ss., quien, partiendo de una distinción apuntada por BOBBIO, ¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes? (1983), en El futuro de la democracia, señala que el término Estado de Derecho puede querer decir dos cosas: Gobierno Sub lege o sometido a las leyes, y Gobierno per leges o mediante leyes generales y abstractas. Existen a la vez, según FERRAJOLI, dos sentidos aplicable al poder sub lege: un sentido débil según el cual son Estados de Derecho todos los ordenamientos, incluso los autoritarios o, peor aún, los totalitarios en los que el poder tiene una fuente y una forma legal. Por el contrario, el sentido fuente de Gobierno sub lege debe ser asociado con el Estado constitucional que en los niveles normativos superiores incorporan límites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder.

<sup>1121</sup> Vid., en este sentido, una teoría del galantismo en el moderno Estado de Derecho en FERRAJOLI, Derecho y ...,” Págs. 854 y 855.

<sup>1122</sup> En el mismo *preámbulo* de la constitución española de 1978 se señala, como uno de los pilares sobre los que descansan la justicia, la libertad, la seguridad y el bien común, la tarea de “consolidar un Estado de Derecho que seguro el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”. Vid, entre otras muchas, STC 150/1989, de 25 de septiembre: “el principio de legalidad penal reconocido en el artículo 25.1 de la Constitución es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho ene. Ámbito del derecho Estatal sancionador. En este sentido, se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también en (sic) el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica (SSTC 62/1982 y 133/1987), así como con la prohibición de la arbitrariedad y en el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales...”

En virtud de una lectura en clave de garantía del principio de legalidad, el poder ha dejado de ser único, absoluto y despótico para pasar a ser democrático, diversificado y sujeto al derecho<sup>1123</sup>.

Establecida de este modo una de las bases esenciales del sistema, puede decirse que las modernas transformaciones del Estado de Derecho han venido respondiendo, de una parte a una nueva concepción del principio de legalidad que ha pasado de ser una garantía jurídico-formal en el Estado liberal<sup>1124</sup> a convertirse, también y dentro del nuevo estado social, en instrumento indispensable para alcanzar los fines a que se orienta el sistema político<sup>1125</sup>.

De otra parte, dichas transformaciones han mostrado bien a las claras la necesidad de ampliar y mejorar la eficacia del sistema de garantías derivadas del principio de legalidad como uno de los fundamentos del orden político y social (artículo 10 CE)<sup>1126</sup>. En consecuencia, ni el principio de reserva de ley ni la garantía de certeza han perdido sentido en el nuevo Estado de Derecho; se ha producido, eso sí, un cambio de perspectiva que obliga a replantearse la esencia del principio de legalidad en virtud del conjunto de valores sobre los que ha de descansar ahora la garantía de seguridad jurídica<sup>1127</sup>.

Las consecuencias que el cambio de orientación en el principio de legalidad viene produciéndose en el orden jurídico-político explican una parte muy importante de las tensiones que soporta el moderno Estado social<sup>1128</sup>.

Según CABO DEL ROSAL “La crisis del Estado social, por mucho que algunos se empeñen en ver un agotamiento del modelo<sup>1129</sup>,” es una crisis de adaptación, de

---

<sup>1123</sup> Este esquema de planteamientos, que constituye en fundamento del moderno sistema político, transluce, como señala COBO DEL ROSAL “Principio de legalidad y Ministerio Fiscal”, en *Cuadernos de política criminal*, núm. 2, 1977, Págs. 24 y 25, una doble aspiración; de una parte, una aspiración política, que se traduce en un sistema de división de poderes donde el valor preeminente de la ley conduce, en un primer momento, a un claro protagonismo del legislativo. De otra parte, responde a una aspiración *ética*, que reacciona contra la arbitrariedad del poder, y un primer momento, a un claro protagonismo del legislativo. De otra parte, responde una aspiración *ética*, que reacciona contra la arbitrariedad del poder, y muy especialmente, de un poder judicial basado en el sistema de juez sin ley, depositando en la certeza de la norma aplicable el fundamento de la seguridad jurídica.

<sup>1124</sup> Sobre la idea de libertad formal en el Estado liberal vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, A., “Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular”, en *Quaderni fiorentini*, núm. 25, Págs. 412 y ss.

<sup>1125</sup> Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, “Seguridad jurídica y legalidad penal”, en *Vinculación del Juez a la ley penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Junio, 1995, Pág. 159.

<sup>1126</sup> FERAJOLI, “Derecho y razón...” Págs. 851 y ss.

<sup>1127</sup> “Informe del CGPJ al Anteproyecto de Código Penal de 1992”, en *Cuadernos del consejo General del poder Judicial*, núm. 11, Pág. 162.

<sup>1128</sup> “Informe del CGPJ al Anteproyecto...”., Págs. 161 y ss.

transformación y de evolución; estamos, en definitiva, ante un período de cambio que afecta no sólo al contenido material del Derecho y a su finalidad, sino que viene acompañado de una reordenación estructural y competencial del conjunto de poderes públicos, aún no plenamente consolidada<sup>1130</sup>.

En este sentido no puede extrañar tanto en España como en Guatemala un progresivo fortalecimiento constitucional del Poder Ejecutivo como director de la política interior y exterior del Estado, como tampoco sorprende en contrapartida, un serio replanteamiento en las funciones de garantía de un Poder Legislativo que cada vez más deja por un lado un papel pasivo, y que ha por lo menos en Guatemala empieza a de recuperar un papel ahora esencial en el control gubernamental.

Finalmente, como señala LOPEZ LOPEZ “también encuentran en este contexto explicación las tensiones que produce un cada vez mayor protagonismo del Poder Judicial, que ahora opera con indudables e importantísimos márgenes de interpretación jurídica, sobre un contexto normativo necesariamente plagado de cláusulas abiertas, conceptos indeterminados y valores pendientes de integración judicial<sup>1131</sup>.”

Parece evidente que, dadas las funciones constitucionales que tiene atribuida, los nuevos retos del principio de legalidad, necesariamente habrán de influir muy decisivamente en la actividad del Ministerio Fiscal.

Sin embargo, junto a la legalidad como objeto de defensa, el Ministerio Fiscal ha de observar la legalidad también como principio de actuación; por lo que se hace interesante desde el planteamiento del presente trabajo investigar cuál deba ser el alcance

---

<sup>1129</sup> Entre otros, DE CABO, *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986.

<sup>1130</sup> LÓPEZ y LÓPEZ, A., “Independencia, imparcialidad, objetividad del Juez”, en *Justicia* 86, núm. IV, Págs. 962 y 963; del mismo autor vid. “Estado social y sujeto privado...” Págs. 462 y ss. En el mismo sentido AUGER, “Valores, principios y preceptos de la Constitución”, en *Vinculación del Juez a la ley penal*, Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ, Junio, 1995, Pág. 105.

<sup>1131</sup> LÓPEZ y LÓPEZ, A., “Independencia.....”, Pág. 963; también DÍEZ PICAZO, “El poder Judicial. Independencia del Ministerio Público”, en *El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, (Obra colectiva dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA Y CLAVERO ARÉVALO), Civitas, Madrid, 1997, Pág. 215 y 219. Sobre la misma idea señala GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1995, Pág. 61, que “la politización del Gobierno y del Parlamento que, como hemos visto, relativiza la autonomía de ambos términos, ha tratado de ser neutralizada, tanto en la teoría como en la praxis institucional, por el realzamiento de la judicatura a un poder capaz de defender a los ciudadanos de los excesos de la administración y de la legislación (...) que le convierten en guardián del recto uso del aparato estatal, hasta el punto que algunos tratadistas transforman la trinidad clásica en la dualidad Gobierno-Parlamento, de un lado, y judicatura, de otro” (más precisamente. Pág. 64).

y la significación que tal principio encuentra en la regulación constitucional del Ministerio Público.

## **1.2. EL MINISTERIO FISCAL Y LAS DIFERENTES VERTIENTES CONSTITUCIONALES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Desde el punto de vista jurídico-político, el principio de legalidad garantiza, en términos sintéticos, que el derecho a aplicar, emanado de la soberanía popular, sea el derecho positivo y que al mismo se sujete la actuación los ciudadanos y poderes públicos. Quiere decir un gobierno de leyes y no de personas, que tanto gobernantes como gobernados han de estar sujetos al imperio de la ley.

El principio de legalidad como un principio de actuación del Ministerio Fiscal también constituye en un plano dinámico funcional, un límite infranqueable de la actividad pública y privada.

El principio de legalidad desarrolla toda una concepción en la teoría del derecho penal sancionador en torno a los mandatos de publicidad, tipicidad, conocimiento previo y garantía jurisdiccional sintetizados en el principio *nullum crimen sine (praevia) lege (poenale)* aquí el principio de legalidad se convierte en una auténtica garantía negativa integrada en el elenco jurídico del *status libertatis* con rango de derecho fundamental de la persona.

Sin embargo, la afirmación de cuño demoliberal por la que a toda conducta penalmente relevante acompaña, de forma ineludible, el deber de castigar del Estado viene siendo objeto, en determinados casos y circunstancias, de un progresivo replanteamiento en el marco del moderno Estado social<sup>1132</sup>.

Partiendo de la indudable, conexión entre conductas penalmente reprobables y actuación pública de castigo, conviene recordar que una primera limitación a dicha actuación sancionadora se deriva del mismo concepto de tipicidad,

Tipicidad que como elemento del delito ha sido una de las principales aportaciones del principio de legalidad al Estado de Derecho

---

<sup>1132</sup> Informe del CGPJ al Anteproyecto..., Pág.162 y ss.

Han pasado los tiempos, señala BELING<sup>1133</sup>, en los que toda acción antijurídica conducía, sin más a la imposición de la pena.

A partir del principio de tipicidad, no existen ya “delicta iuris naturales” y la pena sólo podrá ser consecuencia de una conducta fijada de forma precisa por una ley positiva, anterior a la acción del sujeto<sup>1134</sup>.

Esta importante limitación en el plano jurídico-material ha convivido, sin embargo y hasta épocas muy recientes, con el convencimiento de que el principio de legalidad en el plano procesal-penal debe conducir, en aras de la seguridad jurídica, a una suerte de respuesta automática del Estado en la persecución de toda conducta criminal –la llamada legalidad en el ejercicio de la acción penal<sup>1135</sup>–.

Sólo en el marco del Estado social, una reflexión sobre la finalidad retributiva de la pena ha permitido, desde un plano ideológico-político, ir dando forma a una idea gestada en el plano puramente técnico: aquella según la cual el estado no debe venir obligado-siempre e incondicionadamente- a castigar toda conducta penalmente relevante.

En suma, no se trata sino de un replanteamiento del dilema entre oportunidad y legalidad, tal y como lo concebía el propio BELING<sup>1136</sup>, construyendo, dentro de la legalidad, el nuevo silogismo obligatoriedad/oportunidad reglada<sup>1137</sup>. Tema que en Guatemala ya ha sido superada al introducir en el proceso penal el principio de oportunidad como medida desjudicializadora y que actualmente en España se encuentra en análisis y debate.

---

<sup>1133</sup> Vid. Teoría del delito, Tubinga, 1906. Por TORÍO, “Tipicidad. Referencia a la teoría de los tipos abiertos”, en Vinculación del Juez a la ley penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, junio de 1995, Pág.9).

<sup>1134</sup> La misma consideración formal del principio de tipicidad ha sido sobrepasada como señala TORÍO, “Tipicidad ha sido sobrepasada como señalo TORÍO, “Tipicidad. Referencia a la...”, Pág. 19, siempre que “la misión del jurista, es decir, del Juez, no es sólo reconducir la acción u omisión a la descripción unilateral, teóricamente vacía y valorativa mente neutra, proporcionada por el tipo, sino más allá de esto, determinar críticamente si esa acción es realmente intratípica, es decir, si posee las propiedades supraformales, materiales o sustanciales fundamentadas de su prohibición jurídico penal”.

<sup>1135</sup> Ver VILLALTA RAMIREZ “Principios...” Pág. 107

<sup>1136</sup> El dilema según BELING, “Derecho procesal penal,” Barcelona, 1943, consistía en decir “si la autoridad encargada de acusación, en los casos en que la ley parece justificar la condena, puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente por ejemplo por razones de nimiedad de la infracción (mínima non curat praetor) o por temor al escándalo público o por temor a costas procesales considerables. El principio de legalidad niega tal facultad a la autoridad de la acusación (coacción de persecución) mientras que, por el contrario, el principio de oportunidad se la concede”. (la cita es de LÓPEZ BARJA,) “El principio de oportunidad”, en Vinculación del Juez a la ley penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, junio, 1995, Pág. 55.

El artículo 9.3 de la Constitución de España impone un sometimiento general de la actuación de los poderes públicos a la legalidad, como no podía ser de otra forma. El sometimiento al principio de legalidad reviste un diferente alcance según la naturaleza, cometidos y funciones de cada uno de los poderes del Estado y, más aún, según ante que órgano concreto se encuentra.<sup>1137</sup>

Para el Poder Legislativo el sometimiento a la legalidad debe basarse en someter su actuación a en el proceso de creación de la ley a las normas que regulan el procedimiento legislativo y también tener el cuidado que las mismas no adolezcan de inconstitucionalidad.

Para el Poder Ejecutivo la legalidad representa el límite infranqueable en el que debe moverse su actividad de decisión política,

Para el Poder Judicial se debe de concordar que se encuentra únicamente sometimiento al imperio de la ley como principio legitimador y a la vez garantizador de las necesarias notas de imparcialidad e independencia que deben rodear el ejercicio de la función jurisdiccional.<sup>1138</sup>

El moderno sistema político, conlleva a que todos los poderes públicos, de una u otra forma, son portadores del término italiano **indirizzo** político-constitucional<sup>1139</sup>.

Por lo que la sumisión a la legalidad no puede ser un fin en sí mismo,-ni siquiera para el Poder Judicial<sup>1140</sup>, comprometido como el resto de los poderes públicos en la consecución de los valores superiores del ordenamiento<sup>1141</sup>.

---

<sup>1137</sup> Sobre el estado de cuestión en la doctrina alemana puede verse ARMENTA, “Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España”, *PPU*, Barcelona, 1991, Págs. 62 y ss.

<sup>1138</sup> Como afirma SAINZ MORENO, “El ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 108, septiembre-diciembre, 1985, Pág. 151: “todos los ciudadanos y todos los poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1). Eso mismo es lo que significa para el Ministerio fiscal estar sometido al principio de legalidad, tal y como lo concreta el artículo 6 EOMF (...) Ahora bien, tal sometimiento admite diversos grados. Todos los órganos que componen el Estado están sometidos al principio de legalidad (artículo 9.3), pero no están de distinta manera”.

<sup>1139</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 543

<sup>1140</sup> Vid, LEDESMA BARTRET, “Mandatos constitucionales y política criminal”, en *La justicia en la década de los ochenta*, Ministerio de Justicia, Págs. 217 y ss.

<sup>1141</sup> Sobre la “fidelidad” del Poder Judicial a los nuevos principios constitucionales vid.

RODOTA, “Magistratura e política in Italia”, en *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica* (a cura de BRUTI LIBERATTI et alii), Ferltrinelli, Milano, 1996, Págs.23 y ss.

<sup>1142</sup> Aunque sobre esta cuestión habremos de volver más adelante, en una primera aproximación pueden verse BACHOF, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, Págs. 59 y ss; BACIGALUPO, “rigurosa aplicación de la ley” según el artículo 2 del código Penal”, en *Vinculación del Juez...*, Pág. 43, para quien la misión de los Jueces “consiste en realizar en sus juicios, no sólo el sentido literal de las leyes, sino un sentido capaz de

Y en concordancia con lo que menciona RUIZ VADILLO “la mención constitucional al principio de legalidad como informador de la actuación del Ministerio Fiscal implica para la institución algo más que la sujeción a la ley en el desenvolvimiento de su actividad, implica una toma de postura sobre la necesidad de la intervención del Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones, muy especialmente en el ejercicio de la acción penal<sup>1143</sup>.”

### **1.3 EL MINISTERIO FISCAL Y SU SOMETIMIENTO A LA LEGALIDAD COMO PRINCIPIO FUNCIONAL**

---

materializar las finalidades y los valores del orden jurídico”; ene. Mismo sentido LÓPEZ Y LÓPEZ, A., “independencia, imparcialidad...”, Págs., 963 a 965. No se oculta, en este contexto, la necesidad de replantearse la legitimación del Poder Judicial en el moderno Estado democrático. El anclaje tradicional buscado para la judicatura en el esquema de legitimación político-constitucional viene siendo resuelto de modo correcto aunque, en nuestra opinión, incompleto y en alguna medida forzado: la sumisión a la ley y la independencia judicial son criterios de legitimación tomados del esquema del Estado liberal –donde no fueron aplicados dada la vinculación administrativa de la judicatura- y, sin embargo, sí aplicados en el moderno Estado social en el que han acabado por resultar claramente insuficientes para explicar una realidad mucho más compleja y dinámica. Así, la consecución de los valores superiores del ordenamiento a través de la aplicación del Derecho entra a formar parte esencial en la justificación de un poder judicial formalmente independiente pero sustancialmente vinculado al programa político-constitucional. Y es precisamente en la función política de la judicatura donde encontramos una de las funciones clave del Ministerio Fiscal actual, entendido como uno de los elementos correctores de la emergente independencia Política de los jueces y como uno de los instrumentos de estímulo para una vinculación entre la actividad Ministerio Fiscal ejerce 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”.

<sup>1142</sup> Vid., entre otros, JIMENEZ-BLANCO, “Relevancia constitucional del Ministerio fiscal”, en El poder Judicial, Vol. II, Instituto de estudios Fiscales , Dirección General de lo contencioso-administrativo del Estado de Madrid, 1983, Pág. 1.639

<sup>1142</sup> Vid. En apoyo de una posición autónoma del Ministerio Fiscal derivada del principio de la legalidad SERRANO ALBERCA, “Artículo 124”, en comentarios a la Constitución (GARRIDO FALIA y otros), Civitas, Madrid, 1985, Págs. 1823 y ss. O PÉREZ GORDO, “Naturaleza y funciones del Ministerio fiscal en la Constitución y en su estatuto Orgánico”, en El Poder Judicial, Vol.III, Dirección General de lo contencioso-administrativo del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, Págs. 2362 y 2382. La sujeción al principio de legalidad implicaría una integración del Ministerio Fiscal en Poder Judicial para MUÑOZ CALVO, “La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal”, en El poder judicial, Vol.III, Instituto de Estudios Fiscales, Dirección General de lo contencioso administrativo del estado, Madrid, 1983, Pág. 2156.judicial y las expectativas sociales generadas en torno a la aplicación del Derecho.

<sup>1143</sup> Vid. RUIZ VADILLO, “El principio de oportunidad reglada”, en La reforma del Proceso penal. II Congreso Procesal de Castilla y León, Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, Pág. 401.

Nunca antes de la Constitución de 1978 el principio de legalidad había sido configurado explícitamente como principio rector de la institución<sup>1144</sup>.

La sumisión al principio de legalidad del Ministerio Fiscal, lo ha regulado la constitución, y a partir de ahí, la polémica se ha abierto entre quienes piensan que no ha de interpretarse como algo distinto al deber general que a todos los poderes públicos alcanza lo que establece el artículo 9.1 CE<sup>1145</sup>, frente a quienes sostienen que constituye un importante punto de apoyo para sustentar una posición autónoma del Ministerio Fiscal, cuando no para reclamar un estatuto independencia de la institución similar al que disfrutaban los miembros del Poder Judicial<sup>1146</sup>.

#### **1.4 EL MINISTERIO FISCAL Y LA DOBLE PERSPECTIVA DE LA LEGALIDAD COMO OBJETO DE DEFENSA Y COMO PRINCIPIO INFORMADOR DE SU ACTIVIDAD.**

Coincide buena parte de la doctrina en señalar que la doble vertiente de la legalidad-objeto de defensa y principio rector- es otra de las notas singulares que caracterizan al Ministerio Fiscal como único órgano constitucional en quien convergen, al tiempo y explícitamente, la defensa y observancia de la ley<sup>1147</sup>.

---

<sup>1144</sup> Implícitamente, como señala SERRA, “Ministerio Fiscal” (voz), en Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, Barcelona, 1978, pág.413, habría estado reconocido en el artículo 105 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835 (cit.) y explícitamente en la base 15ª, 72, I de la Ley de Bases Orgánicas de la Justicia de 1974, como una redacción muy similar al actual artículo 124.2 CE: “El Ministerio Fiscal ejerce 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”.

<sup>1145</sup> Vid., entre otros, JIMENEZ-BLANCO, “Relevancia constitucional del Ministerio fiscal”, en El poder Judicial, Vol. II, Instituto de estudios Fiscales, Dirección General de lo contencioso-administrativo del Estado de Madrid, 1983, Pág. 1.639

<sup>1146</sup> Vid. En apoyo de una posición autónoma del Ministerio Fiscal derivada del principio de la legalidad SERRANO ALBERCA, “Artículo 124”, en comentarios a la Constitución (GARRIDO FALIA y otros), Civitas, Madrid, 1985, Págs. 1823 y ss. O PÉREZ GORDO, “Naturaleza y funciones del Ministerio fiscal en la Constitución y en su estatuto Orgánico”, en *El Poder Judicial*, vol.III, Dirección General de lo contencioso-administrativo del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, Págs. 2362 y 2382. La sujeción al principio de legalidad implicaría una integración del Ministerio Fiscal en Poder Judicial para MUÑOZ CALVO, “La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal”, en El poder judicial, vol.III, Instituto de Estudios Fiscales, Dirección General de lo contencioso administrativo del estado, Madrid, 1983, Pág. 2156.

<sup>1147</sup> Vid., entre otros, MARCHENA, El Ministerio Fiscal, su pasado y su futuro, Marcial Pons, Madrid, 1992, Págs. 124 y ss, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “La naturaleza y los principios rectores...”, Pág. 2377.

Conviene empezar a deslindar los vínculos que existen entre las dos lecturas de la legalidad en el artículo 124 CE, en la medida en que ambas se proyectan sobre distintos planos funcionales de la institución.

En este sentido, parece claro que cuando se habla de la defensa de la legalidad se esta refiriendo a la legalidad entendida como orden jurídico (objeto), cuya defensa procesal se encomienda al Ministerio Fiscal allí donde el interés público deba ser protegido.<sup>1148</sup>

Cuando se habla de la sujeción del Ministerio Fiscal al principio de legalidad, se esta ante un sentido de la legalidad que incide directamente en un determinado modo, forma o manera de entender la actuación del Ministerio Fiscal. Es pues una serie de directrices de actuación y comportamiento.<sup>1149</sup>

Diferenciados, así ambos campos o proyecciones de la legalidad, la inclusión del principio de legalidad en el artículo 124.2 CE es consecuencia directa de la condición del Ministerio fiscal como órgano público, en general, y de su función como defensor de la legalidad particular.

De otra parte, el principio de legalidad como principio rector del Ministerio Fiscal, supone tanto como sujetar su comportamiento a las disposiciones de la ley.

En este sentido, el único límite constitucional que se deriva del principio de legalidad es que la actuación del Ministerio Público habrá de ajustarse a los dictados de la ley<sup>1150</sup>.

Una garantía, sobre la arbitrariedad, que puede quedar cumplida tanto desde una rígida observancia del principio de obligatoriedad, como con la introducción de

---

<sup>1148</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 543.

<sup>1149</sup> Vid. SAINZ MORENO, “El ministerio Fiscal y la defensa...”, Pág. 154, “el Ministerio Fiscal tiene con el principio de legalidad una doble vinculación: su realización constituye su objetivo de pero también su límite(...) Doble sujeción (referida tanto a la organización en su conjunto como a cada uno de los miembro que la componen), que no es una reiteración, sino más bien lo contrario, pues la segunda opera como un freno frente a la primera, como una corrección del principio de unidad jerárquica”.

<sup>1150</sup> Conviene no obstante advertir la diferencia entre el principio de legalidad en la actuación del Ministerio Fiscal y el sometimiento único del Poder Judicial al imperio de la ley. En la función de promoción pública de la Justicia, a través de la ley, y sólo la ley, han de encontrar cauces de protección el interés público tutelado por la ley y la salvaguarda del interés social. Dentro del esquema procesal, es preciso que allí donde estos intereses están presente sean defendidos ante el órgano jurisdiccional, sin olvidar que la posición del Fiscal es una posición postulante y que los mencionados intereses pueden entrar en conflicto con intereses particulares cuya protección puede ser entendida como preferente. Por tanto, el Fiscal defiende la ley, pero una interpretación de la ley al fin y al cabo. En cambio, el poder Judicial resuelve definitivamente los conflictos intersubjetivos y sociales y en el ejercicio de tal función desde su posición imparcial y desde la imprescindible independencia, debe contemplar todo el interés concurrente; la interpretación judicial del Derecho y la resolución definitiva de los conflictos no puede hacerse sino desde el único sometimiento al imperio de la ley.

excepciones a través del principio de oportunidad reglada, de gran beneficio a parecer para la política criminal de España.

No parece que exista duda en admitir, en términos generales, que el sentido del principio de legalidad aplicado al Ministerio Fiscal tiene su raíz en el principio general del citado artículo 9 CE<sup>1151</sup>.

No es una reiteración constitucional lo establecido en el artículo 9 y 124.2 de la Constitución Española en cuando resulta de aplicación al Ministerio Fiscal, cuya función de promover la actuación del derecho quede sujeta no sólo a los márgenes que el derecho mismo permite, sino que quede sometida al principio de legalidad bajo los criterios de actuación que el derecho ordena, lo cual es sustancialmente diverso<sup>1152</sup>.

La diferencia entre la administración y el Ministerio Fiscal se da en que la Administración, que actúa dentro de los límites del derecho se mueve en cambio, por criterios de oportunidad política, esto es, por criterios de discrecionalidad, dentro de límites normativo más o menos difusos<sup>1153</sup>,

---

<sup>1151</sup> Vid. RUIZ VADILLO, “La actuación del Ministerio fiscal...”, Pág. 67. Sin embargo, el mismo autor se encarga de precisar más adelante que “el principio de legalidad, referido al Ministerio fiscal, tiene incluso unas especiales connotaciones que lo cualifican y de ahí probablemente la expresa y categórica referencia constitucional”.

<sup>1152</sup> Para MONTERO, Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, Pág.51, “cuando se dice que el Ministerio Público debe actuar conforme a la legalidad, no se está diciendo nada distinto de lo que dicen las constituciones cuando disponen que la administración Pública sirve a los intereses generales y actúa conforme a la legalidad, con sometimiento pleno a la ley”. Sin embargo, unas líneas más adelante, señala el mismo autor que “la Administración actúa conforme a la legalidad, no se está diciendo nada distinto de lo que dicen las constituciones cuando disponen que la Administración pública sirve a los intereses generales y actúa a la legalidad, con sometimiento pleno a la ley”. Sin embargo, unas líneas más adelante, señala el mismo autor que “la Administración actúa sometida a la ley, pero no con el exclusivo fin de aplicarla; se trata más bien, de una manera de decir que la administración sirve a los intereses generales o públicos de modo tal que para ella la ley es medio, límite o cobertura, pero no fin”. En nuestra opinión, si existe una diferencia importante entre el sometimiento a la legalidad del Ministerio Fiscal y la Administración, que el propio autor deja entrever; para el Ministerio Fiscal, la ley no es medio sino fin; la ley no actúa como cobertura o límite para el Fiscal cuya misión exclusiva y excluyente no es aplicar, sino postular y defender su aplicación. La inexistencia de condicionantes previos derivados de la relación jurídico-material en la postura procesal del fiscal es elemento determinante para comprender el alcance y sentido del principio de legalidad aplicado a la institución y también, como veremos más adelante, del singular significado que adquiere el principio de imparcialidad en la actuación del Ministerio público.

<sup>1153</sup> Vid. TOMAS-RAMÓN FERNÁNDEZ, “Arbitrariedad y discrecionalidad”, en Estudios sobre la Constitución española (Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría), Vol. III, Civitas, Madrid, 1991, Págs. 2301 y 2305, “la Administración dispone de una libertad, mayor o menor, para elegir la solución que considere más apropiada de entre varias posible...”, precisando más adelante que “a la Administración corresponde, desde luego, ejercer esa libertad, mayor o menor pero siempre limitada por el Derecho de elegir, en base a ella, las soluciones que le parezcan mejores. A los jueces y tribunales compete, por su parte, verificar en caso de conflicto, sin otras limitaciones que las de derecho, que es su único norte, les impone, si esa elección es conforme a los requerimientos de éste”.

El Ministerio Fiscal actúa, en el ejercicio de la acción pública, siempre de acuerdo con los criterios que prefije la ley para su actuación; mientras la Administración actúa delimitada por el derecho, el Ministerio fiscal actúa predeterminado por él. Significa, en otras palabras, que los criterios en la intervención del Ministerio Fiscal deben ser previstos y recogidos por la norma jurídica, han de ser reglados; en definitiva, si existe oportunidad, ésta no otorga libertad al Ministerio Fiscal para decidir si ejercita o no la acción, sino que debe adoptar la única decisión justa atendidos los márgenes, límites y criterios normativos<sup>1154</sup>.

Enlazada ésta última idea, el sometimiento del Ministerio Fiscal al principio de legalidad supone un pronunciamiento constitucional en el delicado debate sobre los criterios que han de regir el ejercicio de la acción pública.

La opción constitucional descarta: de una parte introducir el principio de oportunidad puro –exento de control<sup>1155</sup>–, que empezaría por chocar con el principio de seguridad jurídica, y de otra,

Descarta igualmente imponer con rango constitucional, el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción pública, que hubiera introducido una excesiva rigidez en una materia que debe estar dentro de ciertos límites, sujeta a distintas opciones sobre un determinado modelo de justicia penal<sup>1156</sup>.

La solución constitucional pasa, lisa y llanamente, por dejar en manos del legislador la opción, con el único límite consistente en que dichos criterios han de estar regulados por ley. Es pues imperativo por parte de los legisladores tomar en consideración los beneficios que otorga para la política criminal el principio de oportunidad en el cual se concentran mejores esfuerzos para concretizar la persecución de delitos de lesa trascendencia nacional como lo es el terrorismo.

FLORES PRADA<sup>1157</sup> considera que la Constitución no impone el principio de necesidad sino que abre un campo que permite adoptar, tanto la obligatoriedad en el ejercicio de la acción pública como única regla, cuando un sistema mixto basado en la

---

<sup>1154</sup> RUIZ VADILLO, “La actuación...”, Pág. 68.

<sup>1155</sup> DÍEZ-PICAZO, L.M., “El poder judicial. Independencia del Ministerio Público”, en *El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, (obra conjunta dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA Y CLAVERO ARÉVALO), Civitas, Madrid, 1997, Pág. 223.

<sup>1156</sup> VIVES, “Comentarios a la ley de Medidas urgente de Reforma Procesal, II. La Reforma del proceso penal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, Págs. 118 y 119.

compatibilidad de la regla general de obligatoriedad con la introducción limitada del principio de oportunidad<sup>1158</sup>.

## 1.5 EL MINISTERIO FISCAL Y EL PRINCIPIO DE NECESIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL PUBLICA

Según la posición mayoritaria de la doctrina<sup>1159</sup>, el principio de necesidad de ejercicio de la acción penal viene establecido en el ordenamiento jurídico español precisamente en el artículo 105 LECRIM, que reza “los funcionarios del Ministerio fiscal tendrán obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes...”<sup>1160</sup>

En el contexto del Estado de Derecho en España, el principio de necesidad en el ejercicio de la acción penal vendría a cerrar el sistema de garantías del conjunto de la legislación penal<sup>1161</sup>.

---

<sup>1157</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 554.

<sup>1158</sup> En efecto, como señala VIVES, “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, en Poder Judicial, núm. Especial II, Pág. 108, “de la misión de defender la legalidad no se sigue más que la obligación de ejercitar las acciones penales en tanto la ley configure ese ejercicio como obligatorio. Tal sucede en todo caso, en la actualidad. En efecto, el artículo 105 LECRIM dispone que “los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que estimen procedente. Pero la ley podrá otorgar un margen al principio de oportunidad. Y ese margen no tendrá por qué ser constitucionalmente ilegítimo”.

<sup>1159</sup> Vid., por todos, MORENO CATENA, Derecho Procesal Penal, (con GIMENO Y CORTÉS), Colex, Madrid, 1996, Pág.166.

<sup>1160</sup> Según AGUILERA DE PAZ, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (segunda edición), Tomo I, Reus, Madrid, 1923, Págs. 564 y 565, “como el Ministerio fiscal ejerce sus propias funciones por delegación del poder público cooperando el representación y por acción del mismo a la realización de un fin social indispensable para la vida jurídica de los pueblos, cual es la administración y efectividad de la justicia penal, desde luego se comprende que tengan el carácter de obligatorias las funciones propias de la misión encomendada al mismo. Este es el concepto que le atribuye el citado artículo 105, según el que, es un deber de los funcionarios del Ministerio fiscal, y que los mismos no pueden dejar de cumplir sin incurrir en determinadas responsabilidades (...) el de ejercitar con arreglo a las disposiciones legales, todas las acciones penales que consideren procedentes...”.

<sup>1161</sup> Vid. GIMENO, Derecho Procesal penal (con MORENO CATENA Y CORTES), Colex, Madrid, 1996, Pág. 65: “El fundamento del principio de legalidad hay que encontrarlo en el “positivismo legal científico” y en el movimiento codificador del s. XIX, en que, sentada la ficción de “plenitud del ordenamiento jurídico”, el papel del Juez había de reducirse a ser un mero autómatas aplicador de la ley, cuando se hubieren cumplido sus presupuesto y... “sin preocuparse del sentido y espíritu de la ley, condenar si el sonido de la palabra condena, y si lo absuelve, absolver” (FEUERBACH). Esta concepción, unida a las doctrinas “retribucionistas” en torno la pena, originará el nacimiento de la afirmación, contenida en el artículo 100

La búsqueda de la seguridad jurídica consagro el principio de legalidad en el derecho penal material, incorporando las categorías de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y penalidad como elementos esenciales del delito bajo el aforismo “**nullum crimen, nulla poena sine (praevia) lege.**”

La seguridad jurídica viene a exigir, del mismo modo, erradicar la in tempestividad y arbitrariedad características de la acción penal de regímenes antiguos<sup>1162</sup>, introduciendo la previsibilidad en la actuación del derecho penal material a través del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción por el Ministerio Fiscal<sup>1163</sup>.

Conviene detenerse en el fundamento jurídico-político de la obligatoriedad que enlaza directamente con la arbitrariedad, tomando en consideración el aforismo de que “los jueces no han de interpretar la ley sino limitarse a aplicarla,” del mismo modo que los fiscales, ante el delito, no valorarán la oportunidad sino que procederán obligatoriamente<sup>1164</sup>.

Se trata, entonces en este orden de planteamientos de eliminar del input de la justicia penal los criterios discrecionales, sometiendo por ende el ejercicio de la acción penal a una suerte de funcionamiento reglado por la ley y atribuido a un órgano imparcial de tal suerte que la posibilidad y con ella la discrecionalidad quedaba, básicamente, sustituida por la obligación<sup>1165</sup>, trayendo con ella la seguridad<sup>1166</sup>.

---

LECRIM, según la cual “de todo delito nace acción penal para el castigo del culpable”, la cual será interpretada en el sentido de que “de todo delito ha de derivarse necesariamente el castigo del culpable”.

<sup>1162</sup> Una idea bastante aproximada del modelo de justicia penal en el antiguo régimen, puede verse en BECCARIA, *De los delitos y las penas*, Alianza Editorial, Madrid, 1995; TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España*: Ariel, Barcelona, 1996 y del mismo autor *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, (2ª edición), Madrid, 1992. Sobre la arbitrariedad que presidía tal sistema señala PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El despotismo y los jueces”, en ABC, 14 de mayo de 1997: que “uno de los signos externos de aquella situación eran las fórmulas de detención por orden del Rey que existían en la Monarquía francesa, las famosas lettres de cachet. Se justificaba una orden de detención con la siguiente fórmula: car tel est mon bor plaisir, que traducido al castellano significa porque me da la gana, en este caso, real gana”.

<sup>1163</sup> A este modelo responde, básicamente, el sistema italiano tras la Constitución de 1948, en el que la obligatoriedad de la acción penal no haría necesario prever mecanismos de dirección externa, estímulo o verificación in itinere en el ejercicio de la acción pública, vid. DI FEDERICO, “Obbligatorietà dell’azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità”, *La Giustizia Penale*, III, 1991, Pág. 151.

<sup>1164</sup> Recuérdese, a este respecto, la teoría de MONTESQUIEU sobre el Poder Judicial y la configuración de dicho poder en los primeros compases del Estado liberal.

<sup>1165</sup> Sólo el supuesto del deber de abstención permitía a los fiscales dejar de cumplir el deber de acusación forzosa, vid. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Criminal I*, Madrid, 1923, Pág. 565 (cit. por PEDRAZ, “El principio de proporcionalidad...”, Pág. 363).

<sup>1166</sup> El sistema italiano que arranca del artículo 112 de la Constitución y se basa en un Ministerio Público independiente como pieza clave del equilibrio entre poderes, responde al fundamento, como señala DE

Este planteamiento que a en criterio personal puede considerarse adecuado se deduce como lo pone de manifiesto FLORES PRADA<sup>1167</sup> con respecto a la Circular de la Fiscalía del TS de 12 de septiembre de 1884 cuando afirma que “lo que para los ciudadanos constituye un derecho, es deber ineludible del Ministerio Fiscal, a quien, a parte de otras muchas disposiciones, la citada ley, en el artículo 105, impone la obligación de ejercitar, con arreglo a la misma, todas las acciones penales que considere procedentes, haya o no acusador privado, menos aquéllas que el Código penal reserva exclusivamente a la querrela privada”<sup>1168</sup>.

En este sentido, la flexibilidad introducida por el artículo 105 LECRIM con la expresión “que consideren procedentes”, puede suponer una devaluación del principio de obligatoriedad en relación con el precedente citado de la LOPJ de 1870.

Parece por consiguiente, que la procedencia que debiera estimar el Fiscal es, exclusivamente, una procedencia jurídica, esto es la constatación de la apariencia delictiva de los hechos que se someten a su consideración.

Se comprende, así, que la obligatoriedad no pueda eliminar un cierto grado de autonomía funcional del Ministerio Fiscal para apreciar si los hechos constituyen o no delito o falta de las previstas en el Código Penal<sup>1169</sup>.

La obligatoriedad se mueve, más propiamente, en un momento posterior: una vez que los hechos son considerados aparentemente delictivos, al fiscal no le queda, entonces,

---

LUCA, “Esercizio dell’azione penale: principio di obbligatorietà e acquisizione della notizia criminis”, en *Giurisdizione e cultura della legalità. Le regole del processo penale alla prova. Convegno organizzato dalla Commissione giustizia della Camera dei deputati*, Roma, 8 y 9 de julio de 1993, Publicaciones de la Cámara de los Diputados, Roma, 1996, Pág.40, “del ideal de la obligatoriedad de la acción penal, sancionada or el artículo 112 de la constitución, conforme con el principio de racionalidad formalística y abstracta, en virtud del cual es posible predeterminar en modo unívoco las situaciones de hecho y de derecho que legitiman el ejercicio de la acción penal: el paradigma cultural de referencia viene representando por la idea iluminista según la cual los comportamientos deben obedecer a un estándar de uniformidad resultando del todo previsibles; la arbitrariedad viene eliminada y las relaciones con el poder carecen de razón de ser”. Vid., en el mismo sentido, ZAGREBELSKY, V., “Indipendenza del Pubblico Ministero e obbligatorietà dell’azione penale”, en *Pubblico Ministero e accusa penale. Problema e prospettive di riforma*, AA:VV, Giustizia penale oggi/4, Zanichelli, Bologna, 1979, Págs. 5 y 6.

<sup>1167</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 543.

<sup>1168</sup> En el mismo sentido, Memoria de la fiscalía del tribunal Supremo de 1933.

<sup>1169</sup> En este sentido, CHIOVENDA, *Principios de derecho Procesal Civil* (trad. Casais y Santaló), Madrid 1977, Pág. 581; GOMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Madrid, 1951, Pág. 528 y 529. Este margen de autonomía funcional, anterior a la decisión del ejercicio de la acción, se concreta, como señala RUIZ VADILLO, “El principio de oportunidad...”, Págs. 397 y ss., en múltiples ejemplos que evidencian la imposibilidad de someter dicha operación de calificación jurídica a reglas automáticas, más allá de la sujeción a la ley del Ministerio Fiscal.

otra salida que ejercitar la acción penal; es en esto en lo que consiste incorpora el principio de necesidad.<sup>1170</sup>

Pues bien, la principal nota de flexibilidad en el principio de obligatoriedad del artículo 105 viene principalmente de la obligación que tiene el ministerio Fiscal de ejercitar la acción penal con arreglo a las disposiciones de la ley.<sup>1171</sup>

Es la ley la que puede matizar esta obligación, como de hecho viene ocurriendo en el ámbito de la legislación penal material y procesal, mediante la previsión de supuestos de ejercicio condicionado de la acción penal pública.<sup>1172</sup>

Como señala GIMENO<sup>1173</sup> “que el principio de legalidad sea manifiestamente hegemónico no significa que el de oportunidad esté totalmente ausente. Subsisten manifestaciones lícitas de este último principio como lo señala CONDE PUNPIDO FERREIRO en la LECRIM, y en la legislación material”<sup>1174</sup>.

La legislación de España, ni ha otorgado al principio de obligatoriedad rango constitucional, ni se piensa por parte de algunos tratadistas que la legislación ordinaria (artículo 105 LECRIM) se oponga a una interpretación flexible del mismo siempre que la acción penal tenga que ejercitarse con arreglo a las disposiciones de la ley; unas disposiciones que, hasta el momento, descansan, bien es cierto, sobre la regla general de

---

<sup>1170</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 534.

<sup>1171</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 535

<sup>1172</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 535.

<sup>1173</sup> GIMENO “Derecho procesal Penal”, Págs. 67 y 68. El principal exponente del principio de oportunidad en nuestro código procesal Penal lo constituye, a juicio de GIMENO, la institución de la conformidad (Art. 655, 694-700), la cual vendría a encuadrarse dentro de los sistemas “puros” de transacción penal (sic). “En el código Penal existen, de igual modo, manifestaciones de dicho principio, clasificadas, siempre según el autor citado, en directas e indirectas. Al primer grupo pertenece la denuncia en los delitos semipúblico que el Código Penal de 195 ha incrementado notablemente (Art. 191, 228,215.1, 267, 287,201.1, 162.2, 620.2 II, 621.6,624), la querrela en los privados (Art.215.1), la querrela o denuncia del Ministerio Fiscal, Abogado del Estado, Seguridad Social, de la Comunidad Autónoma o Corporación Local en los supuestos contemplados en los Art. 305.4,307.3y 308.4 y el perdón del ofendido (Art..201.3, 215.3, 267.3 y 639.3); de entre las segundas, cabe destacar la “licencia” del juez o tribunal en las injurias o calumnias vertidas en juicio y análogos (Art.215.2),la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (Art.. 80-87), la sustitución de penas privativas por limitativas de derechos (Art.88 y 89), el indulto (Art.103.3). Destaquemos asimismo que, con claro precedente en la LO 1/1988, de 24 de marzo que incorporó el artículo 93 bis al anterior CP, el Art. 87 prevé el otorgamiento de la suspensión condicional al toxicómano, no reincidente y deshabitado o que se someta a tratamiento de desintoxicación, quedando condicionado dicho beneficio a su cumplimiento y no reincidencia y que los Art. 105 y ss. Autorizan al juez a sustituir medidas de seguridad que entrañen pérdida de libertad por otras de control judicial limitativas de derechos”. Finalmente apunta GIMENO que el Art. 579 CP faculta al órgano jurisdiccional a rebajar la pena uno o dos grados a los “terroristas arrepentidos”.

<sup>1174</sup> Vid. CONDE-PUNPIDO FERREIRO, “El principio de oportunidad reglada...”, Pág.302.

obligatoriedad, pero que, en virtud de los principios de proporcionalidad<sup>1175</sup> e intervención mínima, bien pueden dar entrada a supuestos de oportunidad siempre y cuando se trate de una oportunidad reglada por la propia ley<sup>1176</sup>.

Con la entrada en vigor de la constitución, este modelo legal manifiesta CONDE PUNPIDO FERREIRO contenido en la LECRIM no ha sufrido especiales convulsiones habida cuenta de que el texto constitucional aborda esta cuestión como un problema de límites y no desde una imposición de modelos. Con anterioridad a la entrada en vigor de la constitución, e incluso después de la publicación de la misma, se observa en no pocas ocasiones una suerte de identificación entre los principios de necesidad y legalidad cuyos efectos exceden de una mera discusión terminológica<sup>1177</sup>.

Esta identificación ha conducido, a su vez, a establecer una identidad entre el principio de legalidad consagrado en el artículo 124.2 CE y el principio de obligatoriedad o necesidad en el ejercicio de la acción penal, convirtiendo a este segundo en una consecuencia directa del primero<sup>1178</sup>.

---

<sup>1175</sup> La proporcionalidad, como señala PEDRAZ, “Principio de proporcionalidad...” `Pág. 348 y 349, “encuentra significado en tales coordenadas (la moderna concepción y alcance de los derechos fundamentales), máxime cuando viene entendida como criterio de lo razonable en la actuación de los poderes públicos, en la medida en que implica, como medio de protección del status civitatis, establecer límites a la intervención estatal, en la consecución de una armonía entre los intereses generales que ha de perseguir y los fundamentales de los individuos y grupos, que sólo justificada y extraordinariamente pueden ser lesionados, y siempre que no se sobrepase lo estrictamente necesario para la consecución del fin pretendido”. Entenderemos, pues, que la proporcionalidad, como criterio o principio que debe medir y ponderar la profundidad de la intervención pública, es perfectamente aplicable para regular y matizar la respuesta del Estado ante la infracción criminal, que ni puede ser, siempre y en todo caso, automática, ni tampoco es conveniente que lo sea.

<sup>1176</sup> Según MORENO CATENA, Derecho Procesal Penal, Págs. 166 y 161 “es de todo punto deseable de lege ferenda introducir en nuestro ordenamiento el principio de el principio de oportunidad para los supuestos delictivos de menor entidad y en los casos y forma que legalmente se establezcan...”.

<sup>1177</sup> Identificando ambos principios pueden consultarse, entre otros, PEDRAZ, “Principio de proporcionalidad y principio ..”, Ob., Pág. 362, AUGER, “El principio de oportunidad reglada”, en II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, Pág.279, RUIZ VADILLO, “El principio de oportunidad...”, en II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León, Ob. Cit., Pág.405; ANDRÉS IBÁÑEZ, “Entre política y derecho: el estatuto del actor público en el proceso penal”, en Proceso penal y actuación de oficio de jueces y Tribunales, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, Pág.32.

<sup>1178</sup> Sin embargo, como señala con claridad GUARNIERI, Publico Ministerio e sistema político, CELAM, Adoba, 1984, Pág.135, el principio de obligatoriedad no puede ser considerado en la mayoría de los regímenes democráticos, sino principalmente porque existen serias dudas de que dicho principio sea el mejor camino para realizar efectivamente el principio de legalidad también en el campo penal. A partir de la entrada en vigor del nuevo Código de procedimiento penal italiano de 1988, no faltan autores que señalan la necesidad de una relectura del principio de obligatoriedad: vid., entre otros, BORRACCETI, “Archivazione, indagini perliminari e obbligatorietà dell’azione penale”, en *Questione Giustizia*, 3, 1989, Págs. 569 y ss; MARAFIOTI, “L’archivazione tra crisi del dogma di obbligatorietà dell’azione penale de opportunità di fatto”,

Al clarificar en lo posible esta cuestión conviene señalar, que el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, como proyección del principio de legalidad en la actuación de los poderes públicos, tiene su principal objeto en hacer previsible y controlable el ejercicio de la acción pública mediante su sujeción a las reglas establecidas en la ley.

Ahora bien, dichas reglas pueden prever que la acción pública se ejercite en todo caso con absoluta obligatoriedad o bien pueden prever la misma ley que, en determinados supuestos, la acción pública no se ejercite siempre que concurren determinados presupuestos legales oportunidad reglada.

En suma, se trata de poner de relieve que la sujeción del ejercicio de la acción pública a las previsiones de la ley no tiene porqué articularse, única, y exclusivamente a través del principio de obligatoriedad<sup>1179</sup>.

Puede considerarse que la constitución de España al establecer el principio de legalidad como principio rector de la actividad del Ministerio Fiscal, no podría estar imponiendo modelo alguno; tan sólo está fijando los límites legales a los que, en todo caso, debe someterse el ejercicio de la acción pública.

En consecuencia, sólo cuando la ley faculta libre e incondicionadamente al Ministerio fiscal para decidir sobre la persecución de los hechos aparentemente delictivos se estaría en un ejercicio legítimo del principio de oportunidad puro, ante una trasgresión del principio de legalidad constitucional del artículo 124.2<sup>1180</sup>.

---

en Cassazione penale, I, 1992, Pág. 207; MAGLIARIO, “Discrecionalita e obbligatorietà nell’azione penale”, en *Questione Giustizia*, I, 1991, Págs. 141 y ss.

<sup>1179</sup>CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “El principio de oportunidad reglada...”Pág.293 “la polémica de si la oportunidad reglada se opone a la legalidad está hoy superada, tanto en la doctrina como en las mismas legislaciones de los países que se estiman constituidos en Estados de Derecho” (vid., en apoyo de tal argumento, DA COSTA ANDRADE, “Consenso e oportunidade”, en *Jornadas de Derecho Penal*, centro de Estudios Judiciarios, Livrarira Almedina, coimbra, Pág. 320 y FIGUEIREDO, “Sobre os sujeitos processuais no novo Codigo de processo penal”, en las mismas *Jornadas*, Págs. 325 y 327. en realidad, todos aquellos autores que construyen la confrontación entre oportunidad reglada y obligatoriedad, como manifestaciones posibles del principio de legalidad justifican el argumento que sostenemos.

<sup>1180</sup> Como señala PEDRAZ, “Principio de proporcionalidad...”, Ob. Cit., Pág.364, “para la mayoría de los que defienden la acogida en nuestro ordenamiento del principio de oportunidad, únicamente sería aceptable el denominado reglado, normado o bajo condición; es decir, rechazando el puro o libre según el cual el Ministerio fiscal – que en ningún supuesto podría “...disponer de forma omnimoda o arbitraria de su capacidad de acusar”- “debe tomar la opción de hacerlo o n en función de criterios axiológicos que...(vendrían) dados por el propio sistema procesal (sistema del plea guilty o plea bargaining)”. Vid, en este sentido, GIMENO, “Algunas Sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación

En este enfoque, mientras que la ley imponga reglas que garanticen el principio de seguridad jurídica en el ejercicio de la acción penal, haciéndola previsible y controlable como ocurre en el artículo 105 LECRIM, se estará ante una de las opciones que la misma Constitución de España permite.

## **1.6 EL MINISTERIO FISCAL ENTRE LA OBLIGATORIEDAD Y LA DISCRECIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL**

En una estructura pública de acusación, existe básicamente dos modelos ideales para fundamentar el ejercicio de la acción penal: de una parte, un modelo basado en el principio de obligatoriedad que impone al Estado el deber de perseguir todas las infracciones penales y de otra, un modelo basado en el principio de discrecionalidad, en el que el ejercicio de la acción depende en mayor o menor medida, de la voluntad de los órganos de acusación<sup>1181</sup>.

En la práctica manifiesta CABEZUDO RODRIGUEZ, el carácter tendencial de ambos principios hace que –salvo contadas excepciones<sup>1182</sup>- difícilmente pueda hablarse de

---

oficial”, en Justicia 88, Pág. 834; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal”, en El poder Judicial en Europa, II Madrid, 1989, Págs. 113 y ss., esp. Pág. 130; MORENO CATENA, “La justicia penal y su reforma”, en Justicia 88, Pág. 316; DELGADO BARRIO, “El principio de oportunidad en el proceso penal”, en II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León, Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, Págs.318 y 319; en lamisca publicación AUGER, “El principio de oportunidad reglada”, Pág. 286, RUIZ VADILLO, “El principio de oportunidad...”, Pág. 395.

<sup>1181</sup> Vid GÖSSEL, “Überlegungen zur Bedeutung des legalitätsprinzips im rechtsstaatlichen Strafverfahren”, en Festschrift für Hanns Dönebier, De Gruiter, Berlín, 1982, Pág. 121 (por GUARNIERI, Pubblico Ministero e Sistema., ob.cit., Pág.133). Se trata de un dilema que, como señala PEDRA, “Principio de proporcionalidad...”, Pág. 358 , ya fue situado en sus justos términos por GOLDSCHMIDT, J. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, Barcelona,1935, Pág. 73, al afirmar que sólo hay base para el contraste entre el binomio legalidad-oportunidad desde que el ius puniendo es asumido por el Estado, suscitándose pues la cuestión legislativa acerca de la perseguibilidad o no de todos los hechos punible y, en el segundo caso, de si la persecución habría de hacerse depender en cada supuesto, del arbitrio del acusador particular o estatal o, en el procedimiento de oficio del arbitrio judicial.

<sup>1182</sup> Los ejemplos más paradigmáticos de uno y otro modelo viene representadas por los sistemas norteamericano e italiano. Con respecto al primero de ellos vid. Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Unites Satates v. Nixon (524 F.2d 504, 5th. Cir., 1975) “el brazo Ejecutivo tiene exclusiva autoridad y absoluto margen para decidir si persigue un caso” (cit. por CABEZUDO RODRÍGUEZ, El ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica, Comares, Granada, 1996, Pág. 30, con amplias consideraciones sobre esta cuestión). En cuanto al modelo italiano y sin desconocer la larga polémica que tal principio vine planteando, ala que haremos referencia más adelante, conviene recordar que el artículo 112 de la Constitución de 1948 establece taxativamente que el Ministerio Público tiene la obligación de ejercer la acción penal.

manifestaciones puras o absolutas sino más bien de predominio de uno u otro principio en los distintos modelos de justicia penal<sup>1183</sup>.

Tomando en consideración una perspectiva actual del debate, es menester señalar que en los últimos años algunos países europeos vienen poniendo en cuestión la eficacia práctica del principio de obligatoriedad e incluso su adecuación al moderno contexto constitucional<sup>1184</sup>.

No se trata de transmutar el sistema, adoptando el principio contrario de discrecionalidad; se trata, esencialmente, de un cambio en los términos del debate, en el que frente a la discrecionalidad ya no se habla de obligatoriedad sino de principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal<sup>1185</sup>.

En consecuencia, los sistemas clásicos basados, respectivamente, en los principios de obligatoriedad/discrecionalidad vendrían ahora contruidos sobre el binomio

---

<sup>1183</sup> Como señala ARMENTA, *Criminalidad de bagatela...*, Pág.43, no hay duda de que en Alemania rige el principio de legalidad, sin perjuicio de que, dentro del marco de la llamada pequeña y mediana delincuencia, ningún autor dude en afirmar que las excepciones al principio de legalidad son tantas que puede hablarse, sin temor a error de la plena vigencia en el mismo del principio de oportunidad.

<sup>1184</sup> La conveniencia de introducir determinados mecanismos procesales basados en el principio de oportunidad quedó constatada, de una parte, en la Reunión de Helsinki de 1986, vid “Non-prosecution in Europe (proceeding of the European Seminal)”, en Publicaciones del Helsinki Institute for crimen Prevention, núm.9, 1986 (cit., por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal”, en Poder Judicial, núm. especial II, Pág.24) y , de otra parte, en la Recomendación No R(87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Medidas de simplificación de la justicia Penal. En Italia, donde el principio de obligatoriedad ha alcanzado, como se sabe, rango constitucional (artículo 112 CI), no faltan autores que vienen cuestionándose seriamente la vigencia efectiva y la utilidad práctica de dicho principio; vid., entre otro mucho, ZAGREBELSKY, V., “Indipendenza del pubblico ministero...”, Págs.9 y ss.

<sup>1185</sup> MARIO TORRES, “O principio de oportunidad o no ejercicio de acción penal”, en Cuadernos. Revista do Ministerio Publico, núm.2 (Jornadas de proceso penal), 1987, Pág.22 (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “El principio de oportunidad reglada...”, Pág. 291). En este sentido, puede decirse que quizá sea el caso italiano el que más llama la atención siempre que el principio de obligatoriedad está consagrado como se sabe constitucionalmente en el artículo 112. Los trabajos de la Comisión bicameral constituida para elaborar el Anteproyecto de reforma constitucional italiana han dedicado una parte importante de los debates a la modificación de la Justicia y, en concreto, al artículo 112 de la vigente constitución. Tras seis propuestas sucesivas del Diputado Boato (relator para la reforma del sistema judicial) no ha sido posible presentar un texto respaldado por toda la Comisión y, finalmente, serán presentados dos textos alternativos: 1) propuesta Boato, según la cual el artículo 112 quedaría con la siguiente redacción “el Ministerio Público tiene la obligación de ejercitar la acción penal. La ley establece las medidas idóneas para asegurar su efectivo ejercicio”. Esta propuesta constituye el punto final de seis sucesivos borradores en los que el mencionado Senador venía manteniendo la necesidad de matizar el principio de obligatoriedad desde las prescripciones de la ley. La segunda protesta final (2ª) , a cargo de los Diputados Parenti y Buttiglione y de los senadores Maceratini, Pera, Loiero y Lisi, más avanzada en cuanto a la reducción del principio de obligatoriedad , se concreta en los siguiente términos:

“El Ministerio Público ejercita la acción penal según las modalidades establecidas por la ley salvo que considere insubsistente la ofensividad del hecho o el interés público en su persecución. El ministro de Justicia

discrecionalidad/legalidad, esto es, libertad o regla jurídica previa en el ejercicio de la acción pública.<sup>1186</sup>

Sólo un cambio de término así de relevante, ha podido permitir y también delimitar la progresiva introducción del principio de oportunidad reglada en ordenamientos jurídicos tradicionalmente regido por el principio de obligatoriedad, uno de los casos es el de Guatemala, sin que ello haya generado una ruptura con el más amplio principio de legalidad<sup>1187</sup>.

Antes de tratar la proyección de este argumento en el ordenamiento español es necesario detenerse en dos cuestiones que reclaman una atención previa; de una parte resultar preciso hacer alguna consideración de orden terminológico habida cuenta de que, como se acaba de ver, abundan en este tema expresiones como discrecionalidad –ya sea pura, técnica, política o implícita-, legalidad –identificada o no con la obligatoriedad o necesidad-, oportunidad- libre, reglada, condicionada o incondicionada-, etc., que no siempre tienen un significado unívoco.

Junto a ello, consideramos que no es en modo alguno apropiado abordar esta cuestión desde una mera perspectiva técnica; los modelos de ejercicio de la acción penal son respuestas del sistema político, y como tales deben ser analizadas primera y principalmente a la hora de encarar una adecuada reforma del modelo de justicia penal.

En España, al igual que en otros países de la Europa occidental, el debate viene planteado en torno a los principios de discrecionalidad y legalidad.

Como se señalaba antes, la clásica oposición entre discrecionalidad y obligatoriedad ha venido desplazada hacia en binomio discrecionalidad/legalidad, que supone abordar el problema desde posiciones sustancialmente distintas.

El principio de oportunidad, entendido con GIMENO<sup>1188</sup> como “la facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones de su

---

informa anualmente al Parlamento sobre el estado de la Justicia, sobre la eficacia de las oficinas judiciales, sobre el ejercicio de la acción penal y sobre el uso de los medios de investigación”.

<sup>1186</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 545

<sup>1187</sup> De este parecer se muestra LÓPEZ BARJA, “El principio de...”, Pág. 57, cuando afirma que “no cabe decir, o al menos no debería decirse que existen sistemas penales en los que el principio de oportunidad. Y no puede así concebirse pues realmente en la actualidad no cabe pensar en un sistema que no acepte como premisa el principio de oportunidad. Lo único discutible serán sus contenidos, pero no su propia existencia. Es más, no puede definirse, hoy día, el principio de legalidad sin dejar un margen al principio de oportunidad”.

ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”, no se le opone ya la necesidad en el ejercicio de la acción penal sino el principio de legalidad según el cual el ejercicio público de la acción penal habrá de venir sujeta a los criterios preestablecidos por la ley, sin que al Ministerio Fiscal corresponda disponer de su actuación salvo en los casos y bajo las condiciones previstas en la norma jurídica<sup>1189</sup>.

Esta afirmación, constituye una básica aproximación al problema y también puede verse como un primer óbice.

Puede pensarse que el principio de discrecionalidad también quedaría cubierto por el principio de legalidad en cuanto es la ley, la propia norma, quien atribuye al órgano de la acusación pública tan amplias facultades<sup>1190</sup>, lo que por otra parte, constituiría una obviedad en un Estado de Derecho.

Conviene hacer notar, que ni el valor de la ley, ni los contenidos derivados del principio de legalidad tienen la misma traducción en los sistemas jurídicos continentales que en los sistemas del common law<sup>1191</sup>.

---

<sup>1188</sup> Vid. “Los procedimientos penales simplificados. (Principio de “oportunidad” y proceso penal monitorio)”, en Boletín de información del Ministerio de Justicia, núm. 1457, Pág. 7.

<sup>1189</sup> En cambio para GIMENO, Derecho Procesal...” Pág. 64, “un ordenamiento procesal está regido por el principio de legalidad cuando el proceso penal necesariamente ha de iniciarse ante la sospecha de la comisión de cualquier delito, sin que el Ministerio Fiscal esté autorizado a solicitar el sobreseimiento, ni el órgano jurisdiccional a otorgarlo, en tanto subsistan los presupuestos materiales que lo han provocado y se haya descubierto al presunto autor”.

<sup>1190</sup> El principio...” Pág. 63, para sostener que también la oportunidad discrecional o pura entraría dentro del principio de legalidad ex artículo 124.2 CE: “el argumento utilizado –la oportunidad, al ser reglada, se torna en legalidad, es convincente por sí mismo, pero no obstante, no es predicable, únicamente, del principio de oportunidad reglada, sino que también lo es del principio de oportunidad discrecional, puesto que si una ley admite que, cuando concurren criterios (que no supuestos) que amparen la oportunidad, no sea ejercitada la acción pública en supuestos en principio delictivos, es evidente que en el caso de que, en tales supuestos, el Ministerio Fiscal no acuse, actuará también dentro de la legalidad”.

En fijación del principio de legalidad, la Constitución no resulta tan indefinida como el autor pretende mostrar.

<sup>1191</sup> Lo cual, como señala AUGER, “Valore, principios y preceptos...”. Cit., Pág.103, no deja de ser un reflejo de un modelo político distinto al continental, donde la regla del precedente evidencia una concepción de la Justicia y el Derecho como fundamentalmente independientes del Estado y no como su emanación: “el Derecho es concebido como una regla de reparto de competencias en el seno de la sociedad civil y entre la Sociedad y el Estado, en lugar de ser un instrumento de tutela del segundo sobre el primero”. Para un estudio sobre el sistema procesal norteamericano y el tratamiento que él reciben los principios de legalidad y oportunidad pueden consultarse la primera parte del trabajo de VIVES, “Comentarios...” más recientemente. El completo estudio de CABEZUDO, “El Ministerio Público y la justicia negociada...”, Comares, 1996 y la muy completa relación bibliográfica y jurisprudencial que en él se acompaña.

En el estado de Derecho de cuño continental, la ley escrita constituye un incuestionable baluarte de la seguridad jurídica como medio de control y previsibilidad en la actuación de los poderes públicos.<sup>1192</sup>

A través de las reglas jurídicas, el ejercicio de la acción penal ha de garantizar la seguridad jurídica de modo que dicho ejercicio pueda resultar previsible mediante la sustitución de la libre decisión del órgano público por la decisión de la ley.<sup>1193</sup>

El principio de legalidad en el funcionamiento del Ministerio Público incorpora, pues, una garantía sustancial que impide la discrecionalidad, habiendo de ceñirse su actuación a reglas predeterminadas que posibilitan directamente el control la conducta del Fiscal.

Por ello entendemos que el principio de legalidad excluye la “oportunidad pura” en el ejercicio de la acción penal pero no la “oportunidad reglada” en cuanto que ésta posibilita el control y la previsibilidad en la actuación del Ministerio Fiscal, desde esta perspectiva es claro que la obligatoriedad supone, en el principio de legalidad, la opción más rígida<sup>1194</sup>.

Con base en lo señalado, el principio de legalidad aplicado al ejercicio de la acción penal exige que, constatada la relevancia criminal de uno hecho, los criterios de actuación del Ministerio Fiscal vengán predeterminados por la ley.

Y en un sistema regido por el principio de legalidad con predominio del principio de necesidad supone que sólo la ley puede prever en qué casos y bajo qué condiciones la acción penal puede dejar de ser ejercitada<sup>1195</sup> frente a este sistema, la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal conduce a que el órgano de acusación pueda libremente decidir si ejercita o no la acción ante un hecho que reviste los caracteres de ilícito penal, por lo que

---

<sup>1192</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 562.

<sup>1193</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 562.

<sup>1194</sup> El principio de obligatoriedad, tal y como lo define ZAGREBELSKY, V., “Indipendenza del pubblico ministero...”, Pág.3, supone “excluir que el Ministerio Fiscal pueda discrecionalmente decidir si enterar o no al Juez de una determinada una noticia de delito; significa también prever necesariamente instrumentos de control que no consientan al Ministerio Fiscal sustraerse a dicha obligación”.

<sup>1195</sup> Basta fijarse en las reformas procesales abordadas por los países de nuestro entorno para darse cuenta que, en rigor, el principio de oportunidad reglada introduce excepciones al principio de necesidad, vid. ARMENTA, Criminalidad de bagatela....” Págs.29 y 30. La cuestión se centra, a nuestro entender, en la flexibilidad o inflexibilidad del principio de obligatoriedad, esto es, en que la regla general de la persecución del los delitos como respuesta lógica del Estado ante la criminalidad pueda sujetarse a excepciones en determinados casos y circunstancias y bajo condiciones igualmente determinadas por la ley.

también es conocido como principio de oportunidad o, más precisamente, como principio de oportunidad puro<sup>1196</sup>.

Básicamente, pues, la diferencia entre ambos sistemas está en que el órgano público de acusación tenga libertad o no para decidir si ejercita la acción penal y, en consecuencia, que tal decisión sea o no susceptible de control<sup>1197</sup>.

La discrecionalidad no es, sin embargo, un concepto sólo aplicable a los sistemas penales donde rige el principio de oportunidad. Con frecuencia, en los ordenamientos presididos por el principio de legalidad, e incluso en aquellos que consagran explícitamente el principio de legalidad, e incluso en aquellos que consagran explícitamente el principio de obligatoriedad, se habla de zonas más o menos amplias de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal<sup>1198</sup>.

---

<sup>1196</sup> Cuando los pasos o condiciones para decidir la abstención de la acusación, señala CONDE-PUMPIDO, “El principio de oportunidad reglada...”, Pág. 291, se dejan al arbitrio del Ministerio Público nos encontramos ante una oportunidad libre, al modo del plea bargaining del derecho norteamericano. En dicho ordenamiento, como recuerda DÍEZ-PICAZO, L.M. “La configuración jurídico-política de la acusación pública en los Estados Unidos”, en *Tribunales de Justicia*, núm3, marzo, 1997, Pág.293, estamos ante una discrecionalidad “en el sentido más pleno del término, ya que no depende sólo de valoraciones técnicas (carácter inequívocamente delictivo de los hechos, solidez de las pruebas de cargo, etc.), sino que comprende también consideraciones de pura oportunidad (alarma social, gravedad del delito, uso óptimo de recursos escasos, interés público en la represión de ciertos tipos delictivos, etc.)”.

<sup>1197</sup> En el sistema norteamericano, como señala FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penales statunitense*, Giapichelli, Torino, 1987, Pág. 85 y 86, no existe principio constitucional alguno capaz, aunque fuere de forma indirecta, de ofrecer algún apunte de regulación de la actividad de la acusación. Antes bien, es precisamente otro principio constitucional, el de la separación de poderes, el que brinda a la jurisdicción justificación para su “pasividad” frente al proceso: los jueces no pueden debatir las opciones realizadas por el órgano de la acusación, integrado en el Poder Ejecutivo, responsable sólo frente al pueblo que le ha elegido (o al jefe del Ejecutivo en el ordenamiento federal). Más claramente señala DÍEZ PICAZO, L.M., “La configuración jurídico-política...”, Págs. 292 y 293, que es cierto que, tras la independencia, en la mayor parte de los nuevos Estados se introdujo, a nivel legal o incluso constitucional, una norma del siguiente tenor: “El acusador público ejercerá la acción penal con respecto a todos los delitos cometidos dentro de circunscripción”. Sin embargo y como pone de relieve el autor citado “el enunciado transcrito no ha sido jamás interpretado en el sentido de que el acusador público correspondiente está obligado a ejercer la acción penal por todos y cada uno de los delitos cometidos en su circunscripción. Más bien ha sido tradicionalmente entendido en el sentido de que el ejercicio de la acción penal por los delitos cometidos en cada circunscripción comete al acusador público; es decir, sólo el acusador público está habilitado para ejercer la acción penal (...) el principio de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal no ha hallado jamás un fundamento expreso en texto constitucional o legal alguno, sino que es herencia directa de la tradición jurídica inglesa”.

<sup>1198</sup> Como apunta CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “El principio de oportunidad reglada...”, ob.cit., Pág. 291, “ni el principio de legalidad ni el de necesidad de la acusación funcionan con carácter absoluto en ningún sistema, pues todos admiten excepciones a la regla, sea a través del reconocimiento de delitos privados, cuya persecución queda al arbitrio del ofendido, sea limitando la acusación en ciertos delitos públicos a que se den ciertos presupuestos o autorizaciones(...) Por ello se entiende que el incremento de los supuestos en que la persecución se sujeta a una condición es equivalente a la introducción del principio de oportunidad, hasta el punto que alguna Recomendación del Consejo de Europa – Recomendación DDR (87)18, del Comité de Ministros\_ aconseja a los Estados cuya Constitución no permite introducir la oportunidad, adoptar como

Así, suele distinguirse en ellos una zona de discrecionalidad llamada “técnica” junto a una discrecionalidad llamada “política”<sup>1199</sup>.

Si en base al libelo que se ha argumentado y anudado este esquema que aboga por el principio de oportunidad tómesese a cuenta, por un momento la distinción entre los dos momentos en que se descompone el ejercicio de la acción penal, esto es, constatación de los caracteres de infracción criminal y decisión de ejercer la acción, puede fácilmente advertirse que lo que se llama discrecionalidad técnica no es sino el margen imprescindible y necesario de autonomía de que gozan los miembros del Ministerio Fiscal a la hora de construir la calificación jurídica de los hechos<sup>1200</sup>.

En efecto, ningún ordenamiento, ninguna ley puede prever y regular la operación de subsunción encomendada al Ministerio fiscal por la sencilla razón de que se trata de una operación intelectual realizada caso por caso, ante infinidad de circunstancias y matices diversos que en cada causa concurren.<sup>1201</sup>

En cuanto a la discrecionalidad política, es preciso subrayar que sólo está contemplada stricto sensu en los ordenamientos basados en el principio de oportunidad.

Dicha discrecionalidad política supone, básicamente, orientar la decisión de ejercer o no la acusación en atención a razones de política criminal, habiendo señalado ya que, en la medida en que exija decisiones del poder político de carácter particular y negativo, resulta incompatible con el principio de legalidad<sup>1202</sup>.

Existe, sin embargo, un tercer brote de discrecionalidad en los ordenamientos regidos por el principio de legalidad; que según CONDE PUNPIDO FERREIRO es la llamada discrecionalidad sumergida o discrecionalidad implícita, directamente provocada por la imposibilidad efectiva de llevar a cabo una actividad de persecución de todas y cada

---

“medidas que tiene el mismo objetivo que el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal” el objetivo que el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal” el “aumentar el número de supuestos legales en que el ejercicio de la acción penal se sujeta a una condición”.

<sup>1199</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L.M., “El Poder Judicial. Independencia del...”, Págs. 223 y 224.

<sup>1200</sup> Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Entre política y derecho, Págs. 30 y 31. En la doctrina italiana, distinguen esta faceta de discrecionalidad MAGLIARIO, “Discrezionalità e obbligatorietà nell’esercizio...”, Ob. BIT., Págs. 142 y ss.

<sup>1201</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 565

<sup>1202</sup> Conviene matizar que la discrecionalidad política puede incidir en la actuación del Ministerio Fiscal diseñando líneas de política criminal que supongan ordenación de prioridades y asignación de medios pero no deben afectar, en nuestra opinión, a la decisión de no ejercer la acción penal –de ahí la prohibición de directrices particulares y negativas-. La oportunidad libre sí exige la orientación política como única forma de garantizar el control en la actividad del Ministerio Público, mientras que la oportunidad reglada se caracteriza porque los supuestos de exclusión de ejercicio de la acción penal han de venir establecidos por la ley.

una de las infracciones criminales de que tienen noticia los órganos encargados de la investigación oficial<sup>1203</sup>.

Dichos márgenes de discrecionalidad se reparten, según los sistemas, entre el Juez, Policía Judicial y Ministerio fiscal, quienes vienen constreñidos a filtrar, priorizar e intensificar la investigación de unas causas penales en detrimento de otras, ante la imposibilidad de procesar equilibradamente todas las noticias delictivas que el sistema recibe.

En otro orden de conceptos, es conocido que en los sistemas penales continentales y Latinoamericanos presididos por el principio de legalidad se está produciendo una progresiva amortiguación del principio de necesidad u obligatoriedad mediante la introducción de lo que se ha venido en llamar el principio de oportunidad reglada<sup>1204</sup>.

No se trata, de un cambio de modelo en cuanto no se cuestiona el principio de legalidad, sino más bien de contemplar, bajo las condiciones legales establecidas, determinados supuestos en que el ejercicio de la acción penal no devenga automáticamente obligatoria o dicho, más sencillamente, que pueda dejarse de ejercer la acción penal ante unos hechos que presentan todos los requisitos de la infracción criminal.<sup>1205</sup>

Cuando el órgano encargado de la acusación pública puede dejar de ejercer la acción penal en virtud de supuestos preestablecidos en la ley, que concreta la selección de los casos en que quepa la abstención y las condiciones que deben darse para que dicha abstención resulte legítima, con el oportuno sometimiento a controles que aseguren la certeza de los supuestos y la concurrencia de las condiciones, estamos ante el principio de oportunidad reglada<sup>1206</sup>.

---

<sup>1203</sup> Oportunidad subrepticia la denomina CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “El principio de oportunidad reglada...”, Pág. 303.

<sup>1204</sup> Incluso en Italia, la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal constitucionalmente consagrada, ha venido poniéndose en cuestión en los últimos años, no sólo por la ineliminable discrecionalidad que lleva implícita, sino porque no parece tampoco la mejor forma de hacer efectivo el principio de igualdad al dejar en manos de órganos difusos las líneas de ejercicio de la acción penal, vid. DI FEDERICO, “Obbligatorietà dell’azione penale...”, Ob. BIT., Págs. 155 y 156 y las declaraciones allí recogidas al respecto del Ministro de Justicia (1989) y del Presidente de la República, en este sentido. En la actualidad, dicho replanteamiento ha adquirido forma en el seno de la Comisión Bicameral para la reforma de la Constitución, en la que el relator Boato, tras sucesivas propuestas, ha logrado en la comisión un consenso para la reforma del artículo 112 de la Constitución.

<sup>1205</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 566.

<sup>1206</sup> Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “El principio de oportunidad reglada...” Págs. 290 y 291.

Si bien la expresión oportunidad reglada ha hecho fortuna en amplios sectores doctrinales, no nos parece un término que refleje rigurosamente la realidad de las cosas. La oportunidad, como sinónimo de discrecionalidad, quiere decir tanto como libertad de elección entre dos soluciones jurídicamente viables, sin que el ordenamiento imponga, más allá de la interdicción de la arbitrariedad, criterios generales o particulares según los cuales los poderes públicos deban inclinarse por una u otra opción<sup>1207</sup>. Es pues, el más claro ejemplo de decisión política, perfectamente entendible en modelos de Ministerio fiscal como el norteamericano, de legitimación popular y de control democrático directo<sup>1208</sup>.

No hay, sin embargo, discrecionalidad –libertad de actuación– en la oportunidad reglada en cuanto no es jurídicamente indiferente que se persiga o no un delito, como no es igualmente justo que se imponga o no una pena.

La oportunidad reglada opera con criterios jurídicos indeterminados, como interés público, interés social, resocialización, intervención mínima, impacto social, lesión social etc., que no brindan posibilidades de elegir con criterios de oportunidad sino que conducen a una única solución justa<sup>1209</sup>.

Con base en la oportunidad reglada, el Ministerio fiscal no es libre para decidir si ejercita o no la acusación sino que su decisión debe ser consecuencia directa de la aplicación de los parámetros establecidos en la ley<sup>1210</sup>.

Puede en relación al tema que se viene tratando de hacerse dos clasificaciones que ordenen los distintos sistemas de **oportunidad reglada simple o formal** que se limita a señalar, tomando como criterios de referencia de una parte se puede tomar en

---

<sup>1207</sup> Como sintetiza PAREJO, Manual de Derecho administrativo, (con JIMÉNEZ BLANCO Y ORTEGA ÁLVAREZ), Ariel, Barcelona, 1996, Pág.371, la jurisprudencia contencioso-administrativa (que el autor en abundancia) mantiene un concepto de discrecionalidad basado en los siguiente elemento: 1) confiere la discrecionalidad a la Administración la posibilidad de elección entre dos o mas alternativas igualmente legítimas, no fiscalizable judicialmente; 2) las posibilidades de actuación que otorga son de utilización potestativa para la Administración y 3) entrega a ésta la determinación del contenido de la decisión a adoptar en aplicación de la normativa correspondiente. Junto a ello, sigue señalando el autor, esa misma jurisprudencia advierte acertadamente que la discrecionalidad no supone exención del deber razonar y motivar las decisiones de modo suficiente, razón por la que no se confunde con la arbitrariedad y tampoco es incompatible ni con el servicio objetivo a los intereses generales ni con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

<sup>1208</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L.M. “La acusación pública en...”, Pág.293.

<sup>1209</sup> Vid. DELGADO BARRIO, “El principio de oportunidad en el proceso penal”, en II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, Pág. 318.

<sup>1210</sup> En este sentido, nos parece más apropiada la expresión selección reglada que utiliza DELGADO BARRIO “El principio de oportunidad...”, Págs.314 y ss; no obstante seguiremos utilizando la oportunidad reglada en aras de no introducir nuevos términos en un debate, ya de por sí suficientemente complejo.

consideración la tipología de la infracción y también de otra parte se puede tomar en consideración la pena prevista en el tipo, determinados supuestos donde el Ministerio Fiscal puede abstenerse del deber de acusar.<sup>1211</sup>

Junto a este modelo, está la llamada **oportunidad reglada material**, donde existe regla de modo que no sólo se establece el elenco de tipos o pena sino que se incluye, con mayor o menor exhaustividad, un conjunto de presupuestos que el Ministerio fiscal habrá de valorar a la hora de decidir ejercitar o no la acusación. Se habla en este caso de oportunidad reglada de conceptos tales como reincidencia, frecuencia delictiva, seguridad ciudadana, interés público en la persecución, toxicomanía del delincuente, etc., que acotan la previsibilidad de la actuación del Ministerio Público y permiten someterla a control posterior de la autoridad judicial.

Finalmente, en un segundo grupo puede distinguirse la oportunidad reglada condicionada o incondicionada, según que la suspensión del ejercicio de la acción penal vaya acompañada de medidas de reinserción, alternativas a la pena o bien se imponga sin más condiciones<sup>1212</sup>. En Guatemala existe lo que es la suspensión condicional de la persecución penal que más adelante se analizará detenidamente.

## **1.7 EL MINISTERIO FISCAL, EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA ACCION PENAL Y EL SISTEMA POLITICO**

Conviene advertir que un análisis profundo del presente epígrafe<sup>1213</sup>. Nos llevaría extensas y profundas consideraciones pero se trata de un empeño mucho más modesto; con el cual se pretende introducir algunas reflexiones que muestren la decisiva influencia que,

---

<sup>1211</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 567.

<sup>1212</sup> Sobre tal distinción puede verse CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “El principio de oportunidad...”, Pág., 294 y 307, considerando la suspensión de la acusación con sometimiento del imputado a reglas de conducta, cuyo cumplimiento en el plazo establecido haría definitivo el desistimiento de la acusación, como la forma más apta para introducir en nuestro sistema procesal el principio de oportunidad reglada.

<sup>1213</sup> Para una aproximación a la variedad de problemas que suscita la acción penal y su relación con el sistema político puede verse el interesante estudio de CHIAVARIO, L'azione penale tra diritto..., ob.cit.

en un contexto determinado, proyectan los principios del sistema político sobre el modo de concebir el ejercicio de la acción penal<sup>1214</sup>.

Resulta, a propósito del presente trabajo, un punto de partida útil para poder contrastar más adelante el grado de adecuación del actual modelo de acción penal de España y de Guatemala en relación con los principios constitucionales y, en particular, la conveniencia de introducir en él ordenamiento español el llamado principio de la oportunidad reglada<sup>1215</sup>.

Hechas estas consideraciones puede afirmarse que el modo en que viene organizada la acción penal constituye una decisión de primer orden en el marco del sistema político<sup>1216</sup>.

En los modernos sistemas democráticos el ejercicio de la acción penal cumple la exigencia de asegurar que un poder tan relevante para la libertad, igualdad y seguridad de los ciudadanos, así como la eficacia de la política contra la criminalidad, venga ejercitado no de un modo arbitrario, sino sometido, hasta donde sea posible, a criterios uniformes, coordinados e iguales para todos y respetuosos, al tiempo, con la dignidad humana<sup>1217</sup>.

Así, y de esta manera en la órbita de la acción penal se mueven no sólo los principios de legalidad o discrecionalidad, sino también la opción por un modelo difuso de acción popular frente a un modelo público concentrado, burocratizado y jerarquizado (francés), bien personalizado (italiano)-; un régimen de monopolio de la acción pública en

---

<sup>1214</sup> Como introducción al problema general de la acción en el derecho procesal y las relaciones entre acción, ideología y sistema político desde una perspectiva histórica vid. ORESTANO, "Azione" (voz), en Enciclopedia del Diritto, vol.IV, Giuffrè, Milano, 1958, Págs. 785 y ss.

<sup>1215</sup> Con la anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, era dominante en la doctrina española la proscripción de toda oportunidad en el ejercicio de la acción penal, como trasunto de la prohibición de discrecionalidad en la actividad funcional; vid., entre otros, FENECH, Curso elemental de derecho procesal penal, I, 1945, Pág.27 y JIMÉNEZ ASENJO, Derecho procesal penal, I, s.f., Pág. 103, lo cual no deja de ser curioso habida cuenta de la discrecionalidad pura y sin control ejercida por el poder político en un régimen esencialmente autoritario.

<sup>1216</sup> No parece exagerado afirmar, a juicio de DÍEZ-PICAZO, L.M., "La configuración jurídico-política...", ob.cit., Pág.291, "que el modo en que un ordenamiento regula la titularidad y el ejercicio de la acción penal posee una innegable relevancia constitucional; y ello en un doble sentido: primera, afecta a lo más profundo de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos; segundo, entraña un problema de reparto de atribuciones y control del poder dentro del aparato estatal". En la doctrina italiana vid. ZAGREBELSKY, V., "Indipendenza del pubblico ministero..." Pág.4, par quien el principio de obligatoriedad de la acción penal, entendida como decisión constitucional, resuelve un aspecto del principio de legalidad, asumiendo una esencial relevancia sobre el plano de la subdivisión de las competencias entre magistratura y es resto de los poderes del Estado. Más explícito se muestra DE LUCA. "esercizio dell'azione penale...", pág49, al decir que "no puede negarse que el Ministerio Público ejercita un poder que es también poder político, no sólo cuanto es expresión del poder del Estado, sino sobre todo porque, como subraya EASTON, incide de modo autónomo sobre el proceso de ordenación pública de los valores".

<sup>1217</sup> Vid. DI FEDERICO, "Obbligatorietà dell'azione penale...", Págs. 150 y 151.

el órgano de acusación frente a un sistema combinado con el reconocimiento de la acción popular; un control político directo, indirecto o inexistente en el caso de obligatoriedad; una mayor o menor intervención del Ejecutivo en la dirección de la política criminal y, finalmente, una mayor o menor garantía en la protección de los derechos fundamentales a lo largo de las actuaciones inherentes al ejercicio de la acción penal<sup>1218</sup>.

El punto esencial para ordenar tan complejo conjunto de elementos según AUGER “está en garantizar la interdicción de arbitrariedad mediante el establecimiento de eficaces sistemas de control en el ejercicio de la acción penal<sup>1219</sup>.”

Desde este criterio teórico, puede existir dos tipos de sistemas<sup>1220</sup>: de una parte, un sistema basado en el principio de oportunidad, donde el control político del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal puede venir garantizado, a su vez, desde dos esquemas orgánicos: una estructura burocratizada, jerarquizada y vinculada al Poder Ejecutivo en la que es el Gobierno quien responde ante el Parlamento del ejercicio de la acción penal<sup>1221</sup> (sistema francés) o bien, un sistema personalizado y electivo, donde el órgano de acusación responde periódicamente ante los ciudadanos en cada consulta electoral (sistema norteamericano estatal).<sup>1222</sup>

De otra parte, un sistema basado en el principio de legalidad/obligatoriedad donde la sustitución del control político por el control legal posibilita una estructura personalizada – independiente- y al tiempo funcional en los órganos de la acusación (sistema italiano)<sup>1223</sup>.

---

<sup>1218</sup> Sobre los modelos de organización del Ministerio Fiscal vid. GUARNIERI, *La democracia giudiziaria* (con PEDERZOLI), II Mulino, Bologna, 197, Págs.84 y ss.

<sup>1219</sup> No se puede entender este hilo conductor fuera de lo que AUGER, “valores, principios...”. Ob.cit.,Pág.105, denomina, desde la amplia y moderna relación entre política y derecho, como un reciente proceso de juridización que revela “la restauración de la creencia en las virtudes de la dogmática jurídica: el paso por el Derecho implica la suprema garantía para poner ciertos principios fuera de peligro, establecer una situación, regular comportamientos: el Derecho es considerado como una barrera y una protección contra los movimientos caprichosos, desordenados, erráticos de lo político”.

<sup>1220</sup> Vid. BORGNA e CASSANO, *II Giudice e il Principe. Magistratura e potere político in Italia e in Europa*, donzelli, Roma, 1997, Pág.70.

<sup>1221</sup> Sobre el control parlamentario del Gobierno por el funcionamiento de la estructura requirente vid. GUARNIERI, *Pubblico Ministero e sistema...* Pág.98.

<sup>1222</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 571

<sup>1223</sup> La referencia está hecha, en términos generales, a los sistemas que han adoptado en el modelo concentrado de ejercicio de la acción pública a través del Ministerio Fiscal o Ministerio Público. Por sus propias características, el sistema de acusación pública en Inglaterra debe merecer un estudio separado aun cuando en él se advierte también una preocupación por los problemas esenciales que en la actualidad viene planteando el ejercicio de la acción penal (control y responsabilidad política, uniformidad de criterios, diseño de la política criminal, etc.); sobre estas cuestiones vid. El trabajo de DÍEZ-PICAZO,L.M., “La acusación penal en Inglaterra”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 11, noviembre de 1997 Págs.10.97 y ss.

Según CABEZUDO RODRIGUEZ “Las frecuentes y progresivas combinaciones entre los principios de ambos sistemas, permiten constatar que ninguno de ellos logra resolver de un modo satisfactorio<sup>1224</sup>” el necesario control social sobre ejercicio de la acción penal<sup>1225</sup>, porque ambos han escindido dos elementos del control que resulta urgente conciliar; de una parte, los sistemas basados en la discrecionalidad permiten una selección en el ejercicio de la acción penal que contrapesan con el control político de su ejercicio, dando entrada así a criterios homogéneos en la política criminal que, sin embargo, terminan por impedir una previsibilidad en el comportamiento de los poderes públicos.”

De otra parte, los sistemas continentales basados en la obligatoriedad garantizan la certeza de la actuación pública convirtiendo la acción en automática, mientras que presentan graves carenciales en el control político del ejercicio de la acción penal haciendo poco menos que imposible la aplicación de criterios homogéneos en la dirección de la política criminal.<sup>1226</sup>

En cuanto al sistema español, conviene en una aproximación analítica modesta considerar de forma breve en las principales contradicciones que supone el principio de obligatoriedad en el marco del actual sistema político.

El ejercicio de la acción penal es producto, como señala GUARNIERI<sup>1227</sup>, del nacimiento del Estado de Derecho de cuño demoliberal.

La automaticidad en el ejercicio de la acción constituye una garantía frente a la arbitrariedad de los poderes públicos que, vendría a frenar la dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Ejecutivo, producto del modelo napoleónico francés<sup>1228</sup>.

---

<sup>1224</sup> Fuera de los sistemas concentrados, tampoco el modelo inglés, caracterizado por un ejercicio difuso de la acción penal, logra establecer mecanismos de control satisfactorios; vid. DÍEZ-PICAZO, L.M., “La acusación penal en...” Pág. 1.108.

<sup>1225</sup> DI FEDERICO, “Obbligatorietà dell’azione penale...”, Págs. 150 y 151.

Tampoco el modelo norteamericano de Ministerio Público está exento de críticas en este sentido; como señala GERSHMAN, “The prosecutor as a “Minister of Justice”, en 60 New York State Bar Journal, 1998, Pág. 64, la falta de control constituye una tentación demasiado fuerte para algunos Fiscales de cruzar la línea que separa el comportamiento ético del que no lo es, sobre todo cuando por medio de esta actitud se facilitan ciertos intereses personales, como el objetivo de ganar casos. En el mismo sentido VORENGER, “Decent restraint in prosecutorial discretion”, en 94 Harvard Law Review, 1981, Pág.1.525, cuando señala que no es sólo que el destino de la mayor parte de los inculcados por algún delito está determinada por el Ministerio público sino, más grave aún, es que tal disposición se lleva a cabo fuera del control público, sino más grave aún, es que tal disposición se lleva a cabo fuera del control público. (Las citas del sistema norteamericano son tomadas de CABEZUDO, El Ministerio Público y la justicia negociada...” Págs. 6 y 8 ).

<sup>1226</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 571.

<sup>1227</sup> Pubblico ministero e...”, Pág.134.

Este principio no sólo no viene replanteado sino agudizado en buena parte de los países europeos tras la segunda guerra mundial y la instauración del llamado constitucionalismo social<sup>1229</sup>.

La razón según CHIAVARIO es fácil de comprender: la reacción contra los abusos de que fue objeto la acción penal en los regímenes autoritarios europeos de la primera mitad de siglo XX<sup>1230</sup>, estamos pues, ante una segunda reacción que construye un principio –como ocurriera tras la revolución francesa– más por lo que intenta destruir que por lo que pretende construir.

A partir de los años setenta, sin embargo, este principio va a entrar en seria decadencia, dando entrada al principio de oportunidad reglada en las reformas procesales europeas recientes; lo que no significa, ni sólo ni esencialmente, una mera reforma técnica.<sup>1231</sup>

De una parte, los sistemas procesales europeos según el doctor DIEZ PICAZO han ido dotando al Ministerio fiscal de progresivos índices de independencia, con el paradigmático ejemplo italiano a la cabeza. Esta línea de independencia ha venido agravada por la ineliminable discrecionalidad que el colapso de la justicia penal produce en los órganos encargados de la acción penal<sup>1232</sup>.

De otra parte, el pretendido ejercicio automático de la acción penal ha venido impidiendo una coordinación de la política criminal produciendo un cierto desequilibrio institucional con una fuerte concentración de poder en manos del Poder Judicial<sup>1233</sup>, cuando no es manos del mismo Ministerio Fiscal<sup>1234</sup>.

---

<sup>1228</sup> Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional italiano en Sentencia 84 de 1979, “la obligatoriedad de la acción penal en la actividad del Ministerio Público, reintroducida en el ordenamiento con el d.l.it de 14 de septiembre de 1944 n. 288 (artículo 6), se encuentra constitucionalmente reconocida como elemento que concurre a garantizar, de una parte, la independencia del Ministerio Público en el ejercicio de su función y, de otra, la igualdad de los ciudadanos ante la ley”.

<sup>1229</sup> ZAGREBELSKY, V. “Indipendenza del pubblico ministero...” Págs. 4 y 5 y las referencias allí hechas a los debates de la Constitución italiana de 1948 en relación con los distintos modelos de ejercicio de la acción penal.

<sup>1230</sup> Vid. CHIAVARIO, *L'azione penale...* Pág.39.

<sup>1231</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 573

<sup>1232</sup> Sobre los peligros latentes en la independencia de la institución encargada del ejercicio de la acción pena vid. DÍEZ-PICAZO, L.M. “El poder Judicial...”, Págs. 225 y 226.

<sup>1233</sup> Como señala acertadamente GÖSSEL, “Ministerio Fiscal y Policía criminal en el procedimiento penal del Estado de Derecho, en cuadernos de política criminal núm.60 y 1996, pág619, integras al Ministerio Fiscal en el Poder Judicial “implicaría reconocer como tercer poder estatal no sólo al Poder Judicial stricto sensu, sino a la Jurisdicción ciertamente aumentada con las demás tareas de la Administración de Justicia (...) No parece razonable reunir en un solo poder estatal la Jurisdicción independiente, conjuntamente con partes

Junto a ello, el principio de intervención mínima y un replanteamiento del carácter retributivo de las penas han terminado poniendo en cuestión que el ejercicio del **ius puniendo** sea una obligación más que un derecho de estado.

Se esta como conclusión de las anteriores premisas, ante importantes quiebras o fisuras del sistema político que, de una u otra forma, hacen difícil un control eficaz del ejercicio de la acción penal.

Es entonces que debe ser preciso buscar mecanismos de control político del Ministerio fiscal que garanticen un ejercicio imparcial de la acción pública.

Ante tales efectos, la profundización en la autonomía funcional de la institución merece una atención sostenida.

De otra parte, el principio de legalidad brinda un marco inmejorable para flexibilizar el principio de obligatoriedad, introduciendo el principio de oportunidad reglada dirigido a convertir en legal la ineliminable discrecionalidad.

Resulta inequívocamente, conveniente introducir líneas de política criminal en el ejercicio de la acción penal que ha de resultar compatible con un espacio de autonomía para el Ministerio fiscal que impida la instrumentalización política de la institución<sup>1235</sup>; en suma y como diría HASSEMER<sup>1236</sup>, tanta legalidad como sea posible; tanto oportunidad como (política y económica en la actualidad) sea necesario<sup>1237</sup>.

---

dependientes de la Administración de Justicia, pues con ello se terminaría por difuminar las fronteras de separación entre el Poder judicial y el Poder Ejecutivo”.

<sup>1234</sup> Vid. DOMINIONI, “per collegamento fra ministro della giustizia e pubblico ministero”, en *Publico Ministero e accusa penale. Problema e prospettive di riforma*, AA.VV, Giustizia penale oggi/4, Zanichelli, Bologna, 1979, Pág.46.

<sup>1235</sup> Empezando, como señala VIVES, “doctrina constitucional...”, Pág. 109, por establecer claros límites al principio de oportunidad entre los que se encuentran el deber de fundamentación en la actuación o abstención del Ministerio fiscal, el catálogo reglado que debe contener la ley, y la vigencia del principio de obligatoriedad en los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

En este punto resulta paradigmático el ejemplo norteamericano, donde el principio puro de discrecionalidad se combina, en los casos de delitos cometidos por funcionarios, con la intervención de un Fiscal especial designado por la Asamblea de representantes, que no depende del gobierno.

<sup>1236</sup> Vid. “la persecución penal: legalidad y oportunidad”, (trad. Por Cobos Gómez de Linares), en *Jueces para la democracia*. núm. 4, septiembre de 1988, Págs. 8 y ss.

<sup>1237</sup> Señala, a este respecto, la Memoria de la Fiscalía General del Estado (Fiscal Sr. BURÓN BARBA), 1983, Pág. 24, que “oportunidad y legalidad no son siempre nociones opuestas, y lo mismo cabe decir la oportunidad e imparcialidad. El Ministerio Fiscal, modelado con la vista puesta en el proceso penal, prototipo de la aplicación del Derecho coercitivo necesario, no debe aventurarse en la apreciación de lo oportuno, pero tampoco debe oponer una cerrada resistencia a que la justicia pueda ser estimulada desde fuera con criterios de oportunidad razonables, siempre que lo que se estima oportuno, sea a la vez estrictamente legal, o dicho de otro modo más general, conforme al Derecho y a la Justicia”.

## 1.8. EL MINISTERIO FISCAL, EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA OPORTUNIDAD REGLADA

España es, lamentablemente a juicio de CONDE PUNPIDO FERREIRO junto con Italia, el único país de la Europa occidental que no ha dado entrada en su legislación al principio de oportunidad reglada<sup>1238</sup>.

En el caso italiano presenta mayores problemas –en cuanto el rango constitucional del principio de obligatoriedad exigiría una reforma constitucional que precisamente en estos días se discute- en España, en cambio, las causas hay que solucionarlas presionando al legislador a la hora de abordar una reforma global del enjuiciamiento penal.

Conviene, advertir en forma personal que no existe en España obstáculo constitucional alguno a la introducción del principio de oportunidad reglada, afirmación que para el la presente tesis es respaldada por la casi de la doctrina española<sup>1239</sup>.

Se ha estudiado que la garantía constitucional que aporta el principio de legalidad *ex* artículo 124.2 CE, consiste en la sujeción del ejercicio de la acción penal a reglas jurídicas predeterminadas, ya pueda reconducirlas el legislador ordinario a la obligatoriedad, ya pueda prever supuestos condicionados para su ejercicio.

No sería, pues, en el segundo caso, más allá de la autonomía funcional que el Ministerio fiscal tiene reconocida para la calificación jurídica de unos hechos, complementada ahora con la función de verificar la concurrencia de las condiciones que excepcionan el ejercicio de la acción penal<sup>1240</sup>.

---

<sup>1238</sup> Como Señala CONDE-PUMPIDO, “El principio de oportunidad reglada...”, ob.cit., Pág. 294, el principio de oportunidad, del que ya existían manifestaciones anteriores, fue reforzado en Alemania tras la reforma de 1974 y se admite en países como Austria, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Portugal, Noruega, Dinamarca, algunos cantones suizos, Gran Bretaña, Islandia, Chipre, Polonia y Francia, en algunos de ellos de forma genérica mientras que en otros sólo para determinados tipos de delitos o de delincuentes.

<sup>1239</sup> Vid., a favor de la introducción de dicho principio, entre otros, ALMAGRO, *El nuevo proceso penal...*, ob.cit., Págs. 395 y ss; MARCHENA, “El Ministerio Fiscal...”, Págs. 138, GIMENO, “La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español”, en *Revista de Derecho procesal*, núm. 3, 1992, Págs. 521 y 523; MORENO CATENA, “Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal”, en *Justicia* 1990, núm. 1, Pág. 73.

<sup>1240</sup> En este sentido apunta MENA ÁLVAREZ, “El principio de inoportunidad”, en *Jueces para la democracia*, núm.8, diciembre de 1989., que “otorga al Fiscal la facultad de elegir discrecionalmente entre las varias opciones previstas por el legislador es una fórmula impecable, constitucionalmente, acorde con nuestra tradición y no sería siquiera una total novedad en nuestro sistema, aunque eso sí, en relación con el principio que estamos comentando sería una oportunidad *Light*”.

Por lo tanto, puede advertirse la cuestión verdaderamente problemática no está en la posibilidad, sino en la conveniencia de introducir tal principio y, en su caso, en el grado, de minuciosidad o exhaustividad del legislador en la regulación de las condiciones de excepción, o lo que es lo mismo, el grado de penetración de los criterios de política criminal gubernamental en la decisión del Ministerio Público.

Son pues, ambas cuestiones que ponen de relieve decisiones básicas en el marco del sistema político, cuyos principios habrán de ser los parámetros y las coordenadas para dar una respuesta adecuada y coherente a dichos problemas.

Conviene tener presente que el legislador constitucional fijó el principio de legalidad y no el de obligatoriedad como rector de la actividad funcional del Ministerio Fiscal, en la medida en que constituye el primer punto de referencia del sistema político.

El abandono del principio de obligatoriedad –máxime si se produce en sede constitucional- debe considerarse en una modesta opinión como un acierto en cuanto recupera, en la medida en que el proceso penal lo permite, una cierta disponibilidad en el derecho de acción, implícita en su naturaleza sustancial: como señala CARNELUTTI<sup>1241</sup>, “cuando la acción se convierte en obligación no puede denominarse acción en el sentido que se da a esta palabra en la teoría procesal”.

Así pues, el principio constitucional de legalidad en el ejercicio de la acción penal otorga al legislador un margen cierto desde el cual es posible consignar, normativamente, supuestos en los que puede dejar de ejercerse la acción aunque concurren todos los elementos que requiere el ilícito penal.<sup>1242</sup>

Ahora bien debe tenerse en consideración que a la hora de comprobar el grado de inclinación del sistema político hacia el principio de oportunidad reglada, hay que volver la vista, como señala VIVES<sup>1243</sup>, al principio de intervención mínima, puesto en relación con el ejercicio del ius puniendi del Estado, en entendiendo como derecho y no como deber de castigar<sup>1244</sup>, y en relación también con el fin resocializador y no retributivo de la pena.

---

<sup>1241</sup> “Mettere il Pubblico Ministero al suo posto”, en Revista di diritto processuale, 1953, Pág.261. Apuntando lo excesivo de este argumento y la revisión parcial que el mismo sugre en la evolución del autor citado vid. CHIAVARIO, L’azione penale...” Pág.20.

<sup>1242</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 577.

<sup>1243</sup> Ver. Informe al Anteproyecto..., Págs. 161 y ss.

<sup>1244</sup> En relación la tesis mantenida por VIVES, recuerda DÍEZ-PICAZO, L.M. , “La acusación penal en...”, ob.cit., Págs.1101 y 1102, que la justificación a la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal en Inglaterra encuentra sólidos fundamentos en la protección del interés público: “Sir HARTLEY

No puede también con el fin resocializador y no retributivo de la pena<sup>1245</sup>. No puede enfocarse esta cuestión, como un intento de desvirtuar el derecho penal mediante el proceso en medida en que el proceso ha dejado de ser, exclusivamente, el medio mecánico de actuar el derecho penal para convertirse, él mismo, en un instrumento capaz de garantizar los valores de libertad, igualdad y justicia<sup>1246</sup>.

Proceso y derecho penal material como bien lo apunta CONDE PUNPIDO FERREIRO constituyen dos momentos complementarios en la actuación del valor justicia, un valor que quedaría seriamente trastocado si toda posibilidad de individualización queda reducida al catálogo de conductas y penas establecidas en el derecho penal material<sup>1247</sup>.

A enriquecer este valor justicia se dedican las zonas de consenso como lo comenta MORENO CATENA que actualmente funcionan en la justicia penal, al igual que las posibilidades de suspensión de condena e, incluso, la introducción del principio de oportunidad, que no hacen sino concretar ese interés social en el castigo definido abstractamente en el derecho penal<sup>1248</sup>.

La compatibilidad entre la política criminal del Gobierno y el principio de oportunidad reglada, se comprenden en que las líneas de política criminal del Gobierno

---

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”.

<sup>1245</sup> Desde el punto de vista jurídico-material se pregunta POLAINO, Derecho Penal Parte General T:I: Fundamentos científicos del derecho penal., 1984, Págs. 143 y ss., si debe la pena ser considerada como necesaria consecuencia jurídica o si resulta conveniente, en cambio amenazar con la pena, estimándola sólo como posible consecuencia del delito; si, de la misma manera, se podría sustituir la hasta ahora amenaza penal obligatoria por una combinación penal facultativa. (cit, por LÓPEZ BARJA, El principio de ..., Ob. Cit., Pág.56).

<sup>1246</sup> Sobre la nueva perspectiva del principio de legalidad señala LÓPEZ BARJA, El principio....ob.cit., Pág. 57: “la alternativa entre oportunidad o legalidad es equivocada, por cuanto no cabe plantear la cuestión en los términos que lo hacen los defensores del principio de legalidad, entendido éste como persecución absoluta de los hechos penales, ya que lo que está en juego es la concepción que debe manejarse sobre el fundamento y fin de la pena. Con aquella concepción (principio de legalidad así entendido) es evidente que no puede pensarse en un proceso penal como medio para dar solución a los conflictos sociales, ni la pena como instrumento que precisa ser útil y necesaria como presupuesto legitimador de su aplicación”.

<sup>1247</sup> Ver. CONDE-PUNPIDO FERREIRO, “El principio de oportunidad reglada...”, Pág. 294. Vid. También DE LA OLIVA, Informe al Anteproyecto...(voto particular), Págs. 257 a 259 y la pretendida exclusividad del derecho penal material en la individualización de la respuesta penal.

<sup>1248</sup> Como sintéticamente señala MORENO CATENA, “La justicia penal y...”, Pág.316, con la introducción del principio de oportunidad “se puede estimular la pronta reparación de la víctima; evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad de corta duración e incluso lograr la readaptación del delincuente al someterse voluntariamente a un procedimiento rehabilitador (caso de toxicomanías) o conceder el perdón en ciertos casos a terroristas arrepentidos, en vez de hacerlo por la “puerta falsa” del indulto, etc.”.

mismas que serán tanto o más necesarias con la introducción del principio de oportunidad reglada, sin que ello sin lugar a dudas posibilite que puedan descender desde el plano general y positivo al plano particular, y mucho menos, al negativo.

En dichas líneas comenta RUIZ VADILLO habrán de contenerse los principios generales interpretativos de los conceptos jurídicos indeterminados, a los cuales se sujetará el Ministerio Fiscal en función de los principios de unidad y dependencia; dicho planteamiento evita, de una parte, sustituir la decisión concreta del Ministerio Fiscal en un asunto determinado con las posibilidades de instrumentalización ya señaladas, y de otra garantiza que dicha interpretación no quede en manos del Ministerio Fiscal, sino que forme parte de la dirección política del Gobierno en cuanto sometido a responsabilidad y control político<sup>1249</sup>.

## **1.9 EL MINISTERIO FISCAL Y LA DISCRECIONALIDAD IMPLICITA Y OPORTUNIDAD REGLADA**

Suelen reconocerse dos clásicos espacios de discrecionalidad en los sistemas en los que rige el principio de obligatoriedad. Según FLORES PRADA<sup>1250</sup> “De una parte, se reconoce un determinado brote de discrecionalidad ante la imposibilidad de automatismo en las decisiones de los órganos de la acusación pública a la hora de calificar jurídicamente unos hechos como delictivos, a la hora de valorar la suficiencia de la prueba, a la hora de determinar la petición de pena o finalmente, a la hora de considerar la conveniencia de interponer los recursos posible ante una determinada decisión judicial; es la que se llama **discrecionalidad técnica o interpretativa**<sup>1251</sup>.”

---

<sup>1249</sup> Hay pues que convenir con RUIZ VADILLO, “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, en Poder Judicial, núm. Especial II, Pág. 68, uando afirma que “el Fiscal debe considerar las indicaciones que reciba del Gobierno desde el punto de vista de su perfecta adecuación a la legalidad. El gobierno puede instar al Fiscal, en zonas que puede conocer mejor que nadie, para que éste acto conforme a Derecho, es decir, en defensa de la legalidad, pero el examen de la legalidad corresponde y debe corresponder al Fiscal y no al Gobierno”.

<sup>1250</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 578.

<sup>1251</sup> DE LUCA, “Esercizio dell’azione penale...” Pág. 45, “puede comenzar-se por observar que una discrecionalidad valorativa del órgano llamado a ejercitar la acusación no es sólo necesaria sino indispensable en tanto que la preparación de la acusación requiere una flexibilidad operativa que es condición de la actividad de indagación”.

De otra parte, aparece la llamada **discrecionalidad política o de oportunidad**, característica en modelos orgánicos de acusación burocratizados y jerarquizados, en mayor o menor sintonía con el Poder Ejecutivo<sup>1252</sup>.

En estos modelos, la responsabilidad política en la dirección de la lucha contra la criminalidad habilita al Gobierno así lo dice DIEZ PICAZO “para dirigir orientaciones a los órganos de la acusación, más o menos concretas según los casos, referidos a prioridades, objetivos y medios en el ejercicio de la acción penal<sup>1253</sup>.”

Ninguna de ellas constituye un peligro grave para el sistema democrático porque en ambos casos existen mecanismos de control que garantizan la sujeción a la ley y la transparencia de las distintas decisiones. Ninguna de ellas constituye, así discrecionalidad implícita, por que lo característico de ésta es, precisamente, su falta de transparencia y control.<sup>1254</sup>

En la **discrecionalidad técnica o interpretativa** se esta, ante el imprescindible ámbito de autonomía funcional de que deben disfrutar los órganos públicos de acusación para el ejercicio de sus funciones.

Se trata, como correctamente se califica por parte de LOPEZ AGUILAR, “de una discrecionalidad **técnica**, reconocida por demás constitucionalmente<sup>1255</sup>.”

La exhaustividad de la ley nunca podrá, en este sentido, sustituir la operación interpretativa de subsunción que corresponde a jueces y a fiscales a la hora de calificar jurídicamente los hechos.

Junto a ello, la justicia penal instaura el proceso como medio continuo de control del ámbito de autonomía, en un caso, y de independencia en otro; la intervención procesal de las partes, las garantías de legalidad de la prueba, la valoración por el juez instructor de la petición de sobreseimiento cuando el Ministerio Fiscal sea la única parte acusadora (artículo 624 LECRIM), el planteamiento de la tesis por el Tribunal (artículo 733 LECRIM)

---

<sup>1252</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 579.

<sup>1253</sup> DÍEZ-PICAZO, L.M., “El Poder Judicial, Independencia del...” Pág. 223.

<sup>1254</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 579.

<sup>1255</sup> El haz de facultades que la Constitución atribuye exclusivamente al Ministerio Fiscal junto a su estructura orgánica propia y a los principios funcionales de legalidad e imparcialidad constituyen el contenido esencial de la autonomía funcional que se desprende de la regulación constitucional de la institución. Los Fiscales, como señala LÓPEZ AGUILAR, La justicia y sus problemas en la Constitución, en Tecnos, Temas clave de la Constitución, Madrid, 1996, Pág.181, no necesitan de un mandato singular, determinado y concreto, respecto de cada ocasión que les corresponda actuar.

y el sistema de recursos en su conjunto, constituyen medios llamados por FLORES PRADA “endoprosesales de control de la discrecionalidad técnica.”<sup>1256</sup>

Por otra parte el control de la llamada discrecionalidad política se ventila, lógicamente, en un plano distinto.

Se garantiza su sujeción a la ley por el filtro que representa el Ministerio Fiscal, las indicaciones, orientaciones y directrices de política criminal del Gobierno, como ejercicio de las facultades de dirección de la política interior, han de venir rodeadas de transparencia, publicidad y generalidad, estando sometidas al control parlamentario y al control electoral periódico<sup>1257</sup>.

El grado de eficacia de semejantes controles es naturalmente discutible, pero resulta esencial subrayar su existencia en relación con lo que se enunciara a continuación.

La discrecionalidad puede verse como una consecuencia directa, ni querida ni reconocida, del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal<sup>1258</sup> pero claramente presente en el funcionamiento sistema de enjuiciamiento penal en España<sup>1259</sup>.

Debe de considerarse que ni los medios materiales ni humanos con que cuenta la Administración de Justicia han crecido a la par que los índices de delincuencia en las modernas sociedades democráticas, por lo que los órganos de investigación se ven, cada vez con mayor frecuencia, en la necesidad de adoptar decisiones que implican una selección de prioridades en la lucha contra la criminalidad<sup>1260</sup>.

---

<sup>1256</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 580.

<sup>1257</sup> Vid. MAZZUCA, “Ambiguità del pubblico ministero e riforma accusatoria”, en *Accusa penale e ruolo del Pubblico Ministero*, Jovene, Napoli, 1991, Págs. 213 y 214; en el mismo sentido MIELE, “Spunti problematici per la riforma del pubblico ministero”, en *Accesa penale e ruolo del Pubblico Ministero*, Jovene, Napoli, 1991, Pág.250.

<sup>1258</sup> Vid., en la doctrina italiana y entre otros muchos, DE LUCA, “Esercizio Dell’azione penale...”, ob.cit., Pág.41 (con referencias estadísticas muy clarificadoras en Pág. 42). Para GAITO, “Natura, caratteristiche e funzioni...”, Ob. Cit., Pág. 24, toda reflexión sobre la función de acusación no puede ignorar una realidad común a todos los tiempos y a todas las experiencias: ninguna técnica de investigación ha logrado nunca el resultado de instruir de modo exhaustivo procedimientos para todos los delitos conocidos, debiéndose continuamente recurrir a operaciones de selección.

<sup>1259</sup> Como señala SAINZ MORENO, “El Ministerio Fiscal y la defensa...”, Pág. 155: “aunque el Ministerio Fiscal deba actuar siempre que se den los presupuestos previstos en la ley (...) es evidente que no puede cubrir plenamente el ámbito de su actividad teórica pues, como dice la Memoria del Fiscal General del Estado de 1983, “la justicia judicial, en cuanto justicia del caso, tiene que ser forzosamente fraccionada, y ello significa que muchos hechos quedan siempre sin respuesta judicial congruente”.

<sup>1260</sup> Vid., en este sentido, Memoria de la Fiscalía General del Estado, (Fiscal Sr. Burón Barba), 1983, Pág.24, “es indudable que los poderes públicos, y en particular el Gobierno, consciente, como todos estamos la imposibilidad de pedir respuesta judicial a todas las trasgresiones (mayores, menores y mínimas), estén obligados a fijarse en prioridades, es decir, a pedir precisamente las respuestas en los casos que la demanden con mayor urgencia. Nadie podrá pedir cuenta a los Jueces o a los Fiscales por el hecho de que reacciones en

Se trata de decisiones que, en el mejor de los casos, conllevan un orden de prioridad, pero que en no pocas ocasiones conducen a que muchas **nititiae criminum**, generalmente en infracciones de menor gravedad, queden sin respuesta, engrosando las llamadas **bolsas negras de la criminalidad**.<sup>1261</sup>

Así, mientras que el mantenimiento del sistema acusatorio formal o mixto en nuestro España según MONTERO “reparte dicha discrecionalidad entre el Juez instructor y el Ministerio Fiscal, con mayor responsabilidad sin duda para el primero”<sup>1262</sup>,

En Italia, al asumir el Ministerio público el monopolio de la acción penal<sup>1263</sup>, constitucionalmente obligatoria, así como la dirección de la investigación preliminar, es el órgano en quien recae buena parte de las facultades de decisión en este campo<sup>1264</sup>. Ha sido precisamente en los resultados de un trabajo de campo de un autor italiano, DI FEDERICO<sup>1265</sup>, donde comenta ejemplos muy elocuentes del problema<sup>1266</sup>

---

virtud del automatismo legal contra todas las infracciones sin miramientos. Pero todos las pediríamos al Gobierno si alentara una política ciega que permitiera que quedaran rezagadas, sin atención preferente, formas de delincuencia especialmente peligrosas”. En Italia, señala DE LUCA, “Esercizio dell’azione penale...”, Pág.40, que “la persecución indiscriminada de todos los hechos delictivos suprime el problema de la operatividad de hecho de los criterios selectivos (que la carga de trabajo impone – como la necesidad inderogable para asegurar la supervivencia del sistema-) y evidencia el problema de la efectividad del control del GIP que, operando ex post, no está en condiciones de impedir o contrastar la selección que ya ha tenido lugar”. En 1990, L’Espresso, No. 15, hacía público, bajo el título La Justicia deshecha, un informe de la Asociación Nacional de Magistrados italianos en el que, a lo largo de 500 páginas, describía lo que viene definido como el inminente black out de la justicia penal: el vertiginoso crecimiento de la criminalidad ha desbordado las estructuras y medios materiales y humanos de un Ministerio Público que se ve obligado a seleccionar los delitos a investigar, dejando en el olvido una buena parte de las noticias delictivas que llegan a su conocimiento (vid. GAITO, “Natura, caratteristiche e funzioni del pubblico Ministero. Premesse per un discussione”, en Accusa penale e ruolo del Pubbico Ministero, Jovene, Napoli, 1991, Págs.12 y 13).

<sup>1261</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 581

<sup>1262</sup> MONTERO, Principios del proceso penal...” Págs. 99 y 100

<sup>1263</sup> Algunos de los problemas que viene generando el monopolio del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal han sido puestos claramente de manifiesto por CHIAVARIO, L’azione penale..., ob.cit., Págs.12, 16 y 32. De una parte, el problema de la acción penal ha quedado circunscrito a un problema de relaciones interinstitucionales *ad intra* del Poder Judicial. De otra, la acción penal ha perdido su carácter garantista como derecho subjetivo y, en consecuencia, su instrumentalización en el fondo de las relaciones entre Estado-individuo. Sobre los riesgos que conlleva este monopolio, vid., en la doctrina española,

<sup>1264</sup> Manifestaciones de estas decisiones discrecionales son, según ZAGREBELSKY, V., “independenza del pubblico ministero...”, Ob., cit., Pág. 9 y ss., el inicio o no de la investigación mediante una orden de detención, dejar transcurrir determinados plazos desde que el Ministerio Fiscal conoce la existencia de la noticia delictiva, la elección de determinadas estrategias procedimentales dentro del desarrollo procesal, etc.

<sup>1265</sup> Vid. “Obbligatorietà dell’azione penale...”, Págs. 153 y 154.

<sup>1266</sup> El primero se refiere a un proceso judicial que mereció enorme publicidad en Italia: sin denuncia alguna, el Ministerio Público de Turín inició hace algunos años un procedimiento para verificar indicios de posibles irregularidades en el comportamiento fiscal de los ciudadanos de dicha capital. Como consecuencia de la investigación, se abrieron numerosos procedimientos acompañados, en muchos casos, de la privación de libertad de los imputados. Ante tal actividad, la procura de la república de una ciudad próxima en distancia y dimensiones, manifestó que la decisión de sus colegas no sólo les había parecido legítima sino oportuna,

Otro argumento muy significativo lo señala VIVES<sup>1267</sup>, al poder al descubierto que “lo cierto es que, hoy por hoy, tales institutos –abstención en el ejercicio de la acción penal por razones de oportunidad y negociación de la conformidad – existen en la realidad y de ellos se hace un uso subrepticio y vergonzante. Basta preguntarse cuántos delitos de imprudencia cometida con vehículos de motor se ven ante los Tribunales para comprenderlo. ¿Ha sido un milagro en el que repentinamente los ha transformado en faltas? ¿O más bien se ha ejercido tranquilamente y, desde luego, sin decirlo, un principio de oportunidad que nuestras leyes actuales no reconocen? Los ejemplos podría multiplicarse pero baste lo dicho para poner de manifiesto que estamos ante una realidad que es mejor regular que desconocer<sup>1268</sup>”.

Intentando descomponer los distintos momentos en que surge esta discrecionalidad implícita menciona LOPEZ BARJA, “nos encontramos con una primera manifestación de

---

aunque “desgraciadamente” y aún a sabiendas de que la investigación en su ciudad arrojaría parecidos resultados, no estaban en condiciones de iniciar tal investigación ya que los recursos humanos de su fiscalía estaban ya ocupados en otros importantes asuntos, en el segundo caso, las dificultades de seguir una línea homogénea y eficaz en la lucha contra la criminalidad son puestas de manifiesto por un procurador-jefe de una ciudad de dimensiones medias. La más que débil jerarquía interna que rige en cada órgano del Ministerio público italiano impide una adecuada coordinación sobre la actuación de los distintos sustitutos del procurador-jefe, en el supuesto que comentamos, tres de los cinco sustitutos con que cuenta la Fiscalía en cuestión estaban, por iniciativa propia dirigiendo una investigación que les obligaba a emplear muchas horas en escuchar los resultados de las intervenciones telefónicas ordenadas por el Juez, sin que resultara posible una razonable distribución del trabajo ni menos aún una coordinada selección de preferencias en la investigación criminal. Finalmente, el autor recuerda la impunidad con que se desarrollaban, durante un período especialmente conflictivo, frecuentes ocupaciones estudiantiles en los locales del instituto universitario que él mismo dirigía. Sus requerimientos ante la fiscalía obtuvieron por respuesta la siguiente contestación: “¿te imaginas lo que sucedería si tomásemos la iniciativa e hiciésemos intervenir a las fuerzas del orden?; no podemos asumir la responsabilidad de provocar nosotros una revolución estudiantil en una situación ya bastante tensa como la que tenemos”. La evidencia de esta manifestación puramente discrecional en el ejercicio de la acción penal ha venido dividiendo a la doctrina italiana a la hora de buscar soluciones al problema entre quienes se muestran partidarios de eliminar dicha discrecionalidad por vía de profundizar en mecanismos técnico-legales como la despenalización, la simplificación procesal, el incremento de medios humanos y materiales en la estructura requirente o la modificación del sistema de registro de noticias delictivas, manteniendo, si no aumentando, la independencia del Ministerio Público frente ellos, hay quienes aceptan dicha discrecionalidad como algo consustancial al ejercicio de la acción penal y por ello, necesitaba de un control y un dirección política que ajuste la actividad del Ministerio Público a las expectativas sociales. En los últimos tiempos, sin embargo, algunos autores como ZAGREBELSKY, o CHIAVARIO, encuadrados en el primer sector doctrinal, comienzan a aceptar la conveniencia de determinadas líneas políticas en el ejercicio de la acción penal, emanadas del Parlamento y no del Ejecutivo, a los efectos de preservar la independencia del Ministerio Público.

<sup>1267</sup> Vid. “Doctrina constitucional...”, Pág.109.

<sup>1268</sup> En el mismo sentido señala CONDE-PUMPIDO, “El principio de legalidad...”, Ob. Cit., Pág. 32, que “si no somos farisaicos, hemos de convenir que tras una gran mayoría de los hechos declarados falta se ocultan supuestos que, en estricta legalidad debieran ser calificados como delito (...) igualmente, tras muchos archivos decretados por el Juez y aprobados por el fiscal yace un desistimiento de la acción que, en estricta legalidad, debiera haber sido ejercitada y de cuyo ejercicio se prescinde por razones generalmente civiles...”

la misma en la llamada cifra negra de criminalidad, esto es, en los delitos que, por falta de denuncia de las víctimas no llegan a conocimiento de los órganos encargados de la investigación oficial<sup>1269</sup>.”

Este primer filtro, señala GIMENO “provocado por una inactividad ciudadana que no deja de mostrar una clara desconfianza hacia el sistema penal y un reconocimiento implícito a la imposibilidad de una respuesta adecuada sobre todo lo relativo a la pequeña delincuencia, viene justificado por muy diversas causas, que afectan tanto al orden o extracción social de la víctima como a la índole del delito<sup>1270</sup>”. Si a ello añadimos, como señala LÓPEZ BARJA<sup>1271</sup>, que si, consciente o inconscientemente, no se proporcionan los medios especialmente indicados para la investigación policial de cierta franja de delitos, evidentemente su persecución se hará prácticamente imposible y, en consecuencia, se producirá un proceso selectivo<sup>1272</sup>, antes, pues, de iniciarse un proceso penal ya se ha operado una importancia actividad de selección que, en numerosas ocasiones actúa desigualitariamente<sup>1273</sup>.

En un segundo escalón, conviene hacer referencia a la falta de control que existe en la iniciación de procedimientos penales cuando la noticia criminis llega a los órganos encargados de la investigación oficial por vías no ordinarias, esto es, mediante la aprehensión directa por Jueces y Fiscales de los hechos aparentemente delictivos. Si nos paramos a pensar, por ejemplo, en la cantidad de pseudo noticias de delito que aparecen diariamente en los medios de comunicación, a menudo indiciarias, vagas e imprecisas,

---

<sup>1269</sup> Vid. LÓPEZ BARJA, “Proceso penal y actuación de oficio...”, Pág. 53.

<sup>1270</sup> Según pone de relieve GIMENO, Fundamentos del Derecho Procesal, Civitas, Madrid, 1981, Pág. 196, “recientes investigaciones empíricas han puesto de relieve que el comportamiento de los funcionarios de policía, a la hora de iniciar sus pesquisas, es distinto conforme al “status social” de los presuntos autores y de los ofendidos por el delito”.

<sup>1271</sup> Vid. “Proceso penal y actuación de oficio...”. Pág.53.

<sup>1272</sup> Como se encarga de poner de relieve GÖSSEL, “Ministerio Fiscal y policía criminal...”, Ob. Cit., Pág. 618 “todavía hoy, el poder de investigación en el procedimiento penal es ejercido de facto por las autoridades policiales en la mayoría de los casos, salvo en la criminalidad grave y en la delincuencia económica, será necesario establecer una ineludible comunicación entre la Policía criminal y la Jurisdicción penal”. Por otra parte, la discrecionalidad policial convierte en letra muerta todo principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal siempre que, antes de que la noticia criminis llegue al Ministerio Fiscal, ya que se habrá producido, en sede policial, una selección arbitraria, vid. CHIAVARIO, L’azione penale...,” Pág. 48.

<sup>1273</sup> Vid. GIMENNO, Derecho procesal...,” Pág. 65, quien ante la afirmación de que el principio de oportunidad conculcaría el principio de igualdad del artículo 14 CE, recuerda que : “tales afirmaciones no se sustentan, ni a nivel sociológico, ni en el estrictamente jurídico, porque cuando se habla de “castigo del culpable”, subrepticamente se entiende “condena a privación de libertas” y la ley puede facultar la sustitución de una pena privativa por otra no privativa a imponer sin juicio oral, la cual, si es aplicada con el absoluto respeto del derecho de defensa y en los casos taxativamente previstos por la ley.

comprobaremos que todas ellas requerirían la apertura de un procedimiento destinado a depurar la veracidad de las mismas, que, sin embargo, se produce en muy contadas ocasiones<sup>1274</sup>. De esta forma, la selección o discrecionalidad implícita afecta no sólo a las noticias de delito formalmente comunicadas –denuncia o querrela– sino que se manifiesta muy especialmente en la inactividad, abstención o inercia ante hechos con apariencia delictiva que exigirían una intervención de oficio por parte de los órganos encargados de la investigación oficial<sup>1275</sup>.

La discrecionalidad **implícita** brota también según FLORES PRADA<sup>1276</sup> a lo largo del propio proceso penal. “En efecto, el incremento constante del índice de procedimientos incoados, reflejado en las sucesivas memorias de la Fiscalía General del Estado<sup>1277</sup>, pone de relieve la necesidad de introducir criterios de selección de prioridades que impidan un colapso en la administración de la justicia penal<sup>1278</sup>.”

La imposibilidad de perseguir todos los delitos denunciados provoca una diferente intensidad en la investigación que, sujeta a criterios personalísimos del Juez instructor o del Ministerio Fiscal, se traduce en una diferente asignación de medios y esfuerzos, lo que termina explicando un elevado número de sobreseimientos por falta de autor conocido<sup>1279</sup>.

---

<sup>1274</sup> Se trata, como señala FUMU, “L’attività pre-procedimentabile del pubblico ministero”, en *Accusa penale e ruolo del Pubblico Ministero*, Jovene, Napoli, 1991, Pág.136 de las noticias de delito que se canalizan a través de los llamados canales no codificados. Artículos de prensa, manifestaciones o informaciones públicas, hechos notorios, confidencias, etc. En estos casos, el Ministerio Público cuenta con una amplia franja de discrecionalidad que queda fuera del principio de obligatoriedad impuesto por el artículo 112 de la Constitución italiana; sólo cuando la investigación ha conducido a definir un hecho penalmente relevante y, eventualmente, a individualizar a la persona sospechosa se impone la inscripción en el registro previsto en el artículo 335 c.p.p. y se inicia así la fase de indagación preliminar y empiezan a constar los plazos de prescripción en la investigación. Si, por el contrario, no se llega a constatar la existencia de delito, no resulta comunicar al Juez las conclusiones negativas de la investigación de donde la intervención de control del GIP solo opera ante la noticia de delito formalmente comunicada.

<sup>1275</sup> Sobre el peligro de inercia en la actividad del Ministerio Público como problema derivado del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal insiste un importante sector de la doctrina italiana; vid., entre otros, ZAGREBELSKY, V., “Indipendenza del pubblico ministero...”, Págs. 24 y ss; CHIAVARIO, *L’azione penale* Pág. 102 y 103; NANUCCI, “Analisi dei flussi delle notizie di reato in relazione all’obbligatorietà e facoltatività dell’azione penale”, en *Cassazione Penale*, I, 1991, Págs. 1.669 y ss.

<sup>1276</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 588

<sup>1277</sup> Cuadros estadísticos desde el año 1985 al años 1995 en la Memoria de la fiscalía General del Estado de 1996, Págs. 199 y ss., que indican un crecimiento medio del 10% en el los procedimientos incoados durante los últimos diez años.

<sup>1278</sup> GAITO. “Natura, caratteristiche e funzioni del pubblico ministero. Premesse per una discussione”, en *Accusa penale e ruolo del Pubblico Ministero* (AA:VV.), Jovene, Napoli, 1991, Págs. 24 y ss.

<sup>1279</sup> En un breve pero interesante estudio sobre el principio de oportunidad señalan GONZÁLES CANO Y ROMERO PRADAS, “El principio de oportunidad reglada”. En *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*, Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, Pág. 710, “a pesar de la vigencia del principio de legalidad, el oportunidad no está ausente de nuestra práctica forense: el

En suma, es preciso, como apunta LÓPEZ BARJA<sup>1280</sup>, “apartir de la imposibilidad de perseguir todas las infracciones de las normas penales y que, con relación a ellas, lo que existe es un indiscutible proceso de selección, por otra parte indispensable si se quiere dotar a la administración de justicia de una cierta eficacia”<sup>1281</sup>.

En virtud del discurso antes expuesto, no es difícil convenir en que el núcleo de todos los problemas está en la falta de control, uniformidad y responsabilidad con que la ineliminable discrecionalidad viene ejercitada<sup>1282</sup>.

La ausencia de una respuesta normativa adecuada que haga emerger esta cuestión abandona zonas muy amplias de la política criminal en manos de una estructura autónoma – Ministerio Fiscal-, cuando no independiente y difusa –Poder Judicial- a la que es de todo punto imposible exigir la necesaria coordinación y responsabilidad que dicha discrecionalidad comporta<sup>1283/1284</sup>.

Concuerdo con lo que el Doctor y Fiscal CONDE PUNPIDO FERREIRO comenta que al margen de “poner en serios aprietos la observancia del principio de igualdad debe llamarse la atención sobre la importante proyección de estas decisiones en relación con la nueva criminalidad económica, la política antiterrorista, la persecución de determinados

---

gran número de sobreseimientos acordados cada año en nuestro país , en que rige el principio de legalidad más estricto, comparado con las causas en el RFA, en donde el principio de oportunidad está recogido en el ordenamiento procesal, llegan al juicio oral, ponen de manifiesto que el proceso penal es un proceso de selección o sistema de filtros en todo caso”.

<sup>1280</sup> LOPEZ BARJA. “El principio de...”, Pág. 54.

<sup>1281</sup> Con claridad lo expresa GIMENO, Fundamentos del Derecho Procesal, Civitas, Madrid, 1981, Pág. 196, quien , a la vista de los estudios estadísticos comparados ente el número de sobreseimientos en el proceso penal alemán y español, afirma que “el proceso penal es un proceso de selección, o si se prefiere, que la instrucción penal es un “sistema de filtros” desde donde se va destilando la *notitia criminis* hasta hacer llegar al juicio oral los puestos de hecho que verdaderamente revistan caracteres de delito, con el previo conocimiento de sus presuntos autores.

El problema de la instrucción es que ese conjunto de tamices ( auto de admisión de querrela, de procesamiento y de conclusión) no es pura y estrictamente jurídico, sino que también revisten importancia determinados factores políticos.- sociológicos”.

<sup>1282</sup> Ante este fenómeno, como señala DE LUCA. “Esercizio dell’azione penale...”, Pág. 44, se trata de “verificar la efectividad del control y, de forma específica, su idoneidad para impedir una gestión impropia de la acusación por parte de los órganos requirentes, también en consideración a la carga de trabajo, de cada forma de discriminación arbitraria entre las noticias de delito perseguibles”.

<sup>1283</sup> Un hecho que reconoce ZAGREBELSKY, V., “Independeza del pubblico ministero..”, Págs. 18 y ss., pero solución no vendría, según el autor, por someter al Ministerio Fiscal a una suerte de dependencia del Poder Ejecutivo, sino por mejorar los mecanismos técnicos, tanto legales como organizativos, que reduzcan progresivamente dichos márgenes de discrecionalidad.

<sup>1284</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 589.

delitos menores muy vinculados con la sensación de seguridad ciudadana y, finalmente, la necesaria coordinación en materia de política criminal internacional<sup>1285</sup>.”

### **1.10. EL MINISTERIO FISCAL Y LA CONVENIENCIA DE INTRODUCIR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ESPAÑOL A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA DE GUATEMALA**

En el moderno Estado democrático español, el mantenimiento de un rígido principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal viene planteando importantes problemas de orden jurídico-constitucional.

De una parte, la eficacia de la justicia penal como respuesta al fenómeno criminal incide en aspectos que, más allá de su consideración técnica, vienen anudados a derechos fundamentales como la igualdad, la tutela judicial efectiva o el derecho a un proceso justo o debido, desde cuya perspectiva han de ser abordados<sup>1286</sup>.

De otra parte, los márgenes de discrecionalidad ejercidos por órganos o instituciones políticamente irresponsables introducen una importante fisura en el equilibrio de un sistema basado en el control de la actividad de los poderes públicos<sup>1287</sup>.

Puesto que, como se comentado se esta ante problemas de orden jurídico-político, así como problemas técnicos, toda línea o modelo de solución debe partir de los fundamentos ideológicos que inspiran el sistema político, en definitiva, de las bases sobre las que se construye nuestro un sistema constitucional<sup>1288</sup>.

---

<sup>1285</sup> Una problemática claramente advertida, entre otros, por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “El principio de oportunidad reglada...”, Pág. 306; DI FEDERICO, “Obbligatorietà dell’azione penale...”, Págs. 165 y ss.

<sup>1286</sup> A este respecto señala GIMENO, “Los procedimientos penales simplificados”, en Poder Judicial, núm. Especial II, Pág. 45, que en los supuestos de escasa lesión social que, con autor conocido, exijan un sobreseimiento condicionado “la aplicación indiscriminada del principio de legalidad produciría una vulneración del derecho de tutela y del interés tutelado por la ley, derechos e intereses que también son amparados por la norma fundamental. Ante este hipotético conflicto de intereses, más que de una aplicación indiscriminada del principio de legalidad habría que reclamar la interpretación de dicho principio material de conformidad con el también principio constitucional de igualdad del artículo 14 y examinar si, en el caso concreto, la discriminación goza de una justificación objetiva y razonable, suficiente para legitimar la suspensión de un procedimiento penal determinado”.

<sup>1287</sup> La introducción del principio de oportunidad vendría a suponer, como señala DELGADO BARRIO, “El principio de oportunidad...”, Pág.312, un intento por reaccionar ante un “concierto de instrumentos desafinados”. También a regañadientes y con todo género de precauciones y matices acepta PEDRAZ, “Principio de proporcionalidad...”, Pág. 367, la introducción del principio de oportunidad reglada.

<sup>1288</sup> El empeño por calificar al principio de oportunidad como una mera solución técnica, destinada únicamente a desatascar el colapso judicial evidencia un planteamiento del problema viciado en origen, y no

Es en este contexto en el que ha de estudiarse la **conveniencia** de introducir el principio de oportunidad reglada como contenido derivado de más amplio principio de legalidad en el Funcionamiento del Ministerio Fiscal español.<sup>1289/1290</sup>

En este libelo intelectual, debe ponerse atención a la postura mostrada por el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Código penal de 1992, redactado sobre la ponencia del profesor y vocal de dicho órgano DOCTOR TOMAS VIVES<sup>1291</sup>.

Según dicha autoridad a quien hemos de recurrir en más de una oportunidad en el presente trabajo, “el moderno Estado social ha puesto de relieve dos tensiones básicas en el entendimiento clásico de los principios de legalidad y necesidad de la pena o intervención mínima. La primera de las tensiones surge, precisamente, entre ambos principios: el principio de legalidad, entendido como la necesidad de castigar toda conducta que parezca inadmisibles al sentimiento jurídico resulta incompatible con un Derecho penal material selectivo y fraccionado, construido sobre la base del principio de intervención mínima.

---

puede extrañar que, como ocurre en MENA ÁLVAREZ, “El principio de...”, al profundizar en el principio y en sus aplicaciones empiecen a aparecer “quebras del argumento” cuando se plantea el tratamiento de los llamados delitos bagatela desde una perspectiva ideológica, que debe ser anterior y desde luego fundamentada de las reformas operadas en el plano jurídico-procesal.

<sup>1289</sup> Entre los muchos autores que se muestran favorables a la instrucción del principio de oportunidad reglada en nuestro sistema de justicia penal pueden señalarse VIVES, “Doctrina constitucional”, Págs. 108 y 109 MORENO CATENA, “La justicia penal y su reforma, en Justicia 88, Pág. 316. No debe ocultarse, sin embargo, que el principio de oportunidad reglada constituye un instrumento, uno más entre varios, de aquéllos sobre los que ha de reflexionarse a la hora de abordar globalmente la reforma del proceso penal español. En ocasiones, como señala GIMENO, Fundamentos...” Págs. 198 y 199, se observa que la economía procesal que se obtiene en los delitos de mínima lesión puede en cierta medida lograrse a través de otros procedimientos que no violenten el principio de legalidad o las facultades que al órgano jurisdiccional ha de corresponder en la apreciación de la responsabilidad penal del acusado. Junto a la oportunidad reglada, deben merecer sostenida atención instrumentos procesales como el procedimiento vomitorio, las medidas alternativas a la pena y a la privación de libertad y los márgenes y límites de la conformidad, entre otros.

<sup>1290</sup> La introducción del principio de oportunidad es rechazada abiertamente por MONTERO, Principios del proceso...” Págs. 71 y ss., al señalar que lo pretendido en el fondo es “desplazar el poder de los titulares de la Jurisdicción por el poder del Ministerio Público, esto es, disminuir el poder de un órgano independiente, como son los jueces y magistrados, para aumentar el poder de un órgano subordinado al Poder Ejecutivo, como es el Ministerio público”. Quizá ello ocurra en los sistemas que acogen la oportunidad pura, pero no creemos que sea la finalidad de oportunidad reglada en la que es la ley la que regula los supuestos de no ejercicio de la acción penal y los somete, a demás, al control judicial. Tampoco puede convenirse en que se trata de un problema de asignación de recursos materiales porque muchos recursos que se asignaran a la Administración de Justicia – limitados en todo caso- la discrecionalidad implícita en la actuación del Juez de instrucción seguiría presente. Por último, e cuando menos discutible que el principio de oportunidad reglada en Alemania se haya construido sobre un Fiscal más independiente que el español (Pág. 77), si tenemos en cuenta que en Alemania, el Fiscal depende legalmente del Ministro de Justicia (sección 147 de la Organización del Acta de los Tribunales, REBMANN, “La oficina del Fiscal General...” Págs. 503 y ss.), mientras que en España no.

<sup>1291</sup> Vid. Informe al anteproyecto... Págs. 161 y ss. Una comentario a propósito de la distinta posición mantenida por el voto particular del vocal Andrés DE LA OLIVA en relación con el principio de oportunidad reglada puede verse VIVES, Comentarios...” Págs. 285 y ss; el voto particular del vocal discrepante puede leerse completa en el Informe citado, Págs. 251 y en particular 257 y ss.

Una selección que, justamente, aparece replanteada en el Estado social, donde un ordenamiento jurídico orientado a la protección de determinados valores superiores habría acabado por romper las esferas de intangibilidad de derecho concebidas abstractamente, dotando de nuevos contenidos al principio de seguridad jurídica. La segunda tensión viene generada por la concepción de la retribución como fin básico y fundamento del principio de legalidad penal. A partir del artículo 25.2 CE, el principio de legalidad se concibe no como un deber de castigar sino como un límite al ejercicio del **ius puniendi** del Estado; “de ahí la formulación negativa –nadie puede ser castigado.. a la que no acompaña la positiva,... todos los que cometan delito o falta, o infracción administrativa han de ser sancionados...”.

A partir de esta conclusión, es claro que el mantenimiento de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal deriva de una exclusiva concepción retributiva de la pena, ciertamente incompatible con el nuevo sistema constitucional<sup>1292</sup>.”

Para reforzar los argumentos antes vertidos conviene consignar lo que recuerda CONDE-PUMPIDO FERREIRO<sup>1293</sup> en el sentido que desde el punto de vista de la justicia material, sólo la admisión de una facultad de abstención de la acusación, en los casos predeterminados legalmente, permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado de los hechos formalmente típicos, distinguiendo aquellos que tienen un contenido sustancial de antijuridicidad de aquellos otros en que la presencia de una antijuridicidad formal no se compadece con la ausencia de una lesión valorable en relación a un bien jurídico penalmente tutelado; estando en este caso en el campo de las llamadas “bagatelas

---

<sup>1292</sup> El reconocimiento del carácter no exclusivamente retributivo de la pena conduce a GIMENO, Fundamentos...” Pág. 198, aun interesante razonamiento en relación con la función que al Ministerio Fiscal viene encomendada como protector no tanto de interés público, como del interés social. En línea con lo que sostuvimos al abordar el problema de la protección del interés social, destaca el autor que, desde la finalidad retributiva de la pena (Art. 25 CE) “la actitud del Ministerio Fiscal no puede ser la de un funcionario cuya labor estriba en acusar sin más, sino antes al contrario, al Ministerio Público ha de interesarle la personalidad del inculcado dentro de la instrucción (...) el MP puede llegar al fundado convencimiento de que la futura condena de un determinado acusado y su consiguiente cumplimiento en el correspondiente establecimiento penitenciario generaría, principalmente cuando la pena a imponer es la de corta duración, un nuevo y más peligroso delincuente, en cuyo caso, y para impedir que se frustren los fines retributivos de la pena, la solución mejor consistiría en su no imposición a través del correspondiente sobreseimiento por razones de oportunidad”. En este sentido, señala sintéticamente DÍEZ-PICAZO, L.M. “El poder Judicial...”, Pág. 224, que “la flexibilidad intrínseca en la discrecionalidad política en el ejercicio de la acción penal está en sintonía con una concepción disuasoria y preventiva de la sanción penal”.

<sup>1293</sup> Vid. “El principio de oportunidad reglada...”, , Pág. 294.

penales”<sup>1294</sup>, esto es, hechos con un mínimo interés social en la persecución y para los cuales la pena carece de significado<sup>1295</sup>.

Y partiendo de la oportunidad como un principio que concreta exigencias de justicia, no meramente tácticas, a las que, desde la perspectiva material, también da respuestas encaminadas en la misma dirección la ley penal sustantiva<sup>1296</sup>, es difícil de entender para VIVES<sup>1297</sup>, que lo que puede hacerse después del juicio (suspender la ejecución de la condena, o, incluso, si llega a poder optarse por la **probation**, no pronunciarla) no podría en un marco suficientemente garantista- hacerse antes<sup>1298/1299</sup>.

---

<sup>1294</sup> Para este tipo de delitos y según recuerda DÍEZ PICAZO, “La acusación penal en...”, Pág. 1.102, el derecho inglés utiliza el mecanismo de la caución, “una auténtica alternativa, en manos de la policía, al ejercicio de la acción penal” y que, apoyada no en la ley ni en precedente judicial sino en la práctica policial es “ampliamente utilizada para delitos que no revisten una especial gravedad y, de manera generalizada, para las infracciones menores de tráfico siempre que no haya reincidencia”.

<sup>1295</sup> Como señala ARMENTA, “Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad...”, Pág. 23, “el concepto de “delito bagatela” no está dogmática ni legalmente reconocido; sin embargo, es de uso común por parte de la inmensa mayoría de la doctrina al referirse a hecho contemplados en las leyes penales, cuya irreprochabilidad es escasa y cuyo bien jurídico protegido se considera de menor relevancia”.

<sup>1296</sup> En este sentido y dentro del marco del consenso como uno de los nuevos principios de conveniente aplicación al sistema penal, señala CONDE- PUMPIDO FERREIRO, “El principio de oportunidad reglada...”, Ob. Cit., Pág. 298, que no se trata de crear nuevos sustitutivos penales sino de anticipar la aplicación a la fase preprocesal de medidas que hasta ahora se venían aplicando tras el proceso, consiguiendo, de este modo, preservar al sujeto, no sólo de los efectos negativos que conlleva la imposición de toda pena privativa de libertad, sino también de evitar en lo posible los efectos de estigmatización o etiquetamiento que origina el proceso: vid. “El principio de oportunidad reglada...”, Pág. 298. En relación con el principio del consenso como uno de los ejes del moderno proceso penal vid, también CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “El principio de legalidad...”, Págs. 25 y ss. Y las referencias allí hechas a la exposición de motivos del nuevo código del proceso penal portugués y a la tesis sostenida en este sentido por WOLTER (cfr. EOLTER, J.: “Strafverfahrensrecht und Straprozessreform”, en Goitdammer’s Archiv fr Strafecht, 1985).

<sup>1297</sup> VIVES “Comentarios...”, Pág. 295.

<sup>1298</sup> En este sentido y junto a las propuestas encaminadas a introducir ene. Sistema procesa penal español el llamado “procedimiento monitorio”, sugiere ROXIN, “Acerca del desarrollo reciente de la política criminal”, en Cuadernos de política criminal, núm. 48, 1992, Pág. 809, la conveniencia de pensar en un proceso de restitución: el delincuente, la víctima y también la Fiscalía deben estar legitimados (al menos en casos de criminalidad de escasa y media gravedad) para solicitar ante un juez de restitución una negociación hasta la apertura del proceso principal, si el inculpado se declara culpable en lo esencial y está dispuesto a la cooperación. El juez de restitución, que no debe ser idéntico al juez que conoce el proceso litigioso, debe intentar conseguir la reparación del daño material por el delincuente y además, mediante un diálogo de conciliación, la reconciliación entre delincuente y víctima.

Si esto se logra, se concluye el proceso con un acuerdo de composición, y el juez fija las consecuencias jurídicas a la vista de este acuerdo. El juez puede dispensar de la pena –sobre todo en delitos poco graves, que de lo contrario están castigados con pena de multa-; puede suspender condicionalmente la pena, donde lo anterior no sea posible debido a la gravedad del hecho, y puede, cuando el cumplimiento de la pena sea indispensable (como en muchos delitos violentos), atenuar de todos modos considerablemente la pena en atención a la reparación”.

<sup>1299</sup> Es muy de tener encuentra en el análisis de CHIAVARIO, L’azione penale...” Págs. 52 y ss., la distinción, dentro del concepto general de de innecesariedad del proceso (superfluita), entre las razones que justifican un no proceder por causas basadas en la falta de fundamento criminales de la noticia de delito (innecesariedad objetiva) y aquellas causas que posibilitan el archivo por razones de innecesariedad fundamentada en la inoportunidad del mismo. Proscritas las segundas a la luz del principio de obligatoriedad,

Estas bases teóricas, que suponen un excelente enfoque del problema ideológico que plantea el ejercicio de la acción penal en nuestro moderno Estado de Derecho, conducen a aproximarse, en clave de conveniencia y adecuación a la oportunidad reglada en relación con las exigencias del sistema político<sup>1300</sup>.

El principio de intervención mínima según DIEZ PICAZO “amplía sustancialmente su eficacia y campo de acción, proyectándose no sólo en el marco jurídico material del derecho penal, en el que se produce una evidente selección de conductas, sino que despliega ahora su eficacia en el ámbito procesal, donde la selección abstracta se complementa con una individualización que permite ponderar, desde la previsión legal y a la luz de las circunstancias concretas que rodean la conducta, los beneficios y perjuicios que para el interés público reviste el ejercicio de la acción penal<sup>1301</sup>.”

No cabe duda que el principio de oportunidad reglada garantiza mejor un principio de igualdad ante la ley, no entendido como uniformidad, sino como respuestas distintas ante condiciones diversas que exigen un tratamiento diferenciado<sup>1302/1303</sup>.

---

conviene reflexionar si la innecesariedad objetiva por falta de fundamento o concreción en la noticia criminis puede esconder una cierta oportunidad: “sin embargo, el hecho es que nunca se podrá estar completamente seguro de que un juicio sobre la innecesariedad del proceso, o si se prefiere, sobre la manifiesta falta de fundamento de la noticia criminal logra permanecer inmune a condicionamientos subjetivos referidos a la innecesariedad del proceso mismo”.

<sup>1300</sup> Para un análisis concreto de las posibilidades que brinda la oportunidad reglada en el derecho comparado puede consultarse GÍMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán*, Bosh, Barcelona, 1985, ARMENTA, *Criminalidad de bagatela...*, PPU, Barcelona, 1991; PEDRAZ, “La reforma procesal penal de la R.F. de Alemania de 1975”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976; introducción y articulado del Código de proceso penal, (Edición preparada por FIGUEIREDO DIAS), Aequitas Editorial Noticias, Lisboa, 1992.

Dentro de las propuestas formuladas en la doctrina española pueden consultarse, entre otros, GIMENO, *Derecho procesal penal*, Págs. 65 y 66; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “El principio de oportunidad reglada...”, Págs. 26 y 27.

<sup>1301</sup> Como señala DIEZ-PICAZO, L.M. “La acusación penal en...”, Pág. 1.102, el derecho inglés “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 toda costa de la legalidad. Tales serían, por ejemplo, la seguridad nacional o la incolumidad de terceras personas, el orden público o el rechazo de leyes obsoletas o socialmente polémicas”. Bien mirados, se trata básicamente de los mismos elementos manejados por el Código de procedimiento penal alemán a la hora de introducir los supuestos ñeque cabe la aplicación del principio de oportunidad reglada.

<sup>1302</sup> Para GIMENO, “Los procedimientos penales...”, Pág. 45, “la aplicación indiscriminada del principio de legalidad produciría una vulneración del derecho de tutela y del interés público tutelado por la ley (...) ante este hipotético conflicto de intereses, más que de una aplicación indiscriminada del principio de legalidad habría que reclamar la interpretación de dicho principio material de conformidad con el también principio constitucional de igualdad del artículo 14 y examinar si, en el caso concreto, la discriminación goza de una justificación objetiva y razonable, suficiente para legitimar la suspensión de un procedimiento penal determinado”.

La introducción del principio de oportunidad reglada para España vendría a resolver el problema de la discrecionalidad implícita al dotar de cobertura legal y mecanismos de control a una actividad que, como se ha dicho, venía caracterizada por la ausencia de ambos presupuestos esenciales<sup>1304</sup>.

Finalmente, tampoco cabe desconocer que el principio de oportunidad reglada, en el marco de una reforma procesal global, es mecanismo que está llamado a colaborar en la descongestión del elevado número de asuntos que en la actualidad se tramitan en juzgados y tribunales, imprimiendo un efecto positivo a la hora de eliminar la exasperante lentitud e incidiendo en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas<sup>1305</sup>.

Guatemala según la reforma del código penal de 1994 concibió las llamadas medidas desjudicializadoras, que no son más que medidas derivadas del principio de oportunidad, entre ellas se encuentra el criterio de oportunidad, la suspensión condicional de la persecución penal, como litigante se puede observar que las partes en un litigio simplemente desean solucionar sus controversias con situaciones simples rápidas y

---

<sup>1303</sup> Como recoge CABEZUDO, *El Ministerio Público y la justicia negociada.* Pág. 38, en los Estados Unidos, la Nacional Advisory Comisión on Criminal Justice Standard and Gols (NAC) desarrolló en 1973 dentro de su trabajo "Courts" una guía comprensiva de criterios y procedimientos aplicable a los programas de "diversión" (programa alternativo al procedimiento criminal). Entre los factores favorables a la aplicación de dicho programa pueden encontrarse, entre otros, la juventud del acusado, la disposición de la víctima a no exigir otra alternativa condenatoria, la probabilidad de que el acusado sufra algún tipo de enfermedad mental, y, finalmente, la concurrencia de situaciones de desempleo o dificultades social como causantes del delito. Por el contrario, se considerarán como circunstancias desfavorables un historial de violencia física en el acusado, involucración en el sindicato del crimen, un historial de conducta antisocial o una especial necesidad de continuar el procedimiento criminal como instrumento de prevención general.

<sup>1304</sup> El sistema de oportunidad debe entrañar, como recuerda AUGER, "El principio de...". Págs. 279 y 280, "correctivos para paliar una eventual laxitud del Ministerio Público y para obligar a perseguir las infracciones en los casos ñeque no hubiera hecho. En los procedimientos previstos para este fin, en Bélgica, en Francia y en los Países Bajos, dos se reencuentran en los tres Estados. Por una parte, el Ministerio De Justicia y los Procuradores de las Cortes de apelación pueden dar la orden de acusar a los funcionarios de su oficina; por otra, las partes perjudicadas pueden ejercer una influencia directa sobre la acción pública; en los dos primeros Estados, constituyéndose como partes civiles y poniendo así, ellas mismas, la acción pública en movimiento, en los Países Bajos, sometiendo la decisión de archivo sin acusación a una jurisdicción que tiene facultades d ordenar la formulación de las acusaciones". En el ordenamiento alemán, como señala ARMENTA, *Criminalidad de bagatela...*, Págs. 48 a 50, siendo la regla general la conformidad judicial, existen excepciones en las que el Fiscal puede archivar sin necesidad de autorización judicial siempre que éste se produzca antes del ejercicio de la acción penal (vid. Pgfs. De la StPO 153.II, 153.I.1.). Sobre los controles endoprocesales que aseguran la sujeción del Ministerio Público italiana al principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal vid. Sentencia de la Corte Constitucional italiana (28 de enero) 15 de febrero de 1991, N.88 (fundamento jurídico 4). No faltan autores en la doctrina italiana que advierten la perplejidad que puede causar el control judicial sobre la solicitud de archivo de un Ministerio Público con las mismas garantías de independencia que el Juez, vid. CHIAVARIO, *L'AZIONE PENALE...*, Págs. 79 y 80.

<sup>1305</sup> GONZÁLEZ CANO Y ROMERO PRADAS, "El principio de oportunidad...", Págs. 712 y 713.

concretas, no desean largos procesos penales ni mucho menos la condena de la contra parte únicamente desean una pronta compensación a sus pretensiones, por lo que compensada cada pretensión, las partes involucradas se sienten satisfechas con el proceso y con el sistema de administrar justicia, por lo que la cantidad de casos bagatela de poca trascendencia social, se solucionan con medias desjudicializadoras, que con autorización judicial como es la oportunidad reglada, logran soluciones pacíficas y armónicas dentro del Estado de Derecho. Existe pues un consenso unánime en el sentido de los beneficios que dichas medidas dimanen dentro de la práctica forense, y existe la intención de ampliar el criterio de oportunidad para más delitos y circunstancias que se encuentran reguladas en el ordenamiento legal.

La acción penal en Guatemala se divide en: acción penal pública, acción penal pública dependiente de instancia particular o que requiera autorización estatal, acción penal privada.<sup>1306</sup>

El Ministerio Público en Guatemala ejercita la acción penal en nombre de la sociedad, de oficio cuando los delitos son de acción penal pública, excepto, los delitos contra la seguridad del tránsito y aquellos cuya sanción principal sea la pena de multa que serán tramitados y resueltos por la denuncia de autoridad competente<sup>1307</sup> conforme al juicio de faltas que establece el mismo código.<sup>1308</sup> Por la simpleza y brevedad de los delitos de

---

<sup>1306</sup> Artículo 24 del Código procesal penal de Guatemala

<sup>1307</sup> Ver artículo 24 bis del código procesal penal de Guatemala

<sup>1308</sup> El Título V del Código procesal penal de Guatemala establece el juicio por Faltas según el artículo 488 el Procedimiento “Para juzgar faltas, los delitos contra la seguridad de tránsito y todos aquellos cuya sanción de multa, el juez de paz oír al ofendido o a la autoridad que hace la denuncia e inmediatamente al imputado. Si éste se reconoce culpable y no estiman necesarias diligencias ulteriores, el juez en el mismo acto pronunciará la sentencia correspondiente aplicando la pena, si el caso, y o ordenará el comiso o la restitución de la cosa secuestrada, si fuere procedente” el artículo 489 establece lo que es el Juicio oral “ Cuando el Imputado no reconozca su culpabilidad o sean necesarias otras diligencias, el juez convocará inmediatamente a juicio oral y público al imputado, al ofendido, a la autoridad denunciante y recibirá las pruebas pertinentes. En la audiencia oír brevemente a los comparecientes y dictará de inmediata la resolución respectiva dentro del acta, absolviendo o condenando.” El artículo 490 Prórroga de la audiencia “El juez podrá prorrogar la audiencia por un término no mayor de tres días, de oficio o a petición de parte, para preparar la prueba, disponiendo la libertad simple o caucionada del imputado” en artículo 491 establece lo que se relaciona a los Recursos “ Contra la sentencia dictadas en esta clase de juicios procederá el recurso de apelación, del que conocerá el juzgado de primera instancia competente que resolverá dentro del plazo de tres días y con certificación de lo resuelto devolverá las actuaciones inmediatamente. La apelación se interpondrá verbalmente o por escrito con expresión de agravios dentro del término de dos días de notificada la sentencia.” Con respecto a lo que es la apelación comúnmente se hace en forma verbal después de dictada la sentencia en el mismo acto del debate en ese momento la práctica nos ha enseñada a hacerla efectiva, y comúnmente cuando se dilata la sentencia y se da a conocer por escrito en este caso es cuando se plantea en forma escrita.

seguridad de tránsito la forma en que se dilucidan es por medio del procedimiento de faltas cuya tramitación es expedita y sencilla.

Según la política criminal del Estado de Guatemala transformó según decreto 79-97 del Congreso de la República ciertos delitos que antes se encontraban comprendidos como delitos de naturaleza pública, a delitos de acción penal pública dependiente de instancia particular, dejando un criterio más para que el fiscal en su libre discreción y a su juicio determinara si en uno de estos casos en particular mediaran razones de interés público, los delitos son: 1) Lesiones leves o culposas y contagio venéreo, 2) Negación de asistencia económica e incumplimiento de deberes de asistencia, 3) Amenazas, allanamiento de morada, 4) Estupro. Incesto, abusos deshonestos y violación cuando la víctima fuera mayor de dieciocho años, si la víctima fuere menor de edad, la acción será pública, 5) Hurto, Alzamiento de bienes y defraudación en consumos, cuando su valor no excediere diez veces el salario mínimo, para el campo al momento de la comisión del delito, excepto que el agraviado sea el Estado, caso en que la acción será pública. – Con respecto a este caso en particular, en Guatemala hay dos salarios mínimos uno para el campo y el otro para la Ciudad, para el primero el salario es un poco menor que para el segundo, esto puede determinarse como un violación al principio constitucional de igualdad, toda vez que en el campo donde el trabajo es más pesado y mucho más difícil se gana en menor cantidad que en la ciudad, como que si se descompensará la desigualdad de oportunidades y servicios que en cada habitante del campo lamentablemente posee.<sup>1309</sup> Con respecto al Estado cuando es el caso en que es agraviado, las circunstancias son distintas la acción necesariamente tendrá que ser pública, esto ocurre al igual que en el caso 6) En la Estafa que no sea mediante cheque, sin provisión de fondos, toda vez que este tipo de estafa esta considerada como delito de acción privada, o cuando el ofendido sea el Estado, en cuyo caso la acción como se consigno anteriormente será pública. 7) Apropiación y Retención indebida, este tipo de delito, aunque no se establezca el monto de tal delito se ha de entender que deben concurrir las mismas características que los contemplados en el inciso 5) es decir que su valor no exceda de diez veces el salario mínimo del campo y que no sea el Estado el agraviado porque en todo caso la acción ha de ser pública. En esta norma el

---

<sup>1309</sup> En Guatemala las condiciones de la Gente del campo o del interior son calamitosas, circunstancias estas paupérrimas en donde a cada trabajador en la mayoría indígena no cuenta con los más indispensables y mínimos servicios de salud y educación,

legislador parece poco claro y taxativo en la misma, su regulación no puede considerarse expresamente clara y que puede dar lugar a diversas interpretaciones, aunque la más correcta según el sentido de la misma es la que manifestada anteriormente. 8) Los delitos contra la libertad de cultos y sentimiento religioso – Este tipo de ilícitos deben ser determinados de naturaleza pública y no mixta, toda vez que aquí entra en juegos valores constitucionales y primordiales que deben prevalecer dentro de un auténtico estado social y constitucional de derecho, la libertad de religión es uno de los principales logros y valladares del actual Estado de Derecho, aunque en Guatemala ya no se da confrontaciones entre Católicos y Protestantes como en otrora se dieron, actualmente la libertad de culto se da en relación a la fe y cosmovisión Maya en que muchas veces es criticada y vilipendiada por varios sujetos que consideran a los sacerdotes mayas, como infieles brujos o hechiceros y destruyen sus altares ceremoniales o los insultan cuando los mismos realizan sus ceremonias, teniendo presente que la fe maya fue devastada, destruida y casi arrancada en el tiempo de la conquista y colonia, en donde se destruyó las pirámides sagradas y lugares ceremoniales y se suplantó la fe construyendo sobre de ellas iglesias. Es innegable que después de más de quinientos años aun hoy día la fe maya empieza a salir del subterfugio y oscuridad en el que se práctico <sup>1310</sup> y que este conjunto de creencias y lugares constituyen para Guatemala uno más de sus tesoros culturales y que el gobierno debe protegerlo como Parte del Patrimonio Cultural de la nación que ya se ha visto muy erosionado. Se es en Guatemala casi el setenta por ciento de la población indígena razón por la que esto debe ser imperativo. 9) La alteración de linderos y 10) La usura y negociaciones usurarias.

La acción para perseguir los delitos a que se refiere las líneas anteriores será de acción pública cuando fueren cometidos por funcionario o empleado público en ejercicio o con ocasión de su cargo. – Esto implica que el hecho de cometerse un delito por un funcionario público constituye ya una razón más de interés público para esclarecerlo y llevarlo a proceso. <sup>1311</sup>

---

<sup>1310</sup> Los centros ceremoniales mayas deben ser en primer lugar un objetivo primordial de protección por parte del Estado, toda vez que es parte del ya muy erosionado patrimonio cultural de Guatemala razón por la cual los mismos deben ser cuidados y garantizar la seguridad de creyentes que acuden a dichos lugares

<sup>1311</sup> Según el artículo 24 Ter del Código Procesal Penal de Guatemala establece “... En caso de que la víctima fuera menor o incapaz, la instancia particular podrá efectuarla quien ejerza su representación legal o por su guardador. Sin embargo se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador o contra un incapaz que no tenga tutor ni guardador o cuando el delito fuere cometido por uno de sus parientes dentro de los grados de ley tutor o guardador.”

La instancia de parte obligará a la acción pública, excepto el caso de conciliación que amerite la aplicación de un criterio de oportunidad o la autorización de la conversión de la acción pública en privada. En casos de flagrancia, la policía deberá intervenir para evitar que continúe la lesión del bien jurídico tutelado o la comisión de otros delitos y para asegurar los medios de investigación. Para los casos en que se requiera de autorización estatal para el inicio de la acción penal el Ministerio Público procederá para el trámite del Antejudio, - El cual no es más que un derecho que ostentan los funcionarios públicos electos popularmente o que ostente un alto grado competencia jurisdiccional o administrativa.<sup>1312</sup>

También dentro del decreto 79-97 del Congreso de la República que instaura una nueva política criminal considera que según el artículo 24 Quater que la acción privada corresponderá para los delitos siguientes: 1) los Relativos al Honor, 2) Los Daños, 3) los Relativos al Derecho de autor, la propiedad industrial y delitos informáticos: estos se dividen en a) violación de autor, b) violación a derechos de propiedad industria, c) violación a los derechos marcarios, d) alteración de programas e) Reproducción de instrucciones o programas de computación, f) Uso de información. 4) Violación y Relevación de Secretos. 5) Estafa mediante Cheque, Con respecto a la Estafa mediante cheque que se encuentra regulada como un delito de acción privada, me parece un desacierto por parte del legislador, en virtud que la cantidad de casos que en la praxis

---

<sup>1312</sup> Artículo 293 del código Procesal Penal de Guatemala: “Cuando la viabilidad de la persecución penal dependa de un procedimiento previo, el tribunal competente, de oficio o a petición del Ministerio Público solicitará el antejudio a la autoridad que corresponda, con un informe de las razones que justifican el pedido y las actuaciones originales. En los demás se regirá por la constitución de la Republica y leyes especiales. Contra el titular del privilegio no se podrán realizar actos que impliquen una persecución penal y sólo se practicarán los de investigación cuya pérdida es temer y los indispensables para fundar la petición. Culminada la investigación esencial se archivarán las piezas de convicción, salvo que el procedimiento continúe con la relación a otros imputados que no ostenta el privilegio. El artículo 161 de la Constitución de Guatemala determina 161 Prerrogativas de los diputados: “Los diputados son representantes del pueblo y dignatarios de la nación. Como garantía para el ejercicio de sus funciones gozarán desde el día que les declare electos de las siguientes prerrogativas a) Inmunidad personal para no ser detenidos ni juzgados, si la Corte Suprema de Justicia no declara previamente que ha lugar a formación de causa después de conocer el informe del juez pesquisidor que deberá nombrar para el efecto. Se exceptúa el caso de flagrante delito en que el diputado sindicado deberá ser puesto inmediatamente a disposición de la junta directiva o comisión Permanente del Parlamento para los efectos del antejudio correspondiente.” El artículo 206 del cuerpo constitucional de Guatemala establece: “Los magistrados y jueces gozarán del derecho de antejudio en la forma que lo determine la ley. El Congreso de la República tiene competencia para declarar si ha lugar o no a formación de causa contra el Presidente del Organismo Judicial y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.” El artículo 258 de la Constitución establece: “Los alcaldes no podrán ser detenidos ni enjuiciados sin que preceda declaración de autoridad judicial competente de que ha lugar a formación de causa, salvo delito flagrante...”

forense de Guatemala sucede es cuantiosa en tal virtud y tomando en consideración que este tipo de casos ostentan una prueba documental inobjetable e indubitable que bien permite que se pueda incoar un procedimiento para aplicar un criterio de oportunidad so pena de un mal mayor para el actor, sin embargo la transmutación de convertir este ilícito penal al ámbito de la acción privada evita un efectivo acceso a la justicia penal y en tal razón se convierte en un gasto para las partes en virtud que es indispensable la contratación de los servicios de abogados particulares para trámite respectivo<sup>1313</sup> aunque la misma norma establece un procedimiento para que el Ministerio Público valore una persona de escasos recursos según investigaciones realizadas por estudiantes a quien el autor ha asesorado en sus tesis de licenciatura se ha determinado que solo en el Departamento de Izabal no ha existido ningún caso en que el Ministerio Público haya ayudado a una persona en un delito de acción privada de estafa mediante cheque sin provisión de fondos toda vez que muchas de las personas desconocen que pueden solicitar el auxilio del Ministerio Fiscal y cuando lo hacen manifiestan que no cuenta con una trabajadora social que valore y determine cuando una persona cuenta con escasos recursos económicos y justifican su inactividad argumentado una excesiva carga de trabajo en delitos públicos como para dedicarse a tales menesteres<sup>1314</sup>. Por lo anteriormente expuesto puede considerarse poco prudente haberlo consignado como delito de acción privada cuando reviste características precisas y su recurrencia en la práctica forense constituye un interés público.

En todos los casos anteriores se procederá únicamente por acusación de la víctima, pero si carece de medios económicos se procederá conforme el artículo 539<sup>1315</sup> de este cuerpo legal, que reza: “Quien pretenda querellarse y acredite carecer de medios

---

<sup>1313</sup> aunque los gastos del abogado patrocinante corren por la parte vencida, esto en la mayoría de casos no se da, en virtud de que comúnmente se llega a un acuerdo entre las partes después de iniciado el proceso y de haber gastado cierta cantidad de dinero y en el mayor de los casos el acusado no paga los gastos o costas judiciales

<sup>1314</sup> BOROR DE LA ROSA, Tesis “La inoperatividad del auxilio del Ministerio Público a personas de escasos recursos económicos en delitos de Acción Privada” USAC, Guatemala 2003. Conclusiones de su tesis de grado. Como licenciado en Ciencias jurídicas y Sociales (miembro de la Fiscalía distrital del Ministerio Público del Departamento de Izabal Guatemala Centroamérica) Asesorada por el autor del presente trabajo.

<sup>1315</sup> Artículo 538 “Delegación de la Acción civil: Cuando el titular de la acción, sea un menor o incapaz que carezca de representación, el Ministerio Público se encargará del seguimiento de la acción civil en la forma legal que corresponda.” Artículo 539: Querrela: Quien pretenda querellarse y acredite carecer de medios económicos para hacerlo, podrá solicitar el patrocinio del Ministerio público. Este precepto rige especialmente para casos de delito de acción privada. Admitido el patrocinio, el interesado expedirá el poder especial correspondiente mediante acta ante el Ministerio Público...”

económicos para hacerlo, podrá solicitar el patrocinio del Ministerio público... Admitido el patrocinio el interesado expedirla el poder especial correspondiente mediante acta ante el Ministerio público. Y Dichos delitos se convierten en públicos cuando se da el caso de que la víctima fuere menor o incapaz que no tenga padres, tutor ni guardador o contra un incapaz que no tenga, tutor ni guardador o cuando el delito fuere cometido por uno de sus parientes dentro de los grados de ley, tutor o guardador.

El Procedimiento en este tipo de casos se encuentra regulado en los artículos 474 al 483 del Código procesal penal. Mediante una querrela, en lo particular el artículo 474 establece “Quien pretenda perseguir un delito de acción privada, siempre que no produzca impacto social,...” en este caso el legislador aun después de lo preceptuado en el artículo 24 Quater, insiste nuevamente en que dicho delito no debe producir impacto social, es pues que dicho precepto nos deja una incógnita a despejar en relación a lo que es el impacto social, ¿constituye un aspecto subjetivo que debe valorar el Juez? O bien ¿es un postulado para recalcar que solo son presentadazos dichos delitos por que por consiguiente carecen de Impacto Social? Aquí existe pues dos supuestos en el primer supuesto el Tribunal de Sentencia<sup>1316</sup> sería quien tiene competencia en este tipo de acciones el juez quien analizara la querrela presentada ante su tribunal y según su juicio determina si dicha querrela produce o no impacto social de considerarla que produce impacto social, ha de inhibirse y remitirlo a un Tribunal de Primera instancia para que conozca del asunto y que al conocer de audiencia al Ministerio público para la persecución del mismo.

De esto cabría determinar: ¿Cómo un delito puede producir impacto social? Bueno hasta el momento en Guatemala no se ostenta ninguna doctrina o jurisprudencia al respecto, pero puede determinarse que el impacto social, puede valorarse cuando tal ilícito penal promueve un alboroto social o bien por que el delito dimana dentro de la sociedad una lesión o estupor colectivo, razón por la cual la misma colectividad tiene un interés para ver las resultas de dicho proceso. Y siempre y cuando el mismo no haya sido cometido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones, en contra de un menor por un pariente dentro de los grados de ley, tutor o guardador. En el segundo supuesto se puede considerar que es un postulado para recalcar y poner en relieve que dicho procedimiento se realiza

---

<sup>1316</sup> Artículo 474 Querrela: “Quien pretenda perseguir por un delito de acción privada, siempre que no produzca impacto social, formulará acusación, por sí o por mandatario especial, directamente ante el Tribunal de sentencia competente...”

solo para obligar a la judicatura para determinar si dichos delitos cumplen con los requisitos establecidos en ley como lo es que no son cometidos por funcionarios o por parientes tutor o guardador en contra de un menor o incapaz. Según se puede deducir que en este caso el legislador más que otorgarle al Tribunal de Sentencia decidir sobre la valoración o no del impacto social, lo que hace es recalcar que dicho ilícito penal se ajusta a derecho. En la practica no se ha visto ningún solo caso en que el Tribunal de Sentencia desestime una querrela por considerarla que la misma lleva implícito un delito que produce impacto social.<sup>1317</sup>

El Tribunal de sentencia debe fijar en este tipo de delitos una audiencia de conciliación para que las partes dialoguen y lleguen a un acuerdo<sup>1318</sup> Es pues el impacto social y la conciliación los conceptos más importantes que le dan forma al principio de oportunidad dentro de la experiencia de Guatemala.<sup>1319</sup>

---

<sup>1317</sup> Artículo 475 “In admisibilidad: “La querrela será desestimada por auto fundado cuando sea manifiesto que el hecho con constituye un delito, cuando no se pueda proceder o faltare alguno de los requisitos previstos. En ese caso, se devolverá al querellante el Escrito y las copias acompañadas, incluyendo la de la resolución judicial. El querellante podrá repetir la querrela, corrigiendo sus defectos, si fuere posible, con mención de la desestimación anterior. La omisión de este dato se castigara con multa de diez a cien quetzales.” Artículo 476 Investigación Preparatoria “cuando fuere imprescindible llevar a cabo una investigación preliminar por no haber sido posible identificar o individualizar al querrellado o determinar su domicilio o residencia o fuere necesario establecer en forma clara y precisa el hecho punible, el querellante requerirá por escrito indicando las medidas pertinentes. El Tribunal así lo acordará y enviará el expediente al Ministerio Público para que actúe conforme las reglas de la investigación preparatoria quien lo devolverá una vez concluida las diligencias.” En este tipo de casos existe una homologación en la investigación por parte del querellante para el Ministerio Fiscal, en este tipo de casos si un delito es de naturaleza privada el Ministerio Público por lo menos no debe para participar más allá de sus atribuciones, en este caso estaría realizando una labor que le concierne únicamente a la parte querrellada, la investigación es el cincuenta por ciento del proceso razón por la cual si el Ministerio público se desliga de este tipo de delitos es para procurar mayores recursos en investigar otros casos y no en investigar este tipo de casos

<sup>1318</sup> Artículo 477 “Previo a acudir a la audiencia de conciliación, las partes podrán someter su conflictos al conocimiento de centros de conciliación o mediación, para que una vez obtenido el mismo se deje constancia de lo que las partes convengan en acta simple que se presentará al tribunal para su homologación, siempre que con dicho acuerdo no se violen preceptos constitucionales y tratados internacionales en materia de derechos humanos. En caso de acuerdo de mediación no se suscriba en el plazo de treinta días las partes quedan en la libre disposición de acudir a la jurisdicción para accionar en la forma correspondiente. Admitida la querrela el tribunal convocará a una audiencia de conciliación remitiendo al querrellado una copia de la acusación. La audiencia será celebrada ante el Tribunal quien dará la oportunidad para que querellante y querrellado dialoguen libremente en busca de un acuerdo. El resultado de la audiencia constará en acta y se consignará lo que las partes soliciten.”

<sup>1319</sup> El artículo 25 Ter Establece: “Conciliación. Formulada la solicitud por parte del Ministerio Público o por el sindico municipal por el agraviado o el imputado o su defensor para la aplicación de un criterio de oportunidad, el juez de paz citará a las partes, bajo apercibimiento de ley a una audiencia de conciliación: presentes las partes el juez explicará el objeto de la audiencia procediendo a escuchar en su orden al fiscal o auxiliar del Fiscal o sindico municipal a la victima o agraviado y al imputado. El juez debe obrar en forma imparcial, ayudando a las partes a encontrar una solución equitativa Justa y Eficaz, para propiciar la solución del conflicto. Su función es la de ser un facilitador en la comunicación y el dialogo constructivo entre las

Son según criterio del sustentante del presente trabajo, dos los conceptos más importantes en relación al principio de oportunidad el Primero de ellos es El Criterio de Oportunidad y el segundo es la Suspensión Condicional de la Persecución Penal.<sup>1320</sup>

**El Principio de Oportunidad en Guatemala** se encuentra regulado en el artículo 25 del Código procesal penal que establece el Criterio de Oportunidad que no es más que el eje fundamental en el que gira toda la desjudicialización en Guatemala, concepto que consiste en evitar que todos los procesos lleguen a un juicio, en tal medida se logre la armonía por medio de mecanismos legales de conciliación, mediante la observancia y dirección del Ministerio Público bajo autorización de la judicatura.

El Criterio de Oportunidad Regulado en Guatemala se basa en dos vallas importantes, el interés público y la seguridad ciudadana, si el interés público y la seguridad ciudadana no se ven afectados o amenazados gravemente, y si existe un acuerdo entre el actor del ilícito penal y el agraviado y si el juez lo autoriza el Ministerio Público de Guatemala puede abstenerse de ejercer la acción penal.

Los casos en los que se Puede otorgar el criterio de oportunidad son: 1) Cuando se tratare de delitos no sancionados con pena de prisión, - debe recordarse que el fin del derecho penal goza del principio de intervención mínima y las prisiones hoy por hoy en ninguna parte del mundo son suficientes para albergar a todos los transgresores de la ley, en

---

partes: Las Partes podrán ser asistidas por sus abogados. Si se llegare a un acuerdo, se levantará acta firmada por los comparecientes. Si no hubiere acuerdo, se dejara constancia de ello y continuará la tramitación del mismo. En el acta de conciliación se determinaran las obligaciones pactadas, entre las cuales se contemplará la reparación del daño y el pago de los perjuicios si hubiere lugar a ello, señalando, si así se hubiere acordado, el plazo para su cumplimiento y la constitución de las garantías necesarias. La certificación del acta de conciliación tendrá la calidad de Título ejecutivo para la acción civil. Si el Ministerio Público considera que es procedente el criterio de oportunidad y la víctima no acepte una de las fórmulas de conciliación propuestas, podrá otorgar la conversión de la acción a petición del agraviado. Artículo 25 Quater “Las partes, sólo de común acuerdo en los delitos condicionados a instancia particular, en los de acción privada así como aquellos en los que proceda el criterio de oportunidad, excepto el numeral 6to del artículo 25 con la aprobación del Ministerio público o sindico municipal, podrán someter sus conflictos penales al conocimiento de centros de conciliación o mediación registrados por la Corte Suprema de Justicia a través de los Juzgados de primera Instancia penal correspondientes. Integrados por personas idóneas nativas de la comunidad o bajo la dirección de abogado colegiado capaces de facilitar acuerdos y una vez obtenidos los mismos se trasladará un acta suscrita al juez de paz para su homologación. Siempre que no viole la Constitución o tratados internacionales en Derechos Humanos, para lo cual bastará un breve decreto judicial que le dará valor de Título ejecutivo al convenio suficiente para la acción civil en caso de incumplimiento de los acuerdos patrimoniales.”

<sup>1320</sup> Este punto de vista riñe con el autor PELLECEBARRIENTOS “Derecho Procesal Penal de Guatemala” Editorial Llerena, Guatemala 1999. al igual que con el autor PAR IUSEN “El Juicio Oral” Editorial O y A Guatemala 2000. Quienes sostienen que la desjudicialización en Guatemala se divide en cuatro en criterio de oportunidad, conversión, suspensión condicional de la persecución penal y procedimiento abreviado. Situación que es muy diferente debido al análisis que en la presente tesis se sustentara.

Guatemala las cárceles se encuentran atiborradas de personas que transgreden la ley, circunstancia por la cual los delitos que no llevan añeja prisión por parte del legislador son considerados de poco impacto social o que su comisión lleva implícita una trasgresión no muy grave a la ley penal. 2) Cuando se tratare de delitos perseguibles por Instancia Particular. – Una gran cantidad de casos que se ventilan ante el Ministerio Fiscal de Guatemala son casos de lesiones leves o culposas, amenazas, hurtos o apropiación o retención indebida de poca cuantía, en donde las partes lo que buscan entre otros aspectos es subsanar la lesión al bien que han sufrido y muchos de estos casos se dan entre vecinos, razón por la cual la convivencia entre ambos será de mucho tiempo, y la solución pacífica de esto ha dado buenos resultados en Guatemala. 3) En los delitos de acción pública cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años

La forma en que pueden aplicarse el criterio de oportunidad es a través de los jueces de Paz<sup>1321</sup> cuando los hechos no superen los tres años de prisión, aunque hoy día antes de presentar la presente tesis se encuentra un proyecto en el Congreso de Guatemala de aumentar dicho monto hasta de cinco años de prisión por parte de los jueces de paz. También puede conocer de las solicitudes y aprobarlas en estos casos por los Síndicos municipales quienes representarán al Ministerio Público. Esto recibe un comentario de una monstruosidad jurídica en el sentido que un Sindico Municipal<sup>1322</sup> es un funcionario del gobierno municipal, que nada absolutamente nada tiene que ver con la jurisdicción, este funcionario no debe ostentar ninguna facultad para poder decidir sobre la abstención o no del ejercicio de la acción penal, por parte del Ministerio Público, parece triste y lamentable que en Guatemala se quiera subsanar los grandes problemas estructurales de justicia al tener muy poco presupuesto económico el Ministerio Público por ende no cuenta con el suficiente capital para construir fiscalías en todo el territorio de la república de Guatemala y quiera no violentar un principio fundamental de la jurisdicción como lo es el acceso a la justicia otorgándole facultades a personas que no tienen nada que ver con la institución, es

---

<sup>1321</sup> Artículo 44 del Código procesal penal “Los jueces de paz tendrán las siguientes atribuciones: a) juzgarán las faltas, b) conocerán a prevención en los lugares donde hubiere juzgado de Primera Instancia o bien se encontrare cerrado por cuestiones de horario o por alguna otra razón. C) practicarán las diligencias urgentes y oirán a los detenidos dentro del plazo que manda la constitución. También podrán judicar en los términos que lo define el Artículo 308 de este código la investigación del Ministerio Público. E) Autorizaran la aplicación del criterio de oportunidad cuando en el municipio no hubiere juez de primera instancia...”

un error de dimensiones estafalarias que devienen por ser inconstitucional en su mas estricto sentido de la palabra toda vez que es facultad única, exclusiva e indivisible según el artículo 251 de la Constitución guatemalteca 24 del Código procesal penal y 1 y 5 de su Ley la Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala es ejercer la acción penal. Un Sindico municipal no tiene la facultad de representar al Ministerio Público ni de decidir la aplicación o no de un criterio de oportunidad, que discrecionalidad puede tener, y teniendo en consideración que en el mayor de los casos los síndicos municipales dentro del interior de Guatemala son neófitos del derecho, que en el mejor de los casos pueden hablar y escribir español y que gocen del sexto grado de escolaridad mínima. Por lo que deviene imperativo ejercer las acciones correspondientes para que se establezca la inconstitucionalidad de la presente norma y buscar el mecanismo reparador de la inmensa mayoría de casos que se han tramitado de esta forma.

Cuando las penas de los delitos oscilen entre los tres años y cinco años lo aplicará el Juez de Primera instancia.<sup>1323</sup>

Los requisitos que se establecen para la aplicación del criterio de oportunidad es que la Responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sean mínima. Que el imputado haya sido afectado directa o gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada. Y debe en todo caso el imputado reparar el daño ocasionado o que exista un acuerdo con el agraviado y se otorguen las garantías para su cumplimiento<sup>1324</sup>

En caso de no existir una persona agraviada o afectada directamente el Ministerio Público o quien haga sus veces podrá solicitar al juez la aplicación del criterio de oportunidad siempre que el imputado repare los daños y perjuicios causados a la sociedad u otorgue las garantías suficientes para su resarcimiento en le plazo máximo de un año. En caso de insolvencia el imputado deberá retribuir el daño social mediante la prestación de un

---

<sup>1322</sup> Artículo 254 de la constitución de Guatemala “ El gobierno municipal será ejercido por un consejo el cual se integra con el alcalde, los síndicos y concejales, electos directamente por sufragio universal y secreto para un período de cuatro años pudiendo ser reelectos.”

<sup>1323</sup> Artículo 47 del código procesal penal de Guatemala: “Los jueces de primera instancia tendrán a su cargo el control jurisdiccional de la investigación efectuada por el Ministerio público, en la forma en que este código establece...”

<sup>1324</sup> Artículo 25 bis, del código procesal penal de Guatemala “...incluso pueden aplicarse los usos y las costumbres de las diversas comunidades para la solución de los conflictos, los principios generales del derecho o la equidad siempre que no violen garantías constitucionales ni tratados internacionales en materia de derechos humanos....”

servicio social a la comunidad en la actividad que el tribunal designe, en periodos de diez a quince horas semanas. Durante el lapso de un año en el que deberá observar además las normas de conducta y abstenciones que el tribunal le señale, si desobedeciere las reglas de conducta o abstenciones impuestas cometerá el delito de desobediencia.<sup>1325</sup>

Existe una situación muy importante en lo que se refiere a la norma del artículo 25 inciso 6) del código procesal penal de Guatemala que se refiere al criterio de oportunidad en el sentido que: “El criterio de oportunidad se aplicará por los jueces de primera instancia obligadamente a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz contra los autores de los delitos siguientes: Contra la salud, defraudación contrabando, delitos contra la hacienda pública, la economía nacional, la seguridad del Estado, contra la constitución, contra el orden público, contra la tranquilidad social, cohecho, peculado y negociaciones ilícitas así como en los casos de plagio o secuestro...” En este caso la norma reza que el juez obligadamente, no estipula si a su juicio o según su criterio, la norma aquí es imperativa **a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz contra los autores...**” Lo que no ha quedado del todo claro es la ambigüedad en que se encuentra redactada dicha norma en la perspectiva que se puede otorgar solo para el autor o cómplice del delito de encubrimiento, o para el cómplice de los delitos antes expuesto al igual que el autor del delito de encubrimiento.

Si bien es cierto, en todo caso, el Fiscal en el proceso penal de Guatemala tiene una amplia facultad de determinar y incoar el proceso penal por los delitos que según su criterio se cometan, puede existir en este caso un gran margen de discrecionalidad para determinar que un delincuente ha sido autor de un delito o bien ha participado en el mismo como cómplice y que por conveniencias del proceso y para los fines de salvaguardar otros bienes mayores, como la seguridad nacional, el orden público etc. Se le favorezca

---

<sup>1325</sup> Las abstenciones que pueden imponerse son según el artículo 25 bis: “ 1) Residir en lugar determinado o someterse a la vigilancia que determine el juez 2) La prohibición de visitar determinados lugares o personas, 3) Abstenerse del uso de estupefacientes o bebidas alcohólicas, a mi parecer lo más conveniente a mi parecer es someterse a un tratamiento de terapia grupal o de ayuda psicológica para superar las dependencias, 4) Finalizar la escolaridad primaria, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en la institución que determine el juez 5) Realizar trabajo de utilidad pública a favor del Estado instituciones de beneficencia fuera de sus horarios habituales de trabajo, 6) Someterse a un tratamiento médico o psicológico si fuere necesario, 7) Prohibición de portación de arma 8) prohibición de salir del país 9) Prohibición de conducir vehículos automotores 10) Permanecer en un trabajo o empleo, adoptar en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia.

incoando proceso como responsable en el grado de autor del delito de encubrimiento pero si y solo si y como dice el final de la norma la declaración prestada por éste sea eficaz.

Si no es eficaz no puede otorgarse dicho beneficio, aquí en este aspecto reza el postulado de que es mejor sacrificar un pez chico por uno mayor <sup>1326</sup>

Es posible apreciarse que podría incluso ampliarse esta norma para que se aplique para los delitos de narco-actividad en donde es en todo caso negociar con el diablo, pero los resultados en pro de la lucha contra la delincuencia tendrían que ser mayores.

La norma estipula que durante el trámite del proceso aquellas personas no podrán ser sometidas a persecución penal respecto de los hechos de que presten declaración, siempre que su dicho contribuya eficazmente a delimitar la responsabilidad penal de los autores de los mencionados delitos bajo estricta responsabilidad del Ministerio Público, lo que se establecerá en la efectiva investigación del Fiscal. En este caso, el juez de Primera instancia está obligado a autorizarlo, aplicándose de oficio en esta oportunidad el sobreseimiento correspondiente. Por ser casos muy especiales la norma también estipula que la declaración se recibirá con observancia de los requisitos de la prueba anticipada, procediendo el agente fiscal que tiene a su cargo la investigación a determinar la forma adecuada de presentación ante el Juez respectivo. Si el Fiscal tuviere que trasladarse, el Juez de Primera instancia que controla la investigación, con carácter urgente y conforme a la ley, deberá en este caso, comisionar al juez competente que junto al fiscal deberá trasladarse al lugar donde la persona se encuentra para realizar la diligencia. <sup>1327</sup>

Es interesante determinar que dicha norma violenta drásticamente el poder de decisión y valoración del Juez de los hechos, en este caso el legislador no pone en consideración los hechos al juez para que este los juzgue, los valore y emita su análisis, y controle si se encuentran apegado a derecho y al interés público las solicitudes del Ministerio Público, sino por el contrario que el legislador lo vuelve autómatas del derecho quien se dedica únicamente a aplicarlo.

Ahora bien con el segundo aspecto que tiene mucha relación con el principio de oportunidad **es la suspensión condicional de la persecución penal**. Y se da cuando en los delitos cuya pena máxima no exceda los cinco años de prisión y en los delitos culposos el

---

<sup>1326</sup> Ha habido casos en que el delito de secuestro en Guatemala ha proliferado enormemente, cuando se necesite salvar a la víctima puede que con este fin pueda aplicarse este caso.

<sup>1327</sup> Ver artículo 25 del Código Procesal Penal de Guatemala.

Ministerio Público podrá proponer la suspensión de la persecución penal si a su criterio el imputado no revela peligrosidad y si concurren los requisitos para la suspensión de la pena, es pues no es menester llegar a incoar un procedimiento, llegar a juicio y que en la sentencia se le otorgue al procesado el beneficio de la suspensión condicional de la pena, Es pues que para evitar todo ese camino y en función de un principio de economía tanto procesal como monetaria, se le otorga dicho beneficio al sindicado, si concurren los siguientes requisitos. Una declaración espontánea, reparación del daño causado, o bien asumiere garantizar la obligación de reparación con garantía consistente en prenda o hipoteca o fianza, que no tenga indicios de peligrosidad criminal, que no sea rea reincidente, que carezca de antecedentes penales, que haya tenido antes de la perpetración del hecho buen comportamiento.

La suspensión de la persecución penal no puede ser inferior de dos años ni mayor de cinco, el juez dispondrá durante el período de prueba que el sujeto se somete a un régimen que determinara en cada caso y que llevará por fin mejorar la condición moral educación y técnica del sujeto, bajo control de los tribunales.<sup>1328</sup>

Si el imputado se apartare considerablemente en forma injustificada de las condiciones impuestas o cometiere nuevo delito, se revocará la suspensión y el proceso continuará su curso. En el primer caso, el tribunal podrá ampliar el plazo de prueba hasta el límite de cinco años cuando hubiere fijado originalmente una inferior.<sup>1329</sup>

Se puede apreciar que estos son los dos principales ejes del principio de Oportunidad en Guatemala, en todo caso si no se cumpliera alguna de las circunstancias para aplicar dicho beneficio pero concurrieran otras puede aplicarse dos procedimientos especiales que son:

El primero de Ellos se denomina **La Conversión** y se encuentra Regulado en el artículo 26 del código procesal penal de Guatemala que no es más que “las acciones de ejercicio de un delito de acción pública pueden ser transformadas en acciones privadas, únicamente ejercitadas por el agraviado conforme el procedimiento especial previsto y siempre que no produzcan impacto social a un delito de acción privada...” Los casos son los siguientes: 1) Cuando se trate de los casos previstos para prescindir de la persecución penal conforme el criterio de oportunidad – es decir que si el Ministerio público considera

---

<sup>1328</sup> Artículo 29 del Código procesal penal de Guatemala.

que es procedente el criterio de oportunidad y la víctima no aceptare una de las formulas de conciliación propuestas, por no ser suficiente el pago del daño o cualquier otra circunstancias o que es su deseo que se le sancione penalmente al responsable, se podrá otorgar la conversión siempre y solo a petición del Agravado.<sup>1330</sup>

2) En cualquier delito que requiera de acción pública pendiente de instancia particular, a pedido del legitimado y el Ministerio Público lo autorice porque no existe un interés público gravemente comprometido y el agraviado garantiza una persecución penal eficiente... 3) En los delitos contra el patrimonio según sean de instancia particular y el agraviado garantiza una persecución penal eficiente...<sup>1331</sup>

Los requisitos importantes es que el agraviado se encuentre insatisfecho y que se encuentre en una posición envidiable en la cual pueda garantizar una efectiva persecución penal. En este caso según un estudio realizado en el departamento de Santa Rosa en Guatemala sobre la efectividad de la Conversión los resultados que arrojaron dicho estudio es que no se ejerce, es ineficaz las partes del proceso penal en este caso el agraviado muchas veces no cuenta con los recursos necesarios para garantizar una eficaz persecución penal, en todo caso y para evitar perder tiempo que en muchos casos no es recompensado se acepta las componendas establecidas en las negociaciones ante la Fiscalía.<sup>1332</sup>

El segundo de ellos se denomina **Procedimiento Abreviado**: y se encuentra regulado en el artículo 464 del Código procesal penal de Guatemala y se da “si el Ministerio público estimare suficiente la imposición de una pena no mayor a cinco años de privación de libertad, o de una pena no privativa de libertad, o aún en forma conjunta podrá solicitar que se proceda según este titulo concretando su requerimiento ante el Juez de Primera Instancia en el procedimiento intermedio. Para Ello El Ministerio Público deberá contar con el acuerdo del Imputado y su defensor, que se extenderá a la admisión del hecho descrito en la acusación y su participación en él y la aceptación de la vía propuesta.

Es pues que concurren mucho de los requisitos del Criterio de oportunidad, pero en la práctica se da cuando no existe propiamente dicho un agraviado y el Fiscal no considera

---

<sup>1329</sup> Artículo 30 del Código procesal penal de Guatemala.

<sup>1330</sup> Artículo 25 Ter del Código Procesal Penal de Guatemala

<sup>1331</sup> Artículo 26 del Código Procesal Penal de Guatemala.

<sup>1332</sup> BENITO GARCIA “ La ineficacia de la conversión en el Departamento de Santa Rosa” USAC Tesis de licenciatura de Ciencias jurídicas y Sociales 2004 Facultad de Derecho, (miembro de la Fiscalía distrital del

conveniente otorgarle el beneficio del criterio de oportunidad, ni una suspensión condicional de la persecución penal en ese orden de ideas, el Fiscal considera que es más conveniente para el interés público la imposición de una pena que aunque la misma no se cumpla porque en el mayor de los casos el juez de primera instancia otorga un sustituto penal como es la suspensión condicional de la pena, es suficiente para el Fiscal el hecho de condenar al imputado. Es pues que con este procedimiento se abrevia el procedimiento común y por lo tanto se requiere la aceptación de la acusación y que el imputado sea confeso y que el Defensor lo acepte.

Puede existir el caso que el tribunal no admite la vía solicitada por considerar que conviene más un procedimiento común ante la posibilidad que corresponda una pena superior a la señalada y puede emplazar al Ministerio Público para que concluya la investigación y formule nuevo requerimiento.

Es pues que en Guatemala se ejercita una discrecionalidad reglada y controlada por el Órgano jurisdiccional de las decisiones del Ministerio Público.

Puede decirse que aun con tantas imperfecciones de tipo logístico y aunque muchas veces la gran mayoría de delitos bagatela son los que se ventilan en las fiscaliza del Ministerio Público en Guatemala si hay un proclive grado en que se ha tratado de prostituir estos principios convirtiéndolos en el común denominador y tratando de entorchar los hechos a tal medida de encuadrarlos para que sea posible la aplicación de los mismos, no puede negarse que han ayudado a la descongestión de los procesos en los tribunales y se han centrado mayores esfuerzos en la lucha contra la delincuencia organizada que hoy por hoy en Guatemala es una lucha incansable en contra de un único monstruo de tres cabezas que se encuentra unificado en, el narcotráfico, el contrabando y la criminalidad gubernativa.<sup>1333</sup>

Por lo que puede ser recomendable para el ordenamiento jurídico de España.

---

Ministerio Público del departamento de Santa Rosa Guatemala Centroamérica) asesorada por el autor del presente trabajo

<sup>1333</sup> Es de gran alegría saber que en Guatemala al momento de realizar aquí en Europa la presente tesis se encuentran purgando prisión preventiva funcionarios como Ex vicepresidente de la República, Ex Ministro de gobernación, Ex Ministro de Finanzas Públicas, Ex contralor General de Cuentas, Ex Superintendente de Administración Tributaria, Ex Gerente del Seguro Social, y se encuentra en proceso penal gozando del beneficio de una medida sustitutiva el Ex Presidente del Legislativo, Ex diputados de la legislatura anterior, y

## 2. EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

### 2.1. EL MINISTERIO FISCAL Y UNA APROXIMACION AL CONCEPTO DE IMPARCIALIDAD COMO PRINCIPIO RECTOR

El Ministerio Fiscal de España a lo largo de su trayectoria histórica ha dado cabida al principio de imparcialidad junto al principio de legalidad, como rectores de su actuación,<sup>1334</sup> el artículo 124.2 de la Constitución de España, sujeta la actuación del Ministerio Fiscal al principio de imparcialidad, cuyo contenido ha sido desarrollado genéricamente por el artículo 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal el cual indica que el mismo actuará con plena objetividad e independencia<sup>1335</sup> en defensa de los intereses que le estén encomendados”<sup>1336</sup>.

---

se encuentra prófugo de la justicia el Ex presidente de la Republica por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos.

<sup>1334</sup> LOPEZ LOPEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 128 “En España incluso antes de que la LECRIM de 1992 adoptase el sistema acusatorio, formal... El Reglamento provisional para la administración de justicia de 26 de septiembre de 1835 reconoció la imparcialidad con que habían de comportarse los Fiscales y Promotores Fiscales en el ejercicio de sus funciones, pues, dejando de lado sus competencias civiles, en la jurisdicción penal debían promover la persecución y castigo de los delitos que perjudican a la sociedad con “la independencia de opinión que los mencionados promotores, como únicos responsables de sus actos en las causas que despachen, deben tener... para no pedir ni poner sino lo que ellos mismos conceptúan arreglado alas leyes” (artículo 105) y teniendo siempre “Muy presente que su ministerio, aunque severo, debe ser tan justo e imparcial como la ley en cuyo nombre le ejercen y que si bien les toca promover con la mayor eficacia la persecución y castigo de los delitos y demás intereses de la causa publica, tienen igual obligación de defender o prestar su apoyo a la inocencia... Como sabemos el reglamento provisional de 1835 fue derogado por la Ley provisional de 1870 que dejó en el trastero la imparcialidad de la Fiscalía que tímidamente se resolvió recuperar en el Estatuto de 1926 que defina en su artículo 1º. Al Ministerio Fiscal como el Representante del Gobierno ante el Poder Judicial, procurando siempre imparcialmente el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social... Dentro de la siguiente dictadura, se evolucionó desde la Ley orgánica del Estado de 1 de enero de 1967 que omitió toda referencia al principio de imparcialidad en la definición del Ministerio Fiscal, como órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales (artículo 35) hasta la sorprendentemente progresiva Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 42/1974 de 28 de noviembre dedicada la totalidad de su base 15 al Ministerio Fiscal que en su artículo 72. 1 decía que: “El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios ordenados conforme a principios de unidad y dependencia jerárquica y con sujeción a los de legalidad e imparcialidad,”

<sup>1335</sup> Aunque como LOPEZ LOPEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 139 Consideran que esto es una contradicción toda vez que el Ministerio Fiscal jamás ha sido independiente, al contrario es un ente dependiente.

<sup>1336</sup> Atendiendo a la propuesta de algunas enmiendas de modificación del artículo 6 del entonces Anteproyecto de estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (vid. Motivación de las enmiendas núm. 29 y 165, formuladas respectivamente por los Grupos Comunista y Socialista, en Estatuto Orgánico...Ob. cit., Págs. 55-56 y 99), se define un principio que sólo había sido recogido explícitamente por el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835 (artículo 107) y por el estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1926 (artículo 1) y que, en ninguno de ambos casos, había sido objeto de un desarrollo específico.

Hay que tener a cuenta que si bien es cierto el Ministerio público no es plenamente independiente aunque si posee en el ejercicio de su función cierta con autonomía en el ejercicio de sus funciones.

No puede decirse explica APARICIO que sorprenda su introducción como principio rector de la institución la imparcialidad.<sup>1337</sup> Algunos autores han dicho que la imparcialidad es la esencia de la actuación de los poderes públicos en la satisfacción del interés general, sea éste coincidente o no con los legítimos intereses particulares o privados con los que pueda concurrir<sup>1338</sup>.

El Ministerio Fiscal como expresión de un poder público juridificado, no podría venir regido en su quehacer por principio distinto a la imparcialidad, que marca la actuación del conjunto de los órganos e instituciones del Estado.<sup>1339</sup>

Ahora bien, al igual que ocurre con el principio de legalidad, el Ministerio Fiscal es un órgano no encargado de definir sino de defender el interés público y social y hacerlo, además, cuando estos intereses entran en conflicto en el marco del proceso.

Por ello la imparcialidad del Ministerio Fiscal ni puede identificarse con la objetividad que ha de presidir la actuación administrativa, al igual que la función investigativa, ni puede justificar un estatuto de independencia como el que disfruta el Juez en virtud de una posición imparcial, notablemente diferente a la que ocupa el Ministerio Público en el proceso.<sup>1340</sup>

No cabe duda, sin embargo, que existe un punto de conexión entre la imparcialidad administrativa y la imparcialidad que preside la actuación fiscal y judicial en la medida en que las tres instancias tienen atribuidas funciones de decisión<sup>1341</sup>. Pero la diferencia fundamental entre objetividad administrativa y objetividad del Ministerio fiscal estriba en que la legalidad es límite para la Administración y objeto de defensa para el Ministerio

---

<sup>1337</sup> APARICIO “El Ministerio...” Pág. 456

<sup>1338</sup> La imparcialidad, como señala GOLDSCHMIDT, W., “La imparcialidad como principio básico del proceso”, en Revista de Derecho Procesal, núm. II,1 950 y Pág. 187, es principio del proceso mismo, concebido como institución y en él, salvo las partes en sentido material, respecto de las cuales la parcialidad es condición esencial, todas las demás personas deben ser tan imparciales como sea posible y en razón directa de su influencia legal sobre el contenido de la resolución.

<sup>1339</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 642.

<sup>1340</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 642.

<sup>1341</sup> Se utiliza aquí el concepto de decisión en sentido amplio, como el derecho/deber que todo órgano tiene de actuar en el ejercicio de las competencias atribuidas. En cambio, el concepto de decisión, en sentido estricto, esto es, resolución definitiva, sólo es predicable del Poder Judicial y servirá más adelante para establecer una diferencia esencial entre la imparcialidad del Ministerio Fiscal y la imparcialidad judicial.

Fiscal, esto es, la objetividad administrativa implica un autocontrol, susceptible naturalmente de posterior revisión, mientras que la objetividad del Ministerio Fiscal consiste en la evaluación imparcial (técnico-jurídica) de conductas ajenas desde el respeto a la legalidad<sup>1342</sup>.

En este sentido, la imparcialidad constituye una garantía en la actuación de los poderes públicos en la medida en que proporciona una motivación a la decisión y la somete al control jurídico<sup>1343</sup>.

La facultad de decidir es, pues, el elemento primario del que parte la imparcialidad, en la medida en que sólo los órganos a quienes se atribuyen poderes decisorios están en condiciones de ser o no ser imparciales<sup>1344</sup>.

La imparcialidad es una ausencia de interés directo o indirecto en un asunto determinado, con las definiciones en positivo derivadas de su íntima conexión con el principio de legalidad pues existen diferencias variantes del concepto según a qué órganos sea aplicado<sup>1345</sup>.

---

<sup>1342</sup> Como señala GIMENO, *El nuevo proceso penal...*, Pág. 69, “las diferencias entre la Administración y el Ministerio fiscal también se acentúan desde un punto de vista teológico, porque, si bien la Administración Pública ha de servir a los intereses generales “con pleno sometimiento a la Ley (artículo 103 CE), al Ministerio fiscal le corresponde promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad” lo que le legitima incluso especialmente a perseguir los delitos que pudieran cometer los funcionarios de la propia Administración Pública”.

<sup>1343</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 642.

<sup>1344</sup> Con respecto al Ministerio Fiscal y como señala GÖSELL, “Ministerio Fiscal y Policía criminal...” Pág. 625, “mediante la “decisión” adoptada acerca del sobreseimiento o la acusación, el Ministerio Fiscal no se limita ya a ejercer una mera función de control de actividad de determinados órganos estatales, sino que efectivamente resuelve, en este momento del proceso penal, con facultad propia, sobre la continuación del proceso o el sobreseimiento de la causa. Su verdadera función consiste en examinar objetiva y críticamente los hechos averiguados en el procedimiento preliminar para discernir si existe la sospecha de un comportamiento punible, y por ello, la probabilidad de un fallo penal de culpabilidad, o la ausencia de indicios de criminalidad, y en su virtud la procedencia del sobreseimiento de la causa”. A partir de este punto, se pregunta el autor citado “¿quién controla al órgano de control?”.

<sup>1345</sup> No puede coincidirse con SANCHÍS, *El Ministerio fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal*. Colares, Granada, 1995, Pág.32, cuando afirma que, a diferencia del Juez, el fiscal tiene sólo imparcialidad subjetiva: carece de imparcialidad objetiva (ausencia de desinterés objetivo que sí concurre en el Juez) en cuando que es parte en el proceso y sostiene en él un interés corporativo. Debe recordarse que, de una parte, la imparcialidad no reside en el fiscal sino en la institución, en el conjunto del Ministerio Fiscal, cuya actuación sí es imparcial (objetiva y subjetivamente). De otra parte, no hay falta de imparcialidad objetiva en el Ministerio Fiscal por el hecho de sostener un pretensión procesal; sí que hay, en cambio, interés en actuar la solución más justa ala vista de unos hechos determinados, lo que no puede identificarse con un “interés corporativo” sino con el interés público objetivamente definido. Como claramente señala GIMENO, *El nuevo proceso penal...*, Pág. 70, “la imparcialidad del Ministerio Fiscal, sin embargo, no es equiparable a la independencia judicial (...)la combinación de los principios de “unidad” e

El diccionario de la Real Academia de la Lengua señala que Imparcialidad es “La falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud”<sup>1346</sup>

La imparcialidad es una cualidad individual predicable del sujeto llamado a decidir y que debe examinar en cada actuación por él realizada. Sólo puede comportarse con objetividad el funcionario que realiza la inspección de Hacienda (no con carácter General el Ministerio de Hacienda) y sólo puede ser imparcial el juez que dicta sentencia (el Poder Judicial Goza de independencia orgánica)<sup>1347</sup>

La actuación imparcial del Ministerio Fiscal se dirige a la defensa objetiva de la legalidad, donde la protección del interés público y social constituye el único punto de referencia<sup>1348</sup>.

La postulación imparcial es, así, un rasgo de la naturaleza constitucional del Ministerio Fiscal, marcada por un estatuto funcional singular que lo convierte, básicamente, en un órgano de garantía del sistema político.

El principio de imparcialidad es algo bien distinto de la imparcialidad procesal. El principio de imparcialidad es una aspiración programática y difusa, un ideal hacía el que se ha de tender, pero que carece de presupuestos precisos o de contenidos concretos, y por lo mismo puede aplicarse sin problema alguno a sujetos y actividades que nada tienen que ver con la acción de juzgar<sup>1349</sup>

**La imparcialidad del Ministerio fiscal es una imparcialidad en el conflicto jurídico-procesal, donde precisamente la Administración se torna parcial, defendiendo con sus medios de representación y defiende sus propias posiciones<sup>1350</sup>.**

---

“imparcialidad” ocasiona que los asuntos puedan o sean debatidos en las “Juntas de Fiscales “ con lo que la imparcialidad del Ministerio Fiscal es una “independencia colectivamente reflexionada”...”

<sup>1346</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

<sup>1347</sup> LOPEZ LOPEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 132.

<sup>1348</sup> Si los Tribunales según APARICIO, “El ministerio Fiscal, su dimensión constitucional...”, Pág. 544, controlan al Ejercicio-artículo 106 CE-, el Fiscal no podrá ser ante la jurisdicción simple portador de las órdenes del Gobierno, sino que ha de ejercitar su acción procesal autónoma, en defensa estricta del principio de legalidad. Para MOSCOSO, Conferencia Club Siglo XXI, Madrid, 1988(cit. por APARICIO, ibidem es una “acción procesal autónoma” de la que puede corresponder al representante de la Administración, por cuanto el fiscal, a diferencia de aquél, está sujeto en su actuación a los principios constitucionales de legalidad e imparcialidad.

<sup>1349</sup> LOPEZ LOPEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 131.

<sup>1350</sup> Por ello no puede convenirse con MONTERO, “Principios del proceso...”, Págs. 53 y ss., cuando afirma que el Ministerio Fiscal actúa en el proceso con desinterés subjetivo pero no con desinterés objetivo puesto que “a la hora de su actuación concreta ha de determinar cómo sirve mejor el interés general, y esto lo hará

Sólo así se explica que la ley 62/78 llame simultáneamente al proceso al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal, o bien que ambos puedan concurrir con calificaciones jurídicas diferentes en una causa penal seguida por delito fiscal<sup>1351</sup>.

## **2.2. EL MINISTERIO FISCAL Y LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ E IMPARCIALIDAD DEL FISCAL**

Entre las muchas llamadas a la reflexión que provoca el actual debate sobre el Poder Judicial<sup>1352</sup> en España, un papel importante ocupa la progresiva pérdida de protagonismo del principio de imparcialidad, que según MORENILLA se ha postergado como valor primario en la esencia de la función judicial y manifiestamente insuficiente, al parecer, en la lucha por un Ministerio Fiscal plenamente democrático<sup>1353</sup>. En lugar de la imparcialidad se levanta hoy la bandera de la independencia y tras ella, todo un blindaje que, en no pocas ocasiones, concibe a jueces y Fiscales –mayormente a los Jueces- como únicos y últimos baluartes en la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos<sup>1354/1355</sup>.

---

tomando una decisión respecto de algo que no le es ajeno”. Desde luego que en comparación con la posición que en el proceso ocupa el Poder Judicial, el Ministerio Fiscal está más cerca de la posición de la administración, pero ello no quiere decir que ambas sean idénticas, ni mucho menos que el Ministerio Fiscal carezca de desinterés objetivo; ¿tomar postura por la defensa del interés público en el proceso implica la pérdida de desinterés objetivo?, no siempre en nuestra opinión. Entendemos que el interés o desinterés objetivo no proviene de la posición postulante en el proceso, sino de los condicionamientos previos que pesen sobre dicha posición: la Administración actúa en defensa de sus actos mientras que el Ministerio Fiscal no es parte de la relación jurídico-material sino sólo de la relación jurídico-procesal lo que le permite analizar el conflicto y tomar postura imparcial (objetiva y subjetivamente) no para juzgar sino para defender el interés público tutelado por la ley. El hecho de que formalmente el Ministerio Fiscal aparezca como órgano postulante en el proceso no implica que materialmente pierda por ello la imparcialidad con que adopta y fija su posición procesal.

<sup>1351</sup> Ahí está, según RUIZ VADILLO, “La actuación del ministerio Fiscal...”, Pág. 68, la gran diferencia entre el Abogado que defiende aun particular o a una Institución ni el fiscal. Este no defiende a nadie salvo en la medida en que la defensa se identifica con la ley, entendida esta en su expresión más profundamente jurídica y humana. Vid, en el mismo sentido, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “La naturaleza y los principios rectores...”, Págs. 878 y 879 y HERRERO-TEJEDOR ALGAR, “El ministerio Fiscal en los procesos judiciales de protección de los derechos fundamentales”, en Revista del Ministerio Fiscal, núm. 3, enero-junio, 1996m Págs. 104 y 105.

<sup>1352</sup> Vid. El muy acertado planeamiento del problema que hace quintero olivares, “La independencia judicial y el principio acusatorio”, en Revista de la Unión Progresista de fiscales, núm. 5, diciembre de 1994, Págs. 14 y ss.

<sup>1353</sup> Vid. MORENILLA, “El ministerio fiscal en el sistema...”, Págs. 98

<sup>1354</sup> Vid. MARTIN PALLÍN, “El ministerio fiscal a la búsqueda de la legalidad...”, Pág. 1.804, quien sostiene que la independencia del Ministerio Fiscal es un presupuesto inexcusable para la efectividad, garantía y seguridad jurídico de todos los ciudadanos (...) “esterilizar la actuación de un órgano constitucional de tan

Puede intuirse según FLORES PRADA que se esta ante una segunda oscilación del péndulo, que nuevamente viene provocada por un movimiento de reacción: la primera oscilación se produce en el nacimiento del Estado liberal, donde la anomalía de un Poder Judicial devaluado y controlado por el ejecutivo se explica por la desconfianza de los revolucionarios franceses ante el fuerte poder que los parlamento judiciales habían acumulado frente a la autoridad absoluta del rey<sup>1356</sup>. Andando el tiempo, la supresión del mecanismo del **référé** legislativo supone el primer paso de un proceso dirigido a preservar el ámbito de independencia necesario para que la función jurisdiccional pueda ejercerse con plena imparcialidad<sup>1357</sup>.

---

relevantes funcionales sometiéndolo a las decisiones del Gobierno supone la pérdida de la oportunidad de que el Ministerio Fiscal tonel respaldo mayoritario de la sociedad, sea el verdadero defensor de la legalidad y de los intereses generales". Para QUINTERO OLIVARES, "La independencia judicial..", Pág.15, parece que "solamente los jueces posibilitan el tranquilo sueño del ciudadano, ofreciendo garantías "a priori" de comportamiento honesto con la función y con el Derecho". Precisamente señala GUARNIERI, Magistratura e política in Italia..., Pág. 31, que "un numeroso y variado grupo de autores ( y determinados jueces, añadiríamos nosotros), subraya el deber del Juez, en una democracia constitucional, de oponerse, al menos en determinados casos a las orientaciones prevalentes en la comunidad o en las instituciones político-electivas. El papel del Juez va así considerado como un grande, como un guardián de los derecho fundamentales de los ciudadanos". En este mismo sentido ZANON, Pubblico Ministero e contituzione, Cedam padova, 1996, Págs. 249 y ss.: "en ciertos casos, la intervención de la magistratura- en particular de la magistratura requirente a través del instrumento de la acusación penal- en la confrontación de la actividad política de los partidos y líderes o de la entera clase política dirigente (como ha ocurrido en Italia), puede determinar objetivas consecuencias políticas, terminando por orientar el consenso de la opinión pública e, incluso, la evolución de los equilibrios institucionales.

<sup>1355</sup> Así, por ejemplo, sostiene MUÑOZ CALVO, "la independencia del Ministerio Fiscal..." Pág. 2.156 que el Ministerio fiscal debe configurarse como una magistratura autónoma integrada en el ámbito jurisdiccional "en el que sin ninguna duda no tiene cabida dependencia o vinculaciones a centros de poder extraños que, evidentemente, representan un peligro manifiesto par la aplicación objetiva e imparcial de la ley". Tampoco es decartable la explicación de MONTERO, Derecho Jurisdiccional, ob.cit., Págs. 198 y 199, para quien resulta improcedente hablar de un Ministerio Fiscal independiente siempre que el Gobierno no pretenda instrumentalizar políticamente al Ministerio Fiscal y siempre que el Fiscal General lo sea del Estado y no del Gobierno. Sin embargo "estos dos requisitos previos no parece que se hayan dado últimamente en España, y de ahí el desprestigio en que ha incurrido la institución. En ese contexto se comprende que los fiscales estén reivindicando la independencia y que pretendan se incardinados en el Pode Judicial; estas pretensiones carecen de base teórica, pero responden a la realidad política actual, como respondieron a la realidad del franquismo".

<sup>1356</sup> En que los momentos, como señala GIMENO, "Causas históricas de la ineficacia de la justicia", en Revista de Derecho Procesal, núm. 2, 1987, Págs. 272 y 273, la independencia judicial era una independencia individual, basada en la conquista de la inamovilidad;"no ocurrió lo mismo, sin embargo, con la independencia judicial frente a los demás poderes del Estado y, de modo especial, frente al Ejecutivo pues (...) las organizaciones judiciales europeas del XIX ( y buena parte de las actuales) secundaron el modelo bonapartista, trazado por la Ley orgánica francesa de 1810, que residenciaba en última instancia en el grande auge M. Ministre de la Justice toda la política de nombramientos, ascensos y el régimen disciplinario de la judicatura, en una administración de justicia fuertemente jerarquizada".

<sup>1357</sup> Vid., sobre este proceso de evolución, MOSQUERA, "El poder judicial en la constitución, en la Constitución española de 1978, estudio dirigido por PREDIERI Y GARCIA DE RENTERRÍA, Civitas, Madrid, 1980, Págs. 721 y ss. Al mismo hace referencia también JIMÉNEZ-BLANCO, "Relevancia constitucional...", Págs. 1.627 a 1.630. La atención al Estado de Derecho liberal supone, con señala

Este movimiento pendular vendría igualmente a justificar, en opinión de DIFEDERICO<sup>1358</sup>, la corriente que propugna una independencia del Ministerio fiscal, entendida como reacción ante modelos de Ministerio Fiscal habituales en regímenes precedentes, tanto para Guatemala como para España de carácter no democrático, que ahora derivan caminando “en dirección opuesta”, más como resultado de una confrontación con modelos anteriores que como resultado de un análisis reflexivo de las exigencias funcionales del Ministerio Fiscal en una moderna democracia.<sup>1359</sup>

Para MOREL OCAÑA “El Juez ocupa una posición situada en un plano superior a las partes presentes en el proceso, no es, por ello portador de un interés. Por el contrario la organización administrativa es depositaria de un interés, el interés público que son los que han de hacer suyos. Las autoridades y funcionarios administrativos no gozan de una posición de superioridad sobre los intereses en juego, en cada situación concreta. Muy al contrario, están en uno de los lados de la controversia, si la misma queda trabada.”<sup>1360</sup>

GOLDSCHMIDIT señala que “La justicia se basa en la imparcialidad de las personas que intervienen legalmente en la resolución de la causa. Excepto las partes en sentido material, respecto a las cuales la parcialidad es condición esencial, todas las demás personas deben ser tan imparciales como sea posible y en razón directa de su influencia legal sobre el contenido de la resolución. Por ello hace falta más imparcialidad en el juzgador que en el Fiscal o el perito más en el fiscal o perito que en el testigo.”<sup>1361</sup>

---

GUARNIERI, Magistratura e política in Italia. Pasi senza contappesi, II Mulino bologna, 1993, Pág.18, un punto de inflexión en la dialéctica imparcialidad e independencia judicial; enana primera fase histórica, la incorporación del juez al aparato del estado garantiza su imparcialidad respecto de las partes privadas en conflicto. Sin embargo, tal incorporación viene a plantear, de seguido, el problema de su imparcialidad frente a quienes controlan el aparato del Estado, especialmente cuando el sistema político afronta el control del poder bajo la fórmula del Estado de Derecho. A partir del momento en que el mismo Estado se convierte en parte potencial, la protección de la imparcialidad judicial a través de un reforzamiento de su independencia se convierte enana de las grandes preocupaciones del constitucionalismo liberal en su lucha por la limitación del poder. Sin embargo y como señala el mismo autor más adelante (Pág.19), “el progresivo debilitamiento de la posición del rey en el curso del ochocientos no cambia la situación, sino que simplemente, transfiere al Gobierno la capacidad de influenciar el cuerpo judicial”.

<sup>1358</sup> Vid. “Dilemmi del ruolo del pubblico ministero...”, Págs. 219 y 220. Ello ha conducido en Italia, a juicio del autor citado, a considerar inescindible la relación entre obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal e independencia del Ministerio Público y, por más a considerar toda relación jerárquica interna como atentatoria contra dicha independencia, entendida en términos de personalización de la función requirente.

<sup>1359</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 645.

<sup>1360</sup> MOREL OCAÑA “El Principio de objetividad en la Administración Pública “En la protección Jurídica del Ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. Civitas. Madrid 1993 Pág. 151.

<sup>1361</sup> GOLDSCHMIDIT “La imparcialidad como principio básico del proceso” (Revista de Derecho Procesal 1950 Pág. 187.

Según LOPEZ LOPEZ “en apoyo de la más moderna doctrina<sup>1362</sup> y jurisprudencia<sup>1363</sup> se apoya que la imparcialidad sólo es predicable frente a sujetos individuales nunca colectivos ( no cabe hablar de la imparcialidad de la judicaria, la Abogacía o el Ministerio Fiscal, solo podrá ser imparcial el juez, el Abogado o el Fiscal y en relación con cada caso concreto, no con toda su actividad profesional) la imparcialidad es una cualidad de naturaleza predominantemente subjetiva que pretende garantizar la equidistancia entre juez y partes sobre la que se hace posible el desinterés subjetivo del juzgador o imparcialidad”

No es desaconsejable, en este sentido, recuperar el papel central de conceptos como el de la imparcialidad del juzgador al propósito de encuadrar la independencia judicial en sus más genuina significación de función o garantía instrumental,<sup>1364</sup> del mismo modo que resulta urgente delimitar la imparcialidad del Ministerio Fiscal como filtro o tamiz que posibilita una defensa objetiva de la legalidad democráticamente respaldada.

Cuando en el proceso se ventilan intereses público, al estado no sólo compete garantizar la resolución del conflicto mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino también procurar que la defensa de dicho interés se promueva y esté presente en el proceso a través del ejercicio de la acción pública.

Hace muchos siglos que el problema que se planteaba en relación con la imparcialidad del juzgador encontró la solución distinguiendo los órganos del Estado encargados de resolver (los jueces) y los órganos del Estado encargados de promover el interés público (el Ministerio Fiscal)<sup>1365</sup>.

Esta distinción, que hasta el advenimiento del estado de Derecho fue sólo formal en cuanto ambas funciones partían de un único poder absoluto, ha terminado convirtiéndose,

---

<sup>1362</sup> Ver a GONZALES MONTES “Instituciones de Derecho Procesal” Madrid 1988 Pág. 134.

<sup>1363</sup> El Tribunal Constitucional que, por ejemplo en su sentencia 98/1997 de 20 de Mayo, denegó el amparo solicitado porque “ No cabe constatar lesión del derecho del recurrente a un juez objetivamente imparcial en relación con el incidente que desembocó en su prisión provisional”

<sup>1364</sup> Señala, al respecto, GARCÍA MORILLO, Derecho Constitucional, Vol. II, Pág. 230, que “la imparcialidad es, pues, el rasgo fundamental que debe caracterizar el ejercicio de la función jurisdiccional, lo que, dado el carácter fragmentario de ese poder, es tanto como decir que la imparcialidad debe ser la característica básica de todos y cada uno de los Jueces y Magistrados. A la consecución de esa imparcialidad se encaminan las garantías de que se dota a Jueces y Magistrados.

Debe observarse, sin embargo, que tales características o atributos, por importantes que sean o parezcan, son instrumentales y no son, por tanto, fines en sí mismo, su objetivo es asegurar la imparcialidad de quien va a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.

<sup>1365</sup> Vid. SERRA, voz “Ministerio Fiscal”, Pág. 405.

en virtud de la separación de poderes, en una garantía material tanto mayor cuanto más nítida sea la separación orgánico-funcional entre las funciones de acción y decisión<sup>1366</sup>.

Puede decirse, así, que en el moderno Estado democrático la separación de papeles entre Fiscal y Juez posibilita, entre otras cosas, la auténtica percepción del rol pasivo del Juez por parte del ciudadano, hacer más creíble su función y, en definitiva, sustentar su legitimación como aplicador último e imparcial de la ley<sup>1367</sup>.

De ahí que manifiesta MARTIN GRANIZO que se haya podido decir que el Ministerio Fiscal ha sido precedente histórico del Abogado del Estado<sup>1368</sup> cuando en realidad lo que existía era una confusión entre intereses públicos, intereses de la Corona, intereses patrimoniales e intereses administrativos, todos ellos aglutinados bajo la encarnación del Estado como único y absoluto poder real.

Partiendo del argumento expuesto, cabe señalar que la imparcialidad es una cualidad natural del Juez, derivada de su posición suprapartes, rodeada según el sistema político, de mayores o menores garantías pero, un presupuesto esencial del juzgador como tercero ajeno al conflicto.

Desde una perspectiva evolutiva, la imparcialidad del juzgador quedó configurada desde antiguo como un principio básico del proceso que impedía encomendar al mismo Juez la solución del conflicto y la defensa de los intereses estatales.

Para que dichos intereses encontraran protección procesal, preservando al tiempo la imparcialidad judicial, el fiscal nace como parte procesal; sólo con el transcurso del tiempo, el moderno sistema político entenderá que la acción pública ha de ser ejercida con imparcialidad si se quiere garantizar efectivamente el sometimiento a la ley de ciudadanos y poderes públicos.

---

<sup>1366</sup> Conviene recordar con BECCARIA, De los delitos y las penas, Alianza, Madrid, 1968, Pág.30, el fundamento último de esta distinción, cuando señala que “el soberano, que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros; pero no juzgar cuando alguno haya violado el contrato social, porque entonces la nación se dividiría en dos partes: una representada por el soberano que afirma la violación del Derecho y otra por el acusado, que la niega. Es pues, necesario que un tercero juzgue la verdad del hecho”.

<sup>1367</sup> Vid. DI FEDERICO, “Dilemmi del ruolo del pubblico ministero...”, Pág. 229.

<sup>1368</sup> 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, Págs. 17 y ss., (una teoría que mantiene el autor a lo largo de todo su estudio histórico).

Tomando en consideración ahora la perspectiva funcional, la imparcialidad del Fiscal y la imparcialidad del Juez presentan importantes diferencias derivadas de las diversas posiciones procesales que ambos asumen<sup>1369</sup>.

De una parte, la imparcialidad del Juez implica una posición esencialmente pasiva, expectante, separada y ajena al planteamiento y desarrollo del litigio. No basta así con que el Juez no sea formalmente una parte, sino que resulta preciso que tampoco actúe como una parte.<sup>1370</sup>

La función procesal del Fiscal es, en cambio, una función activa, postulante, requirente que, como veremos más adelante, adopta la única posición posible que es la de parte, aún con importantes matices<sup>1371</sup>.

Como señala LÓPEZ AGUILAR<sup>1372</sup>, la imparcialidad del Fiscal deriva de su condición de defensor de los intereses sociales definidos y tutelados por la ley “una imparcialidad que no se identifica tampoco con la que predicamos del órgano judicial: en éste, la imparcialidad es la cualidad institucional obligada de aquél a quien la Norma suprema ha colocado en posición de tercer supra partes, en disposición de dictar una resolución fundada en derecho a un determinado conflicto intersubjetivo; en el Ministerio

---

<sup>1369</sup> Como señala VIVES, Comentarios...,” Pág. 68 “lo que delimita el concepto de juez en la tradición constitucional es esa nota negativa de no se parte. Se trata de algo tan obvio que la Constitución de 1978 al definir las condiciones que han de reunir los Jueces y Magistrados (artículo 117) ni siquiera habla de imparcialidad; la de por supuesto, cuando habla expresamente la imparcialidad, esto es , al tratar de los funcionarios de la Administración (Art.103.3) o del Ministerio Público (Art. 124.2) se refiere a algo bastante menos radical (menos constitutivo y, por lo tanto, menos exigente) que aquello que se menciona cuando se alude a la imparcialidad del Juez: se refiere a la ausencia de interés personal y, en consecuencia, a un requerimiento de actuar conforme a la función”.

<sup>1370</sup> VILLALTA RAMIREZ “Principios Derechos y Garantías Estructurales en el Proceso Penal” Editorial Estudiantil, Guatemala 2003. Pág. 98.

<sup>1371</sup> Debe tenerse en cuenta, como señala MONTERO, Derecho Jurisdiccional, vol.I, Pág. 196, que la “imparcialidad de que aquí se hace mención es la subjetiva de la persona concreta que actúa por el Ministerio Fiscal, pero no la objetiva que es exclusiva de jueces y magistrados (...) A la hora de determinar el interés general en e caso concreto, el Ministerio Fiscal es parcial, en el sentido de que no actúa en una relación jurídica ajena, sino en relación propia, lo mismo que hace el Poder Ejecutivo. Es por esto por lo que el fiscal es parte en los procesos en que actúa y no puede tener la condición de tercero imparcial, que es privativa de jueces y magistrados”. Aunque puede acordarse en. Fondo con el planteamiento del autor citado, convendría precisar en cierto modo la clasificación inicial de imparcialidad objetiva y subjetiva. A nuestro entender, el Fiscal goza de imparcialidad objetiva, que parte desinterés que persigue, y debe gozar también de imparcialidad subjetiva ( para lo que se instaura el procedimiento del artículo 28 Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal). La distinción con la imparcialidad judicial no está, por tanto, en a distinción entre una imparcialidad objetiva o subjetiva sino en la posición procesal que ambos ocupan y que determina una imparcialidad formal del Juez (pasivo) y una parcialidad también del Fiscal ( actor público). Es en la legitimación donde se encuentra la clave de la imparcialidad, también objetiva, del Ministerio Público que no es portador de intereses propios, ni tampoco exactamente de intereses ajenos, sino generales , objetiva y pública.

Fiscal, la imparcialidad se desprende de la promoción objetiva de la legalidad ante los tribunales (Art. 7 EOMF), sin sujeción mecánica ni a las posiciones sostenidas por las partes ni al propio órgano encargado de instruir o juzgar”.

Cuando se trata del órgano jurisdiccional, en cambio, la imparcialidad proscribida, por definición, la protección de interés alguno, ya sea objetivo o subjetivo. En este sentido, conviene recordar una de las cuestiones que más confusión ha generado en relación con las funciones del Fiscal y del Juez en el ámbito del proceso es la defensa imparcial de la legalidad y la posible esquizofrenia procesal a la hora de atribuírsela a dos órganos diferentes, ¿se esta ante una vulneración de la imparcialidad judicial?

La respuesta sólo puede venir se parte que el Juez no es el órgano encargado de la defensa de la legalidad sino de la aplicación del derecho, sometido únicamente al imperio de la ley<sup>1373</sup>.

El hecho de que el Ministerio Fiscal defienda imparcialmente el interés público tutelado por la ley no implica que el Juez deba sujetarse mecánicamente a las posiciones del órgano de la acción pública, fundamentalmente porque el Juez ha de ponderar todos intereses en juego y la convergencia litigiosa de intereses públicos no implica, por definición, su carácter prevalente en el conflicto.

**Finalmente, que el Ministerio Fiscal no pueda ser recusado** –dada su condición de parte- ofrece también una diferente perspectiva del principio de imparcialidad, vinculada fundamentalmente con las diversas estructuras orgánicas de ambas instancias. Así pues, el concepto de parte en el proceso penal debe construirse a partir de esquemas puramente procesales habida cuenta de que, salvo el derecho subjetivo del imputado a la libertad y las pretensiones civiles si las hubiere, las partes acusadoras actúan, no con intereses propios,

---

<sup>1372</sup> Vid. La justicia y sus problemas...” Pág. 180.

<sup>1373</sup> Este parece sea el sentido de las palabras de VIVES, Comentarios..., Ob. Cit., Págs. 68 y 69, cuando afirma que la imparcialidad del Juez está sujeta a las exigencias de objetividad y actuación conforme a la función de un modo específico, que hace de esa imparcialidad una característica más profunda en la función judicial: una función que consiste exclusivamente en decir el derecho. A diferencia del resto de servidores del Estado no puede tener ningún otro. Asignarle cualquier otra tarea (v. gr. La de descubrir el delito o la de recaudar impuesto) sería atribuirle un interés objetivo ( en el sentido de determinado por la función) que le colocaría o podría colocarle, a la hora de enjuiciar los casos en posición de parte, por más imparcial que personalmente, pudiera ser.

sino en la búsqueda de la aplicación del **ius puniendi** del Estado, por lo menos para el fiscal.<sup>1374</sup>

En el órgano jurisdiccional no ofrece duda la necesidad de que el Juez concreto encargado del fallo carezca por completo de interés directo o indirecto, objetivo o subjetivo en el litigio que ha de fallar.

Sin embargo, la dicción expeditiva del artículo 28 de la ley orgánica del Ministerio Fiscal cuando señala que los miembros del Ministerio fiscal no podrán ser recusados no responde a la hipótesis de que en el fiscal concreto no pueda concurrir alguna de las causas que motivan la recusación del Juez ya que de hecho los fiscales sí vienen obligado a abstenerse cuando en ellos concurre alguna de las mencionadas causas; significa, en cambio, que la vía para hacer efectiva esta separación no es la procesal sino la jerárquica<sup>1375</sup>.

El Ministerio Fiscal ha pasado de ser un órgano meramente procesal a ser, antes, un órgano público con una dimensión relevante en el marco de la estructura política del Estado.<sup>1376</sup>

Una primera explicación, como señala GÓMEZ ORBANEJA<sup>1377</sup>, podría consistir en que el Ministerio Fiscal actúa en el proceso como parte, y lógicamente no pueden concurrir en la parte procesal causas que provoquen imparcialidad porque estamos ante la genuina imparcialidad. Sin embargo, esta explicación, como advierte el autor citado, olvida el deber del Ministerio Fiscal de actuar imparcialmente, dejando al margen mecanismos para asegurar una efectiva objetividad.

La vía jerárquica adoptada se basa, en primer término, en que el Juez carece de competencias para resolver sobre la recusación del Ministerio Fiscal. En segundo lugar,

---

<sup>1374</sup> Para los querellantes adhesivos al proceso penal son en muchas oportunidades otras pretensiones una aplicación tal vez mucho más drástica de la legalidad.

<sup>1375</sup> Vid. IBÁÑEZ Y GARCÍA DE VELASCO, "Independencia y autonomía del Ministerio fiscal en el Proceso penal", en Revista de Derecho Procesal, 1ª época, abril-junio, 1967, Pág. 78.

<sup>1376</sup> Quizá por ello merece revisarse la afirmación de IBÁÑEZ Y GARCÍA DE VELASCO, "Independencia y autonomía..." Pág. 79, según la cual la imparcialidad es condición que ha de predicarse del funcionario pero no de la institución. En la misma línea, sostiene LÓPEZ AGUILAR, La Justicia y sus problemas..., Pág. 183, que la autonomía del Ministerio Fiscal corresponde a los miembros de la institución pero no al "órgano del Estado globalmente considerado". No podemos convenir con ambas posiciones en cuanto consideramos al Ministerio Fiscal institución, como órganos en cuanto consideramos al Ministerio Fiscal institución, como órgano de garantía, lo que implica que, tanto imparcialidad como autonomía señalan rasgos que identifiquen al órgano del Estado sin los cuales difícilmente los funcionarios que forman parte del mismo podrían disfrutar de ambas cualidades distintivas.

<sup>1377</sup> Ver. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, t. I, Pág. 139.

parece conveniente que allí donde concurra una causa de abstención en el funcionario Fiscal, éste pueda ser sustituido directamente por el superior jerárquico respectivo<sup>1378</sup>.

Al actuar el Ministerio fiscal bajo el principio de unidad, no puede admitirse que la institución incurra en parcialidad sino tan sólo el funcionario que actúa en el proceso de representación o por delegación de la misma, para lo cual se establece la vía jerárquica.

Otra cosa es, sin embargo, que pueda achacarse al Ministerio fiscal una vulneración de la objetividad institucional con la que debe afrontar sus posiciones procesales. No se trataría en este caso de que el Ministerio Fiscal actúe al margen de la legalidad sino que, precisamente dentro de ella, pueda sostener pretensiones dirigidas a favorecer intereses subjetivos indirectos, camuflados bajo el manto de la defensa del interés público.

Los controles que a estos efectos se disponen pasan por mecanismos internos, como el artículo 27 y la decisión unitariamente reflexionada o por los mismos controles procesales empezando por la misma imparcialidad del Juez, como señala GIMENO<sup>1379</sup>, a la vez que controles externos que se dirijan a evitar márgenes de discrecionalidad en el Ministerio Público no fiscalizados políticamente.

La imparcialidad es, en El Ministerio Fiscal, parte de su estatuto de autonomía que proviene y tiene causa en la naturaleza de los intereses que le vienen encomendados. En la traducción de dichos intereses al caso concreto mediante la calificación jurídica es donde el Ministerio fiscal ha de ser imparcial; allí donde la ley no descienda a definir regladamente dónde está el interés público y cómo deberá intervenir el Ministerio Fiscal para su protección de lo que sea el interés público, es donde al Gobierno corresponde completar las disposiciones de la ley con las líneas generales para el ejercicio de la acción pública.

Como señala en este sentido LÓPEZ AGUILAR<sup>1380</sup>, la actuación del Ministerio Fiscal debe ser objetiva e imparcial; objetiva en el sentido de atender de oficio el interés general definido por la ley, una ley, (no se olvide). Democráticamente legítima; e imparcial en el sentido de situarse al margen de la posición subjetiva sostenida por las partes (subjetividad legítima, pero por ello parcial), sin que esa calidad meta partes identifique al Fiscal con la posición supra partes sólo predicable del Juez y/o Tribunal titular de la

---

<sup>1378</sup> El mismo sistema rige en el ordenamiento italiano: CRISTIANI, Manual del nuevo processo penale, 2ª edic., Giapichelli, Torino, 1991, Pág. 93.

<sup>1379</sup> Vid. El nuevo proceso..., Pág. 70.

<sup>1380</sup> LOPEZ AGUILAR "La justicia y sus problemas...", Pág. 180.

posición de tercero juzgador que ha de arbitrar la solución jurídica y justa adecuada al caso.”

El Ministerio Fiscal defiende en el proceso una interpretación objetiva de la legalidad, pero una interpretación, al fin y al cabo<sup>1381</sup>. Ahora bien, que esta interpretación sea sustancialmente diferente de la defensa de intereses jurídicos subjetivos es el elemento de distinción entre el Ministerio Público y las demás partes procesales.<sup>1382</sup>

Pero es precisamente la imparcialidad la que impide al gobierno descender hasta la instrucción concreta y vinculante y la que debe así mismo vetar toda instrucción concreta de carácter o sentido negativo; una autonomía que en la actualidad se encuentra protegida en el artículo 8 del Estatuto con respecto a las peticiones particulares de actuación al Ministerio público por parte del Gobierno.

Si se quiere, en definitiva, que el Ministerio Fiscal intervenga imparcialmente en el proceso es tan necesario evitar que el Ministerio Fiscal forme por sí y ante sí criterio frente a los importantes márgenes que abre la ley como impedir la posibilidad de influir en la decisión concreta del funcionario. La imparcialidad colectivamente reflexionada, a cuyo servicio actúan los criterios de unidad y dependencia, garantiza la imparcialidad conjunta del Ministerio Fiscal y su actuación homogénea, sujetando la actuación del funcionario concreto a las instrucciones generales o particulares del Fiscal general del Estado, éstas sí vinculantes, vigilando que siempre estén sometidas a la más estricta legalidad.<sup>1383</sup>

---

<sup>1381</sup>MORENO CATENA, Derecho Procesal Penal, Pág. 167. Para CARNELUTTI, “Derecho Procesal...,” Pág. 302, “la misma razón por la cual el juez, colocado super partes, debe ser imparcial, exige que el ministerio público, colocado inter partes, sea parcial. El ministerio público imparcial es una contradicción en los términos. Pero condición de su parcialidad es que tenga un adversario; si no tiene, humanamente se aproxima al juez y traiciona, inconscientemente su oficio”. En opinión de GIMENO, “El nuevo proceso...”, Pág. 70, la configuración del Ministerio Fiscal no entraña contradicción alguna “pues, a diferencia de las demás partes privadas, que hacen valer distintos derechos subjetivos de los que son titulares en el proceso ( el derecho a la libertad y el de tutelar o reparación de la víctima), el Ministerio Fiscal no ejercita derecho subjetivo propio alguno, sino que está sometido al principio de legalidad y, dentro de él, sujeto a la constitución (Art. 6 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) lo que le obliga a estar tan interesado en la condena del culpable, como en la absolución del delincuente”.

<sup>1382</sup> Incluso en el proceso penal la distinción se evidencia con respecto a la acusación particular, no así en relación a la acusación popular, donde el elemento legitimador en la primera es, precisamente la condición de víctima del actor, a pesar de que lo que en rigor se pida sea el ejercicio del *bus puniendo* del estado.

<sup>1383</sup> Para GIMENO, “El nuevo proceso...”, Pág. 70 “la imparcialidad del Ministerio Fiscal, sin embargo, no es equiparable a la independencia judicial, ni de “lefeferenda” es recomendable que así sea. La combinación de los principios de “unidad” e “imparcialidad” ocasiona que los asuntos puedan o sean debatidos en las “Juntas de Fiscales” con lo que la imparcialidad del Ministerio Fiscal es una independencia colectivamente reflexionada, frente a la independencia judicial que, por naturaleza, es individual o “difusa”, diferencia que, en definitiva, se traduce en unas mayores garantías de seguridad y de eficacia en la instrucción penal, si ésta fuera desempeñada por el Ministerio público”.

Como conclusión, la imparcialidad del Ministerio Fiscal ha de entenderse no como una condición natural de la institución porque, como se ha visto, tampoco la presencia del Ministerio Fiscal en el proceso es en el proceso penal de España es del todo singular,<sup>1384</sup> **sólo cuando el interés público debe ser protegido en nombre del conjunto de la comunidad y no en nombre del soberano y cuando se logra distinguir entre los intereses del estado-administración y los intereses del Estado comunidad, es cuando empieza a gestarse la idea de un Ministerio Público imparcial que garantice la objetividad en la defensa del interés público.**<sup>1385</sup>

### **3. EL MINISTERIO FISCAL Y LOS MECANISMOS DE DEFENSA DE LA IMPARCIALIDAD**

Si el Ministerio Fiscal actúa con imparcialidad cuando el interés público debe ser protegido en nombre del conjunto de la comunidad y no en nombre del soberano deben de considerarse los siguientes pensamientos.

El Ministerio Fiscal, tiene relaciones de coordinación muy estrechas con el Poder Ejecutivo, la vinculación de éste con el Ministerio de Justicia es muy fuerte en relación a que como se ha visto en capítulos anteriores que el Ministerio Fiscal no goza en España al igual que en Guatemala de un a autonomía presupuestaria y dependen en su presupuesto del Ministerio de Justicia para el primero y de el Proyecto presupuestario del Organismo Ejecutivo en Guatemala.

Así también los puestos de responsabilidad dentro del organigrama del Ministerio Fiscal son cubiertos por el Gobierno entre personas de su confianza, al igual que cualquier sanción disciplinaria impuesta por el Fiscal General del Estado es recurrible ante el

---

<sup>1384</sup> Ver que un Juez que investiga, un fiscal que acusa, y otro juez que juzga, la función de investigar y juzgar se encuentra en manos de la misma institución el organismo judicial, por lo según el principio de contradicción puro y el principio acusatorio debería encomendarle la función de investigar al Ministerio Fiscal, CARNELUTTI, Derecho procesal civil y penal (trad. FIGUEROA ALFONZO), Colección clásicos del derecho, Editorial pedagógica iberoamericana, México, 1994, Pág. 300.

<sup>1385</sup> FLORES PRADA "El Ministerio Fiscal..." Pág. 646

Ministro de Justicia quien es la autoridad competente para acordar la separación del Servicio<sup>1386</sup>.

El Ministerio Fiscal es un órgano regido por el principio de unidad y dependencia jerárquica, razón por la cual la jerarquía en la institución es muy sólida. El fiscal en este orden de ideas puede ser más proclive a actuar en el ejercicio de sus funciones buscando respaldar más los intereses que le son encomendados por sus superiores que por una efectiva conciencia reflexiva de lo que conviene solicitar en cada caso en particular.

Las presiones internas pueden ser más evidentes para un fiscal en el ejercicio de sus funciones que de las presiones externas, son las presiones que provengan dentro de la misma organización las que en un momento pueden influir en la imparcialidad del Fiscal para determinar cual es la justa aplicación del Derecho.

Sin sujetarse a grandes formalidades los fiscales pueden ser sustituidos por sus superiores en cualquier momento del procedimiento<sup>1387</sup> Esto puede en todo caso limitar los criterios que el fiscal haya tenido anteriormente en relación a lo que según el era el interés público y no el interés de la administración.

Hay que recordar que el Fiscal General es un cargo eminentemente político y dicho cargo se otorga a personas de confianza del gobierno y este puede dar las directrices y lineamientos para que en determinado sentido se ejerza las acciones pertinentes para ciertos casos en general, pero para ciertos casos en particular el fiscal puede nombrar a fiscales especiales para que actúen en un caso determinado.<sup>1388</sup>

Puede en todo caso crear un supuesto hipotético considerándolo que aun con la buena intención de las autoridades, muchas veces existe como tantos casos han ocurrido en Guatemala que una persona que sea contraria al partido de gobierno y que esta siendo sometida a proceso penal sienta que la misma esta siendo linchada políticamente y perseguida excesivamente toda vez que existe un fiscal quien debería actuar con imparcialidad según la efectiva interpretación de la ley; ha sido nombrado o designado por un fiscal General cuya relación con el partido oficial de gobierno es estrecha y cuyas amistades también pertenecen al mismo grupo político.

---

<sup>1386</sup> Artículo 67.3 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

<sup>1387</sup> Ver artículo 23 EOMF

<sup>1388</sup> Ver artículo 26 EOMF

Un fiscal no goza de inamovilidad los sistemas de inamovilidad otorgan una garantía de independencia, pero el Ministerio Fiscal de España no es independiente esta inamovilidad permite a los Fiscales a ser trasladados de forma temporal o definitiva por necesidades del Servicio<sup>1389</sup> también pueden serlo cuando por causas a ellos imputables incurran en discrepancias graves con su Fiscal Jefe o enfrentamientos graves con el Tribunal.<sup>1390</sup> Es pues que sancionar las discrepancias internas con el traslado forzoso y las desobediencias con la separación del servicio, es el mejor remedio que existe contra la libre exposición y defensa de las convicciones individuales de los Fiscales que por estos poco equitativos mecanismos son conducidos sin posibilidad de resistencia por el camino de la obediencia ciega<sup>1391</sup>

Si existe por parte de un Fiscal un ánimo mucho mayor de perjudicar a un acusado que el realmente puede considerarse una aplicación adecuada equitativa y justa del derecho,

La legislación de España no permite el mecanismo de recusación como cautela jurídica dirigida para lograr la imparcialidad del Fiscal.

En principio los Fiscales no son recusables,<sup>1392</sup> como los oficiales, auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, lo que si tienen reconocido es el deber de abstención, cuando les afecta algunas de las causas previstas en la LOPJ para los jueces y Magistrados pero del análisis que se puede realizar se constata que dicha garantía que rodea el cumplimiento de este deber es muy débil y queda en todo caso más a discreción del propio fiscal.

A la parte acusada, que doctrinariamente se le considera la más débil en virtud de que se enfrenta ante todo un aparato estatal, considera que el Fiscal actúa mal intencionado o con exacerbado e incisivo deseo de perjudicar más que de llegar a una aplicación justa de la ley, no puede recusarlo toda vez que la recusación es un mecanismo para garantizar un derecho fundamental en la administración de justicia como es la imparcialidad del juez, pero un fiscal no es juez es parte en el proceso.

---

<sup>1389</sup> Ver artículo 49 EOMF

<sup>1390</sup> Ver artículo 40 EOMF

<sup>1391</sup> Ver LOPEZ LOPEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 174.

<sup>1392</sup> Ver Artículo 28 EOMF

Lo que si puede realizar es solicitar que se abstenga el procedimiento de tal solicitud es acudir al superior jerárquico del mismo fiscal, en la esperanza de que éste orden sin trámite probatorio alguno y sin posibilidad de ulterior recurso, la separación del pleito o causa de que se trate.

Según LOPEZ LOPEZ manifiesta que si un Fiscal que desoiga el deber de abstención, es difícil que sea sancionado administrativamente por ello, como seguramente le ocurría a jueces y funcionarios, puesto que no existe tal infracción disciplinaria dentro de los repertorios de los artículos 62 a 64 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal aunque entendida la abstención como un deber del Funcionario (se abstendrá...ordena el artículo 28 de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) <sup>1393</sup>

Si el fiscal actuara afectándole alguna de las causas de abstención podría ser sancionado como autor de una falta grave según el artículo 63 inciso 9°. O leve según el artículo 64 inciso 7°.

En Relación a la legislación de Guatemala se puede considerar dos aspectos de inequívoca reflexión como lo es que en el proceso penal es más de naturaleza acusatoria otorgándole al Ministerio Público la total responsabilidad de la investigación de un hecho criminal, razón por la cual en dicha investigación que coordina el Ministerio Público debe versar el principio de objetividad que debe velar por la correcta aplicación de la ley, realizando en la investigación solicitudes incluso a favor del imputado.<sup>1394</sup> Es Pues que en la investigación el Ministerio Fiscal debe ser incluso más imparcial que autónomo, Situación por la que las partes que intervienen dentro de dicha investigación, sea querellante adhesivo, o supuesto sindicado, pueden si lo consideran solicitar que un funcionario Público se excuse del ejercicio de su labor y que se nombre otro porque existe alguna causa o impedimento que ponga en tela de duda su imparcialidad. Dichas excusas impedimentos y recusación son las que se encuentran igualmente reguladas para los jueces.

---

<sup>1393</sup> LOPEZ LOPEZ “El Ministerio Fiscal...” Pág. 175.

<sup>1394</sup> Artículo 107 del código procesal penal: “El Ejercicio de la acción penal corresponde al ministerio Público como órgano auxiliar de la administración de justicia conforme las disposiciones de este código. Tendrá a su cargo el procedimiento preparatorio y la dirección de la policía nacional civil en su función investigativa dentro del proceso penal.” El artículo 108 del mismo cuerpo legal dice “En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley. Deberá formular requerimientos y solicitudes conforme a ese criterio aun a favor del imputado.”

El trámite es solicitarlo al superior jerárquico sin mayores formalidades, quien si procede designara de inmediato el reemplazo del funcionario. Contra lo resuelto no cabe recurso alguno.<sup>1395</sup> Es también que en el Ejercicio de Sus funciones los fiscales se encuentra sujetos únicamente a la Constitución Política de la República de Guatemala, los tratados y convenios internacionales, la ley y las instrucciones dictadas por su superior en los términos establecidos por la Ley orgánica del ministerio Fiscal. El Fiscal Superior de un agente fiscal puede impartir a sus subordinados las instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de sus funciones tanto con carácter general como las referidas a asuntos específicos. El fiscal deberá cumplirlas si y solo si se encuentran enmarcadas dentro de la ley, si el fiscal recibiere una instrucción que considere contraria a la ley lo hará saber a quien emitió la instrucción por informe fundado. Este último si insiste en la legitimidad de la instrucción la remitirá dentro de las veinticuatro horas siguientes sin efecto suspensivo junto con la objeción al superior jerárquico inmediato en el servicio quien decidirá. La ley establece que un Agente fiscal puede objetar una instrucción en tanto deba aplicarse aun caso en concreto.<sup>1396</sup> Si la instrucción que objetada consiste en omitir un acto sujeto a plazo o que no admite dilación, el funcionario que la objete actuará bajo su exclusiva responsabilidad,

---

<sup>1395</sup> Artículo 111 del Código procesal penal: “Los funcionarios del Ministerio Público deberán excusarse y podrán ser recusados por los mismos motivos establecidos en la ley del organismo judicial para los jueces, excepto los que no tengan incompatibilidad con sus funciones. Las excusas, impedimentos y recusaciones serán resueltas informalmente por el superior jerárquico quien, si procede, designará el reemplazo inmediato del funcionario. Contra lo resuelto no cabe recurso alguno. ( Puede entenderse que no cabe recurso administrativo alguno, pero si puede solicitarse los recursos de defensa de la juridicidad como lo es el recurso extraordinario de amparo) El artículo 73 de la ley orgánica del ministerio Público de Guatemala establece “Son causas de inhibitorio de os fiscales para conocer en asuntos determinados, las mismas que para los jueces determina la Ley del Organismo Judicial como causales de impedimento, excusa o recusación, así como tener parentesco con el juez o magistrado ante quién deban ejecutar su función. El impedimento o excusa se prueba mediante simple razón que suscribirá el respectivo funcionario, quien será subrogado por el que determine el Fiscal General de la República o el jefe de Sección respectivo.”

<sup>1396</sup> Artículo 68 de la Ley orgánica del Ministerio Público de Guatemala “El fiscal que recibiera una instrucción que considere contraria a la ley, lo hará saber a quien emitió la instrucción por informe fundado. Este último si insiste en la legitimación de la instrucción la remitirá dentro de las veinticuatro horas siguientes, sin efecto suspensivo, junto con la objeción al superior jerárquico inmediato en el servicio, quien decidirá para ello podrá escuchar a una junta de fiscales bajo su dirección o, en caso complejos solicitar un dictamen al Consejo del Ministerio Fiscal. Cuando la instrucción objetada provenga del Fiscal General de la República decidirá el Consejo del Ministerio Público. Las instrucciones generales podrán ser objetadas en abstracto por los fiscales de distrito y los fiscales de sección. Los agentes fiscales y auxiliares fiscales podrán objetarlas en tanto deban aplicarlas a un caso concreto. En este último caso también podrán ser objetadas por la victima cuando sean afectadas por dicha instrucción. Artículo 69 “Cuando una instrucción objetada general o particular, concierna a un acto procesal sujeto a plazo o que no admite dilación el funcionario que recibe la orden la cumplirá en nombre del superior que la emitió sin perjuicio del procedimiento previsto en el artículo anterior. Si la instrucción objetada consiste en omitir un acto sujeto a plazo o que no admite dilación, el

sin perjuicio del reemplazo que se pudiere ordenar o del desistimiento de la actividad cumplida.

Es pues que en el ordenamiento de Guatemala Existe mayores amplitudes de defensa para la imparcialidad del juez.

#### **4. EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL DE ESPAÑA.**

##### **4.1. INTRODUCCION.**

El Proceso penal desde un punto de vista cuantitativo, como señala GARCIA MORILLO sigue siendo el Reino del Ministerio Fiscal. Ciertamente y a pesar del importante incremento funcional que la institución viene experimentando en otros campos procesales, no cabe duda de que el proceso penal constituye el ámbito donde el Ministerio Fiscal desarrolla sus más amplios cometidos.<sup>1397</sup>

GOLDSCHMIDT considera que “El proceso penal es el termómetro del sistema político en la medida en que el modelo de enjuiciamiento penal resulta expresión de toda una concepción política sobre los límites del poder y de su aplicación sobre las garantías básicas de la persona.”<sup>1398</sup>

Para el presente trabajo conviene estudiar la intervención del Ministerio Fiscal ocupa en el proceso penal desde el punto de su prima fase como es la investigación criminal, hasta la acusación formal.

El modelo de enjuiciamiento penal como iter obligatorio para el ejercicio del ius puniendo del Estado, refleja en términos de equilibrio, el necesario juego de garantías entre el derecho de penar y el derecho a la libertad de los ciudadanos.<sup>1399</sup>

MORENO CATENA considera que “No cabe duda en este sentido de que la forma de articular dicho juego a través del proceso constituye, de entrada, una limitación al poder

---

funcionario que la objete actuara bajo su exclusiva responsabilidad sin perjuicio de reemplazo que se pudiera ordenar o del desistimiento de la actividad cumplida”

<sup>1397</sup> GARCIA MORILLO “Derecho Constitucional...” Pág. 249.

<sup>1398</sup> GOLDSCHMIDT “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal,” Barcelona 1935 Pág. 67.

<sup>1399</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 491.

estatal, tanto más cercana a un sistema político democrático cuanto más efectivo resulta el equilibrio entre ambos intereses. En este sentido basta observar el grado de percusión que soportan los derechos fundamentales en el marco de la función investigadora para medir el orden de valores imperante en cada comunidad política.”<sup>1400</sup>

El ejercicio de la acción pública en la persecución y castigo de los delitos es una de las funciones estatales con mayor proyección social, la forma de establecer el control del ejercicio de la justicia penal por parte del estado a través de sus instituciones debe realizarse en sintonía con los principios que inspiran el sistema político, por lo que interesa estudiar el sistema de justicia penal que ha adoptado España.

#### **4.2. EL SISTEMA DE PROCESO PENAL MIXTO ESPAÑOL**

España según se puede deducir ostenta un modelo de justicia penal formal o mixto. Este sistema no esta de más consignarlo en este trabajo, tuvo su origen en la contrarrevolución que imprimió la administración napoleónica sobre las instituciones nacidas durante el período inmediatamente precedente.

Es importante recordar como en los inicios de las clases de derecho procesal penal que el sistema bonapartista o modelo mixto conjuga una fase de instrucción inquisitiva con una fase de juicio oral marcadamente acusatoria, representa una combinación que mantiene el control público gubernamental en la fase instructora, en tanto que la fase de juicio oral acoge los nuevos vientos del sistema acusatorio.

El sistema mixto sobre la base de una organización judicial y fiscal burocratizada, posibilita el control del Ejecutivo sobre la fase de instrucción y, en suma, sobre el conjunto de sistema de enjuiciamiento penal.

La distinción entre los roles del Juez instructor y del Ministerio Fiscal, que formalmente garantiza la imparcialidad del juzgador mediante la separación de las funciones de acusación y decisión así como las funciones de decisión y juicio vienen a

---

<sup>1400</sup> MORENO CATENA “Garantía de los Derechos Fundamentales...” Pág. 131.

constituir pieza calve en un sistema que se extendió por toda Europa a lo largo del siglo XIX:<sup>1401</sup>

España puede considerarse que ha tomado para si el sistema formal o mixto. Al Mantener la clásica fórmula inquisitiva del Juez instructor, formalmente independiente.<sup>1402</sup>

Y un órgano público sustancialmente dependiente que sostiene la acusación pública en nombre del Estado, garantizando así la separación entre las dos funciones.

Por un lado el juez no puede acusar pero que es el verdadero motor de todo el proceso penal en virtud que en el se encuentra encomendada la facultad de investigar quien investiga para el Fiscal y un Ministerio Fiscal que se convierte en un inspeccionador de la legalidad de las actuaciones sumariales del juez y que posteriormente según la investigación adopta una posición de acusador en la fase de juicio oral.<sup>1403</sup>

El modelo de justicia penal en España se encuentra ante dos magistraturas una investigadora y la otra decidora en medio de un Fiscal acusador. Que en la investigación tiene una actividad pasiva y se convierte en inspector del sumario<sup>1404</sup>

#### **4.3. EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN EJE FUNDAMENTAL DEL PROCESO PENAL EN ESPAÑA.**

Como se ha consignado en líneas anteriores el Juez de Instrucción en el proceso penal español se convierte en el verdadero y autentico motor de todo el proceso penal porque si bien esta así decirlo una sentencia se basa según las evidencias presentadas en el juicio y son presentadas en el juicio gracias a una sólida acusación y la acusación es producto de una objetiva investigación criminal realizada y esta la realiza sin lugar a dudas el Juez de instrucción en quien descansa todo el sistema procesal español.

---

<sup>1401</sup> CONDE PUNPIDO FERREIRO “La investigación por el Ministerio Fiscal y el uso del principio...” Pág. 113 “Sobre una fase de instrucción judicial escrita, inquisitiva y secreta y otra fase de juicio oral, pública y contradictoria.”

<sup>1402</sup> VIVES “Comentarios...” Pág. 109 “El resultado (basado en las características de la LECRIM) es un sistema que gravita sobre el juez formalmente independiente pero no materialmente imparcial.

<sup>1403</sup> BAÑO “El Ministerio Fiscal en la instrucción...” Pág. 1758.

<sup>1404</sup> Artículo 303 de Lecrim

En esta etapa de investigación o Sumario el Juez instructor asume total y absolutamente el monopolio de la investigación, es pues al juez según el principio de oficialidad (contemplado en el artículo 303 y 308 de la Lecrim) a quien le corresponde descubrir, examinar, recoger y conservar las huellas de un delito,<sup>1405</sup> investigar las distintas hipótesis que se puedan plantear, aventurar sospechas o móviles ocultos en el círculo de los posibles autores, los interrogatorios, las pericias y todas las demás actividades encaminadas a la perpetración del juicio ( artículo 299 Lecrim).

El argumento que se esgrime como sólido e inobjetable es que el Juez instructor investiga toda vez que salvaguarda los derechos de los sospechosos

Cabe hacer notar que en esta instrucción por lo menos se puede entender que no existen auténticas partes procesales por lo que es difícilmente contraproducente hablar de una actividad procesal en donde la carga de la prueba sea objeto de alguna de las partes.

El Juez instructor en su misión busca lo que para él constituye la verdad material incluso contra el parecer expreso de las partes. Toda vez que según el artículo 406 de la Lecrim “La confesión del procesado no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito” colaboran con el Juez instructor las fuerzas de la policía judicial

1406

Es pues que en esta actividad el Juez instructor tiene facultades para limitar los derechos fundamentales de los sospechosos y decretar medidas precautorias o medidas coercitivas inmediatas como el registro, allanamiento intervención telefónica y en el ejercicio de su investigación puede decidir sobre la prisión provisional de oficio o no del sospechoso es pues el Juez quien investiga los hechos y es quien decide y juzga las medidas necesarias a imponer.

---

<sup>1405</sup> El artículo 456 de la Lecrim establece “El Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancias importante en el sumario fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos”

<sup>1406</sup> Artículo 443 Ley Orgánica del Poder Judicial “La función de la policía judicial comprende el auxilio a los Juzgados y Tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competará, cuando fueren requeridos para prestarla a todos los miembros de las fuerzas de seguridad, tanto si dependen del gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales dentro del ámbito de sus respectivas competencias” Artículo 2 lo 2/1986 DE 13 DE MARZO De fuerzas y Cuerpos de Seguridad: “ Son Fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado a) las fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la nación b) Los cuerpos de Policía dependientes de las comunidades autónomas c) Los cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales”

Ante tal situación comenta el autor VIVES<sup>1407</sup> que cuando en el juez instructor convergen funciones instructoras y juzgadoras incurre en parcialidad y viola el principio de quien investiga no debe juzgar.

#### **4.4. CRITICA A LAS FUNCIONES DEL JUEZ INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL DE ESPAÑA:**

El autor VIVES ha sido uno de los críticos más acérrimos al modelo español de instrucción penal. El considera que la Constitución establece un modelo implícito de justicia penal incompatible con el modelo legal explícito en la Ley de enjuiciamiento criminal.<sup>1408</sup>

El autor LORCA considera que el sistema de instrucción del sumario tal como se tipifica en la LECRIM es un producto procesal perverso, desde el punto de vista orgánico obliga a una mutación de la posición orgánica del juez desplazándolo de su posición de tercero imparcial hasta una posición de acusador parcial.<sup>1409</sup>

GIMENO considera que “en la actividad encomendada al instructor impide dar vida a un esquema de corte acusatorio con el peligro real de que las actuaciones practicadas por el instructor tiendan a convertirse en pruebas valoradas como tales por el órgano jurisdiccional de instancia”<sup>1410</sup>

Ahora desde un punto de vista más técnico puede argumentarse que las funciones de dirección de la instrucción no forman parte de las atribuciones constitucionales encomendadas a la potestad jurisdiccional. Como es del saber general la constitución establece el principio de exclusividad de la jurisdicción. Por lo que en una modesta opinión la investigación penal no se produce ejercicio de la potestad jurisdiccional por lo que investigar la comisión de un delito no es juzgar, es simplemente investigar, alguien que investiga no juzga solo descubre la verdad.

Ahora bien producto de la investigación si es necesario adoptarse medidas que restrinjan o limiten los derechos fundamentales y precisamente en garantía de ellos puede

---

<sup>1407</sup> VIVES “Doctrina constitucional...” Pág. 99

<sup>1408</sup> VIVES “Doctrina Constitucional...” Pág. 94.

<sup>1409</sup> LORCA “Es constitucional la figura del instructor acusador” en Actualidad Jurídica, Aranzadi 15 de febrero de 1996 número 233 Pág. 338.

<sup>1410</sup> GIMENO “La reforma del proceso...” Pág. 99.

efectivamente una persona juzgar si dichas medidas son atinentes o no al fin objetivo que es el descubrimiento de la verdad. El Autor LORCA concuerda en el sentido que la investigación criminal no puede tener carácter jurisdiccional.<sup>1411</sup>

La instrucción de oficio por el juez choca en suma con los mandatos de contradicción igualdad de armas e imparcialidad del juzgador contenidos en el artículo 24 de la Constitución de España.

## **5. EL MODELO DE GUATEMALA UNA LUZ PARA LA LEGISLACION PROCESAL DE ESPAÑA EN EL SENTIDO DE DAR AL MINISTERIO FISCAL LA FACULTAD DE SER EL ORGANO DE INVESTIGACION OFICIAL.**

Guatemala a partir de de 1992 salio de un esquema de proceso penal mixto o formal, que no dejo grata experiencia mismo que era escrito en su fase sumarial y que no lograba cumplir con los auténticos fines que establecía la constitución de 1985. Por ende se encontraba con una constitución moderna basada en los principios de participación Ciudadana, legalidad, democracia, pluralismo en contraposición de un Proceso penal de carácter semi inquisitivo o formal o mixto, en donde era aplaudido por regímenes dictatoriales, en donde el Secreto de Sumario era un mecanismo que facilitaba en muchas oportunidades un abuso de la autoridad.

El juez en este procedimiento guatemalteco, era el pesquisidor y en busca de sus evidencias muchas veces lesionaba los intereses de protección de los derechos fundamentales que se le había encomendado.

Por lo que la opción de un Fiscal director de la investigación bajo el control de un Juez fue en Guatemala el mejor refleja en relación al orden jurídico instaurado por la Constitución de 1985.

El Modelo de una investigación preliminar de carácter no jurisdiccional, orientada a practicar las actuaciones indispensables para el ejercicio de la acción penal dirigida por el Ministerio Fiscal y bajo el control judicial es básicamente el modelo que ha inspirado las

---

<sup>1411</sup> LORCA “Es constitucional la figura...” Pág. 3.

más recientes reformas de la justicia penal en los países tales como Alemania, Portugal y en Guatemala y el resto de Centroamérica.

Desde esta forma en Latinoamérica se ha operado una progresiva sustitución del sistema acusatorio formal o mixto por un sistema de marcado carácter acusatorio.

La Investigación criminal es en este esquema una actuación más administrativa sujeta a controles judiciales, La acción penal que es más judicial se ejerce efectivamente cuando después de la investigación se considera evidencia suficiente como para formalizar acusación y solicitar apertura del juicio oral en contra de una persona determinada por unos hechos bien determinados.

La fase de Investigación en este marco queda presidida por el escrupuloso respeto a los principios de legalidad e imparcialidad y muy especialmente por la observancia de las garantías dispensadas a los derechos fundamentales contenidos en la Constitución especialmente los de derecho al defensa, igualdad, contradicción, presunción de inocencia. A cuya actividad se encuentra previsto un control judicial.

El artículo 107 del código procesal penal de Guatemala establece: “El ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público como órgano auxiliar de la administración de justicia conforme las disposiciones de este código. Tendrá a su cargo el procedimiento preparatorio y la dirección de la Policía Nacional Civil en su función investigativa dentro del proceso penal.” Es pues que al Ministerio Público en Guatemala se le encomienda la investigación y tiene entre sus facultades crear hipótesis, tomar las evidencias encontradas en la escena del crimen, guardar la cadena de custodia de cada una de ellas, y realizar solicitudes al Juez Contralor de la investigación, en relación a allanamientos, registros, ordenes de captura, decomisos, etc. El Ministerio Fiscal cuando ejerce el criterio de oportunidad, las solicitudes las enviará al mismo juez competente para que las autorice, y es al Juez de Primera Instancia contralor de la investigación quien decide si otorga o no una orden de aprehensión, si autoriza o no a que el Ministerio Público se abstenga de ejercer la persecución penal.

El código procesal penal establece en su artículo 47 “Los jueces de primera instancia tendrán a su cargo el control jurisdiccional de la investigación efectuada por el Ministerio Público, en la forma que este código establece, instruirán también personalmente

las diligencias que específicamente les estén señaladas. Estarán encargados de la tramitación y solución del Procedimiento intermedio y del abreviado....”

La mecánica procedimental o estructura del proceso penal puede constituirse en seis fases principales: <sup>1412</sup>

La primera una Fase propiamente **Investigativa-administrativa** que le corresponde al Ministerio Público.

Una **fase Preparatoria** que inicia cuando un sujeto se encuentra ligado al proceso y empiezan a regir plazos para que el Ministerio Público solicite en preciso una Acusación, un Sobreseimiento o una clausura provisional del proceso.

La fase investigativa y preparatoria e intermedia la controla el Juez de Primera instancia,

**La fase Intermedia**<sup>1413</sup> es una fase que nace cuando el Ministerio Público ha fijado una postura con respecto al proceso, es una fase depurativa de todas las anomalías que pudieron haber sucedido en la fase investigativa y preparatoria, pueden las partes realizar sus peticiones correspondientes tanto la defensa puede plantear obstáculos de la persecución penal o pedir que se incorporen algunos medios de prueba o que se practiquen porque el Ministerio Público no lo haya hecho se discute sobre la imprecisión o no de la acusación y sus defectos en fin se desenvuelve efectivamente un auténtico principio de contradicción. Esta fase se da en audiencias orales en donde se discute ante el juez por las partes, si procede o no un sobreseimiento,<sup>1414</sup> si procede o no una petición de apertura a juicio para formular una acusación,<sup>1415</sup> o una clausura provisional del proceso. Con lo que puede parecer un poco inconveniente porque choca un poco contra el principio favor

---

<sup>1412</sup> El común denominador de la doctrina guatemalteca la divide en cinco fases (PELLECCER BARRIENTOS, “introducción al Derecho procesal penal de Guatemala” Editorial Llerena Guatemala 1999. PAR USEN, “El juicio oral” Editorial E o A Guatemala 2000, ABENDAÑO “El Proceso penal de Guatemala” Editorial Fénix 2001. ), a parecer del postulante de este trabajo se pueden determinar

<sup>1413</sup> Se encuentra regulada en los artículos 324 al 345 del Código procesal penal de Guatemala.

<sup>1414</sup> Artículo 328 Sobreseimiento “Corresponde sobreseer a favor de un imputado: 1) Cuando resulte evidente la falta de alguna de las condiciones para la imposición de una pena. Salvo que correspondiere proseguir el procedimiento para decidir exclusivamente sobre la aplicación de una medida de seguridad o corrección. 2) Cuando a pesar de la falta de certeza, no existiere razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba o fuere imposible requerirá fundadamente la apertura a juicio. 3) Cuando tratándose de delitos contra el Régimen tributario, se hubiere cumplido en forma total la obligación de pago del Tributo e intereses.

<sup>1415</sup> Artículo 324 “Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado requerirá por escrito al juez la decisión de apertura del juicio. Con la apertura se formulará la acusación.”

libertatis e in dubio pro reo principios de derecho penal fundamentales, es lo que corresponde a la Clausura provisional. Esta menciona el artículo 331 “Si no correspondiere sobreseer y los elementos de prueba resultaren insuficientes para requerir la apertura de juicio, se ordenará la clausura del procedimiento por auto fundado, que deberá mencionar, concretamente los elementos de prueba que se espera poder incorporar. Cesará toda medida de coerción para el imputado a cuyo respecto se ordenara la clausura, cuando nuevos elementos de prueba tornen viable la reanudación de la persecución penal para arribar a la apertura del juicio o el sobreseimiento el tribunal, a pedido del Ministerio Público o de las partes permitirá la reanudación de la investigación.” Parece desde esta perspectiva que se desarrollara a continuación que esta medida choca a parte del principio in dubio pro reo, y el favor libertatis, con el de seguridad jurídica, a merced de lo siguiente en este caso si un sindicado de un hecho criminal se encuentra en medio de dos posiciones por un lado no existe suficiente evidencia inculpatoria y por el otro el Ministerio Fiscal no desea sobreseer, se debe recordar que en caso de duda sobre la culpabilidad o no de un individuo el mismo debe resolverse a su favor, por otro lado el principio de seguridad jurídica se violenta en el sentido que al sujeto sindicado en cualquier momento se le puede iniciara el mismo procedimiento en su contra por los mismos hechos, esto viola el principio de certeza jurídica y no bis in ídem toda vez que el imputado se encuentra totalmente desprotegido a la espera de que el fiscal encuentre las evidencias pronunciadas o que se decida a sobreseer. No puede permitirse tal limbo jurídico en este lapso si el fiscal en el plazo establecido no encontró las suficientes evidencias inculpatorias el mismo debe sobreseer toda vez que caduco su derecho y no puede dejarse plazos extras para que el Ministerio Público decida o no ejercitar la acción penal.

Si el juez determina y acepta la petición del Fiscal de solicitar la apertura del juicio y formular por ende la acusación. El Juez de Primera instancia eleva los autos a un Tribunal de Sentencia. En donde inicia la Fase de juicio.

**La fase de juicio** se puede dividir en tres sub-fases, la Fase de Preparación para el debate,<sup>1416</sup> el debate propiamente dicho<sup>1417</sup> y la deliberación<sup>1418</sup>.

---

<sup>1416</sup> Que se encuentra Regulada a partir del artículo 346 al 353 del Código procesal penal de Guatemala

<sup>1417</sup> Que se encuentra regulado a partir del artículo 354 al 382 del Código procesal penal de Guatemala.

<sup>1418</sup> Que se encuentra regulado a partir del artículo 383 al 397 del Código procesal penal de Guatemala.

Los miembros del Tribunal de sentencia son tres abogados colegiados. Y se practican un autentico debate oral público contradictorio en igualdad de armas. Y se garantiza el principio de quien conoce e investiga no debe juzgar.

**Las impugnaciones**<sup>1419</sup> se encuentran a lo largo de todo el proceso y **la fase de ejecución** de la sentencia se encuentra en manos de un juez de Ejecución.<sup>1420</sup>

El Proceso penal de Guatemala ha sido uno de los más novedosos para Latinoamérica y ha servido de ejemplo para las reformas procesales y penales de Latinoamérica, aunque claro existen ciertas imperfecciones que pueden ser mejoradas o dilemas que aun se discuten, por ejemplo que todavía no se ha reconocido el derecho de los ciudadanos a un jurado. Cosa que seria necesaria porque se consolida un espíritu democrático y participativo de la Ciudadanía por lo que desde este trabajo abogo para que dicho derecho se reconozca y se ejecute a través de las reformas legales pertinentes, en Cuba existe un juez técnico y dos jueces legos y se le da participación a la Ciudadanía en el sistema de justicia una nación eminentemente comunista poco democrática pero participativa en este aspecto. En Guatemala durante el gobierno del Doctor Mariano Gálvez después de la emancipación Política de la colonia guatemalteca de la corona española, se logro instaurar el código de Livingston, un código tomado de la legislación norteamericana, en donde se practicó el juicio por jurado. Esto en sus inicios fue novedoso pero debido a los sismos políticos que constantemente ha vivido Guatemala y con la tradición inquisitiva fuertemente heredada de España fue muy difícil que perviviera. Pero ha sido históricamente un primer intento que indica el norte a seguir. Como dato importante en España si reconoce el procedimiento del Jurado aunque según comentarios con abogados litigantes de esta región el mismo casi no se utiliza.

El problema del proceso penal en Guatemala radica en que la Investigación de los hechos que llevan una connotación de ser tipificados como delitos o faltas le corresponde al Ministerio Público. Un Ministerio Público que no cuenta con el personal humano ni con el equipo técnico y científico adecuado para ejercer la efectiva obligación que por mandato legal le corresponde.

---

<sup>1419</sup> Los recursos que se encuentran establecidos en Guatemala se encuentran regulados a partir del artículo 398 al 463 del código procesal penal de Guatemala.

<sup>1420</sup> Se encuentra regulado en el artículo 492 del Código procesal penal de Guatemala.

La investigación es premisa anterior necesaria para una sólida acusación y como conclusión una sentencia condenatoria.

En Guatemala los medios de investigación científica son obsoletos puede decirse que son mecanismos arcaicos, el sistema penal de investigación penal de Guatemala se descansa en el mayor de los casos sobre la declaración de testigos. Una investigación basada sobre la certeza que ofrecen las pruebas científicas de ADN, y reconstrucciones técnicos o instrumentos sofisticados de investigación es muy cara y por lo tanto casi no se observan en los tribunales<sup>1421</sup>.

No hay suficiente personal pericial y lo que es más existe muy pocos fiscales que atiendan con eficiencia los casos sometidos a su conocimiento y principalmente quien realiza la investigación según el artículo 45 de la Ley orgánica del Ministerio Público de Guatemala son los auxiliares fiscales, quienes "...serán los encargados de efectuar la investigación en el procedimiento preparatorio del proceso penal en todos los delitos de acción pública y en los delitos que requieran instancia de parte, al llenarse este requisito. Podrán intervenir directamente y por si mismos en todas las diligencias de investigación y declaraciones de imputados que se produzcan durante el procedimiento preparatorio. Podrán firmar todas las demandas, peticiones y memoriales que se presenten ante los Tribunales durante el procedimiento preparatorio..." El artículo 46 establece las calidades de los auxiliares Fiscales "Para ser auxiliar fiscal se requiere ser guatemalteco y al menos haber cerrado pensum en la carrera de Abogacía y Notariado".

La investigación del Ministerio Público en Guatemala se encuentra en manos de estudiantes de Derecho, que en muchos casos ejercen con eficiencia su función pero que en otros casos no saben absolutamente nada de investigación criminal y nunca han recibido especialización sobre la materia o al menos cursos de criminología.<sup>1422</sup> Por lo que es impostergable capacitar y profesionalizar al equipo del Ministerio público en Guatemala para evitar el empirismo, es considerable que este aspecto es debido a la falta de recursos para pagar abogados en el servicio, es cosa de todos los días ver discutir muchas veces en

---

<sup>1421</sup> A no decir casi nulos, la mayoría de casos en que existen prueba científica son casos de extrema importancia y que llevan connotaciones sociales o políticas como el Caso sobre la muerte de Monseñor Gerardi, un caso en que se ha visto pruebas técnicas así como científicas y expertajes muy reconocidos pero ha sido talvez a juicio del postulante el único.

los juzgados de primera instancia abogados colegiados litigantes o abogados miembros del servicio público de defensa, con estudiantes de derecho que son auxiliares fiscales, estudiantes que no ostenta ni tan siquiera un diplomado en investigación criminal, por lo que el empirismo en dicha institución es más que evidente.

Debe de tomarse conciencia que la justicia y máxime la justicia penal es la columna vertebral de una democracia y la consolidación de un Estado de Derecho. Y Una justicia pobre con un Ministerio Público que no tenga el presupuesto necesario para lograr los fines esenciales que el ordenamiento establece, acarrea circunstancias proclives para la corrupción y desconfianza del sistema judicial y político.

## **QUINTA PARTE**

### **EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA**

---

<sup>1422</sup> Por lo menos actualmente entro en vigencia en la Facultad de Derecho de la universidad de San Carlos de Guatemala un nuevo pensum en donde aparecen cursos de criminología, es la primera vez que en la

## **CAPITULO VI. EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA**

### **1. EL PASADO DEL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA.**

#### **1.1. EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA EN EL PERIODO PRE INDEPENDIENTE:**

Es orgullo para los guatemaltecos decir a ciencia cierta que nuestro territorio fue la cuna de la civilización Maya, una civilización comparable únicamente con la Egipcia, prueba de ello es sus grandes monumentos, y avances en la matemática, medicina, arquitectura, ingeniería, astronomía, geometría y cálculo.

Es inobjetable rebatir que una civilización que había utilizado el significado del cero y con un calendario venusiano y solar exacto, y que habían determinado eclipses solares y lunares con dos mil años de anticipación, no tuviera normas de convivencia, que es lo elemental para que toda una civilización se desarrolle.

---

universidad tres veces centenaria se imparta este tipo de cursos. formalmente establecidos.

Lamentablemente muchos de los códices y obras literarias así como tratados científicos de los mayos fueron quemados por los conquistadores, y fue destruido e implantado un nuevo orden.

Segùn el derecho consuetudinario que se práctica por las comunidades indígenas en Guatemala se puede evidenciar que no existió prácticamente un derecho punitivo maya, existió pues un derecho reparador, subsanador y socializador, que actualmente se práctica dentro de las referidas comunidades.

Aunque datos exactos no se tengan aun empiezan a salir a la luz por medio de Sacerdotes mayas y ancianos de las comunidades, métodos y mecanismos pacíficos y conciliadores para solucionar controversias que en el actual sistema llevaría implícito la imposición de la violencia pública institucionalizada.

Por lo que nos para el presente trabajo nos basaremos en fuentes históricas castellanas.

Los Autores José Castillo Larrañaga y Rafael de Piña, señalan como fuente histórica del surgimiento o existencia del Ministerio Público en América la época del Rey de España Juan I quien siguiendo las recomendaciones de las cortes españolas designaba a un funcionario encargado de la persecución de los delitos públicos cargo que más tarde los Reyes Católicos instituyeron en las Chancillerías de Granada y Valladolid, y es a través de las leyes de la Recopilación expedida por Felipe II en (1566) que reglamenta las funciones de los fiscales, así como el control del procedimiento criminal en los tribunales y el ejercicio de la persecución penal en la comisión de los delitos delimitando la aplicación de las penas y medidas de seguridad en contra de los infractores.<sup>1423</sup>

Con respecto a las leyes vigentes de España, las que se aplican en todas las colonias las que posteriormente se fueron proyectando en todo el Continente Americano, la organización jurídica y política quedo sujeta a las disposiciones emanadas por la corona, de tal manera que la actividad de los tribunales españoles tenía jurisdicción en todas las provincias, disposiciones legales que ya incluían la denominación de Fiscal.

La Promulgación de la Constitución de Bayona de 1808 para España y las Indias, es uno de los antecedentes más remotos de la institución del Ministerio Público en Guatemala pues la regulaba el Consejo Real y el Procurador General o Fiscal.

---

<sup>1423</sup> Ministerio Público Revista Unicap. Guatemala 2000 Pág. 1.

Guatemala fue la Capitanía General de la Corona Española y tenía entre otras funciones tales como a) control de la Administración de Justicia, b) actividad asesora c) representación de la corona.

## **1.2. EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA EN EL PERIODO INDEPENDIENTE:**

La emancipación Política el 15 de Septiembre de 1821, en la cual Guatemala se desliga de la Corona Española y con relación al tema que estudiamos, se fortalece la función de los Fiscales a quienes se les consideraba como asesores dentro de la Administración pública.

La constitución Federal de Centroamérica, se delimitan las funciones de los Fiscales como miembros adscritos a la Corte Suprema de Justicia.

EL código Fiscal regula las funciones de los Fiscales en el desarrollo de sus actividades tributarias ejecutadas por el Estado a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público es pues que la función de los Fiscales era velar por la recaudación de los Tributos.<sup>1424</sup>

La constitución de 1921 significó el nacimiento de la figura del Procurador General de la Nación y Jefe del Ministerio Público, siendo el organismo legislativo quien señala a cuales deberían ser sus funciones. En 1929 según decreto 1618 de fecha 31 de mayo regulo con respecto al Ministerio Público incardinando como una dependencia adscrita a la Secretaria de Estado de Gobernación y de Justicia, y dependiente totalmente del Poder Ejecutivo, era pues el Presidente quien nombraba al Procurador General de la Nación, los fiscales según esta ley dedicaban mayor atención a los asuntos de Hacienda Pública. Durante el periodo presidencial del Doctor Mariano Gálvez un visionario de su época instauró para Guatemala un proceso penal totalmente acusatorio, con la participación de un Tribunal de Jurado y con la investigación a cargo del Ministerio Público parte del Estado, pero dicha reforma fracasó y se adoptó nuevamente el proceso anterior que devenía de 1929.

---

<sup>1424</sup> Ministerio Público Revista Unicap. Guatemala 2000. Pág. 1.

### **1.3. EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA EN EL PERIO CONTEMPORANEO.**

Con la promulgación de la Constitución de la República en 1941, se hizo necesario adaptar la Antigua Ley Orgánica del Ministerio Público a las nuevas disposiciones.

Entre estas nuevas funciones se reguló la actividad de los fiscales de las Salas de Apelaciones. El procurador General de la Nación era nombrado por el Organismo Ejecutivo. Es así como nace a la vida jurídica el Decreto número 512 del Congreso de la República, Ley Orgánica del Ministerio Público, que reguló las funciones propias de cada una de las secciones, siendo éstas de sección de Fiscalías, sección de Fiscales de Salas de Apelaciones, Sección de consultaría, quienes tenía como función evacuar las consultas hechas por la administración pública; sección de Procuraduría, cuya actividad consistía en evacuar consultas relacionadas con actividades propias de los particulares y de actos de jurisdicción voluntaria y de menores, cuyas funciones constituían en evacuar asuntos relacionados con menores de edad así como de actuar en representación de éstos.

Se establece además que el Ministerio Público actuará en Representación del Estado. El Procurador General de la Nación y el Jefe del Ministerio Público era nombrado por Presidente del Organismo Ejecutivo escogido de una terna propuesta por el Consejo de Estado.

En cuanto a las actividades del Ministerio Público ante los tribunales de la República le correspondía desarrollar la investigación en la comisión de delitos, por medio de la intervención de los fiscales con una filosofía de aplicación del sistema acusatorio.<sup>1425</sup>

En el sistema judicial penal de Guatemala la función del Ministerio Público se caracterizó por la presencia de fiscales en las Salas de Apelaciones de la Corte Suprema de justicia según decreto de gobierno de fecha 3 de agosto de 1954, fiscales que eran designados por el Presidente de la República de conformidad con el Primer código de

---

<sup>1425</sup> Ministerio Público, Revista Unicap.... Pág. 3.

Procedimientos Civiles de fecha 8 de marzo de 1977, se reguló la actividad de los fiscales para el ejercicio de la función dictaminadora y para constituirse en acusadores en los procesos criminales, disposición que se plasmó en distintas leyes del Organismo Judicial que han regido el ordenamiento jurídico de Guatemala, como por ejemplo el Decreto Gubernativo de 1862, la Ley Constitutiva del Organismo Judicial, Decreto 1762 del Congreso de la República, Ley del Organismo Judicial, si bien no regulaba los fiscales de Sala si permiten su aplicación en cuanto a la actividad procesal desarrollada por los Agentes Fiscal en aquellas normas relativas a su competencia.<sup>1426</sup>

Es pues que el Ministerio Público de Guatemala al igual que cualquier otra dependencia del Estado tiene obligación según el artículo 57 de la Ley del organismo judicial de Guatemala de prestar a los Tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones<sup>1427</sup>

#### **1.4. EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA EN EL PERIODO DE REFORMAS.**

Guatemala es una Nación que no escapa a los efectos producidos por actividades eminentemente política, y allá cada poco existen cismas jurídicos o políticos, características de otros países latinoamericanos pero con el objeto de ilustrar mejor este trabajo, es necesario mencionar, para tener una visión de las actividades desarrolladas por el Ministerio Público dentro de los cambios bruscos producidos por actividades políticas veamos: con el rompimiento del orden constitucional de fecha 23 de marzo de 1982, desaparece de la vida jurídica los Organismos Judicial y Legislativo, en consecuencia toda la actividad Jurisdiccional y legislativa se concretó en un solo Organismo del Estado como lo fue en el Organismo Ejecutivo, esto obviamente generó serios problemas en la

---

<sup>1426</sup> Ministerio Público Revista Unicap... Pág. 1.

<sup>1427</sup> Artículo 57 Ley del Organismo Judicial “La justicia se imparte de conformidad con la constitución política de la república y demás leyes que integran el ordenamiento jurídico del país. La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley a los cuales les corresponde la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. La justicia es gratuita e igual para todos. Ninguna otra autoridad podrá intervenir ni interferir en la Administración de la justicia Los organismos del Estado, sus dependencias y entidades autónomas y descentralizadas deberán

institución que estudiamos, ya que prácticamente su actuación se vio vulnerada al no poder cumplir con las funciones determinadas en su Ley Orgánica por cuanto que la actividad judicial quedaba plasmada en el Decreto Ley 24-82 que contenía el Estatuto Fundamental de Gobierno, es decir, el Procurador General de la Nación podía ser removido, como consecuencia de ese rompimiento constitucional y nombrar un sustituto, que no era nombrado por el Presidente de la República sino por el jefe de Estado.

Esta situación jurídica anormal se prolongó hasta el 14 de enero de 1986, la cual nuevamente marca un paso histórico en la legislación nacional al entrar en **vigor la nueva Constitución Política de la República de 1985** que incluía la figura del Procurador General de la Nación y Jefe del Ministerio Público, quien era nombrado por el Presidente de la República con lo cual se mantenía la supremacía legal del Decreto 512 del Congreso de la República (Ley Orgánica del Ministerio Público), esta Constitución reconoce a la institución como autónoma en donde el Procurador General de la Nación tiene las preeminencias de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Nuestra historia institucional características de golpes y dictaduras marca un nuevo período de incertidumbre legal con el intento nuevamente de romper el orden institucional el 25 de mayo de 1993 por parte del entonces Presidente de esta época quien mediante Acuerdo Gubernativo trató de concentrar en un sólo Organismo (Ejecutivo) las funciones de los otros dos Organismos del Estado (Legislativo y judicial), modificando sustancialmente la Ley de Amparo y Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la desintegración de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad así como la del Procurador de Derechos Humanos, removiendo el Procurador General de La Nación y Jefe del Ministerio Público, pretendiendo que el Tribunal Supremo Electoral convocara en el menor tiempo posible a elecciones generales, este intento de golpe de estado no se hizo esperar y las reacciones de personas individualizadas así como entidades, grupos gremiales y de la Comunidad Internacional quienes inmediatamente se pronunciaron en el sentido que no era recomendable romper el orden constitucional a través de una medida dictatorial ya que estaba poniendo en alto riesgo el orden institucional del país, habiéndose indicado al presidente de la República del grave error legal en que había caído y ante su negativa la Corte de Constitucionalidad dictó la sentencia en la que se declaraba

---

prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones igual obligación

inconstitucional las “normas temporales de gobierno” porque obviamente violaban flagrantemente la Constitución Política de la República, sentencia que a pesar de una fuerte oposición fue publicada en el diario de Centro América. Diario Oficial con la cual daría por terminado el período presidencial; en similares circunstancias la Corte de Constitucionalidad dictó una segunda sentencia a través de la cual declaraba que la vicepresidencia de aquel entonces tenía impedimento legal para la asunción al cargo de presidente por el hecho de haber sido copartícipe en el intento de golpe de estado, siendo su efecto inmediato el clamor popular de sanear los Organismos del Estado por medio de una Consulta Popular con base en el precepto señalado por la Constitución Política de la República, es así como el Congreso de la República designa un nuevo presidente para cumplir el período presidencial.<sup>1428</sup> Durante esta fase política de Guatemala el nuevo gobierno insta a una reforma de la constitución y promueve la Consulta Popular llevada a cabo el 30 de enero de 1994 de conformidad con los Artos. 173 y 280 de la Constitución Política de la República de Guatemala, respectivamente permitió la promulgación del Acuerdo Legislativo número 18-93 mediante el cual se aprobaron las Reformas Constitucionales, siendo una de ellas la contenida en el artículo 251 a través de la cual se separan las funciones del Ministerio Público y del Procurador General de la Nación, para el efecto el Decreto 512 del Congreso de la República se deroga parcialmente, por cuanto que con la reforma Constitucional se promulgo el Decreto 40-94 del Congreso de la República, La Ley Orgánica del Ministerio Público por medio de la cual nace a la vida jurídica la figura del Fiscal General de la República como Jefe del Ministerio Público y el responsable de su buen funcionamiento.

Con respecto al decreto 40-94 que reformó el artículo 251 de la Constitución tiene como novedad que determina que la autoridad del fiscal General se entiende a todo el territorio Nacional, ejercerá la acción penal pública y las atribuciones que la Ley otorga a la institución que representa, por sí mismo o por medio de los órganos de la Institución establezca con funciones y atribuciones totalmente independientes del Procurador General

---

tienen los particulares.”

<sup>1428</sup> Al entonces Procurador de los Derechos Humanos, Licenciado Ramiro de León Carpio como el nuevo Presidente Constitucional de la República para ocupar la Primera Magistratura del país y cumplir el período presidencial que vencía el 14 de enero de 1996.

de la Nación para quien es aplicable el Decreto 512 en mención, la Procuraduría General de la Nación es una institución muy similar a los Abogados del Estado en España

Esta reforma incluye algunas novedades como lo es la nueva organización Administrativa de la institución, el Consejo del Ministerio Público, Fiscales de Distrito y de sección, Agentes Fiscales, Auxiliares Fiscales y secretarios; y lo referente, a la carrera Administrativa en el Ministerio.

## **2. EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA DEL PRESENTE:**

### **2.1. DEFINICION:**

La definición del Ministerio Público de Guatemala a comparación del Ministerio Fiscal de España revista singulares características, toda vez que el Ministerio Público de Guatemala siempre ha mantenido una trayectoria ligada a la órbita del Poder Ejecutivo, y sus funciones han sido simples y la vida histórica de la institución misma no es tan larga como la historia misma de la institución española. En ese orden de circunstancias por lo que en primer lugar puede decirse que el Ministerio Público aparece regulado constitucionalmente en el artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala que determina “El Ministerio Público es una institución auxiliar de la Administración Pública y de los tribunales...”: La data histórica desde el decreto de gobierno de fecha 3 de agosto de 1854, el código de procedimientos civiles de fecha 8 de marzo de 1877, pasando por la Constitución de la República de 1941 hasta las presentes fechas a incardinado al Ministerio Público de Guatemala como una institución auxiliar de la Administración Pública, por ende dentro de la esfera del Poder Ejecutivo, pero dicha institución aun siendo incardinada en la institución dentro el ejercicio de sus funciones goza de autonomía como lo dice el artículo 251 de la Constitución en el sentido que “El Ministerio Público es una institución auxiliar de la Administración pública y de los

tribunales, con funciones autónomas...” Es en este orden de ideas que el Ministerio Público de Guatemala a parte de ser una institución constitucional auxiliar de la administración pública y de los tribunales posee una autonomía funcional. Es pues que el artículo 4 de la Ley orgánica del Ministerio Público de Guatemala establece con relación a su autonomía “El Ministerio Público actuará independientemente por propio impulso y en cumplimiento de las funciones que le atribuyen las leyes sin subordinación a ninguno de los organismos del Estado ni autoridad alguna salvo lo establecido en esta ley...” Significa esto que el Ministerio Público es una institución incardinada en el Poder Ejecutivo a Diferencia del Ministerio Fiscal Español, pero al igual que los mismos gozan de ciertas relaciones de Coordinación con la Administración. Esto se establece del artículo 4 de la ley Orgánica del Ministerio Público guatemalteco que dice “El Presidente de la República podrá “invitar al Fiscal General para que participe en cualquier junta del Gabinete o de los Ministros de Estado. En este supuesto el Fiscal General estará obligado a concurrir a la junta con voz pero sin voto.” Es pues que en principio el Ministerio Público de Guatemala es una institución constitucional auxiliar de la Administración pública aunque no pertenezca plenamente a ella tiene relaciones de coordinación con la misma al mismo tiempo que es auxiliar de los tribunales. El hecho de que el Ministerio Público aparezca como auxiliar de la administración pública **y de los tribunales**. Significa que pueda ostentar cierto grado de dependencia con el poder judicial a criterio propio puede considerarse que no las relaciones que posee el Ministerio Público con el Poder Judicial son estrictamente debido al orden de sus funciones, es decir el campo en donde se desarrolla el Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones es el campo de lo judicial en la esfera particularmente de lo penal y es ahí en donde el Ministerio Público tiene un acercamiento directo con el Poder judicial como uno un sujeto más de los que buscan la tutela judicial efectiva y la aplicación del Derecho opera en sus relaciones.

Concluyendo puede **definirse al Ministerio Público de Guatemala como una institución constitucional auxiliar de la Administración Pública y los Tribunales con relaciones de coordinación con los mismos y que en el ejercicio de sus funciones goza de autonomía.**<sup>1429</sup>

---

<sup>1429</sup> Tomándose en consideración sus elementos más particulares.

## **2.2 EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA Y SU RELACION CON LOS ORGANISMOS DEL ESTADO:**

### **2.2.1 EL MINISTERIO PÚBLICO Y SU RELACION CON EL ORGANISMO EJECUTIVO:**

El Orden constitucional establece el concepto de Órganos de Estado y no Poderes del Estado razón por la cual la Administración pública se encuentra regulada en el título referente al Organismo Ejecutivo.

La norma constitucional establece que el Ministerio es un auxiliar de la Administración Pública pero no menciona que sea parte dependiente de la misma. El primer vínculo que une a la administración pública con el Ministerio Público es el nombramiento del Fiscal toda vez que la constitución establece: “El jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública...y será nombrado por el Presidente de la República de una nómina de seis candidatos. Con relación al nombramiento del Jefe de la institución que estudiamos en España se hace atendiendo a discreción legal del Jefe de Gobierno en Guatemala también así se realiza pero la limitante es que el presidente de la República lo nombra pero dentro de una nómina de seis candidatos, estos candidatos los propone una comisión de postulación, integrada por el

Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien la preside, los Decanos de las Facultades de Derecho o de Ciencias jurídicas y sociales de las Universidades del país, el Presidente de la Junta directiva del Colegio de Abogados Y notarios de Guatemala y el Presidente del Tribunal de honor de dicho colegio. Son puestos estos altos funcionarios de la cúpula judicial de Guatemala quienes discuten atendiendo a las cualidades que debe tener los funcionarios propuestos. Las cualidades que debe albergar los funcionarios propuestos deben ser iguales a las de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia esto es según el artículo 216 de la constitución de Guatemala “...ser mayor de cuarenta años y haber desempeñado un período completo como magistrado de la Corte de Apelaciones o de los tribunales colegiados que tenga la misma calidad o haber ejercido la profesión de abogado por más de diez años...” también existe otros requisitos establecidos en el artículo 207 del mismo cuerpo legal que es. “... ser guatemaltecos de origen, de reconocida honorabilidad estar en el goce de sus derechos ciudadanos y ser abogados colegiados...” En relación a los requisitos tanto la legislación Española como la Guatemalteca toman como requisitos criterios algo muy subjetivos como lo es la honorabilidad para Guatemala y el prestigio para España, son pues criterios que dependen mucho del observador y son criterios valorados muy subjetivamente. Es pues que el nombramiento del Fiscal General se ve limitado a diferencia del español con estas comisiones de postulación, que aunque como todo ente de trascendencia política se ven inmiscuidos partidos políticos que pretenden capturar a cada uno de los miembros.

Otro punto de conexión entre la administración pública y el Ministerio Público de Guatemala es que si el Presidente constitucional I de la República nombra al Fiscal General es también el que puede destituirlo siempre y cuando exista una causa justificada debidamente establecida.<sup>1430</sup>

---

<sup>1430</sup> Capítulo VI Ministerio Público y Procuraduría General de la Nación artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala “El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica. El jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública. Deberá ser abogado colegiado y tener las mismas cualidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y será nombrado por el Presidente de la República de una nomina de seis candidatos propuesta por una comisión de postulación integrada por el Presidente de la corte suprema de Justicia, quien la preside, los Decanos de las Facultades de Derecho o de Ciencias jurídicas y sociales de las Universidades del País, el Presidente de la junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y el Presidente del Tribunal de Honor de dicho colegio. Para la elección de candidatos se requiere del voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de la comisión. En las votaciones tanto para integrar la comisión de

El Ministerio Público de Guatemala según el artículo 3 de la ley orgánica establece que anualmente tendrá una partida en el Presupuesto General de la Nación. Pero el incremento de esa partida depende mucho de la relación de la institución con el actual gobierno de la república, toda vez que el proyecto de presupuesto lo realiza el Ejecutivo y lo aprueba el Legislativo. Y he ahí que muchas veces el Ministerio Público se ve en la necesidad de cabildear incremento de su presupuesto con estos dos organismos del Estado.

La coordinación que debe existir entre el Ministerio Público y la Administración se refleja legalmente en el artículo 4 de su ley orgánica en relación a que El Presidente de la República podrá invitar al Fiscal General para que participe en cualquier junta del Gabinete o de los Ministros de Estado. En este supuesto el Fiscal General estará obligado a concurrir a la junta con voz pero sin voto.<sup>1431</sup>

La administración Pública también se haya vinculada con el Ministerio Público en el sentido que según el artículo 6 de la Ley Orgánica, “El Ministerio Público podrá pedir la colaboración de cualquier funcionario y autoridad administrativa de los organismos del Estado y de sus entidades descentralizadas, autónomas o semi-autónomas, para el cumplimiento de sus funciones estando éstos obligados a prestarla sin demora y a proporcionar los documentos e informes que les sean requeridos. Las autoridades, los funcionarios y los organismos requeridos por el Ministerio Público en ejercicio de las

---

postulación como la integración de la nómina de candidatos no se aceptara ninguna representación. El fiscal General de la nación durara cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte suprema de justicia. El presidente de la republica podrá removerlo por causa justificada debidamente establecida.

<sup>1431</sup> El Texto original establecía que “El Presidente de la republica podrá impartir instrucciones generales al Jefe del Ministerio Público para que oriente sus funciones. Las funciones deberán ser públicas, impartidas por escrito y debidamente fundamentadas. Si el Fiscal General la acepta emitirá las instrucciones pertinentes si las rechaza comunicará públicamente su decisión al presidente explicando los fundamentos de su rechazo en este último caso el Presidente podrá recurrir al organismo legislativo para que resuelva dentro de los quince días siguientes, mediante acuerdo legislativo sobre la procedencia de la petición en cuyo caso la resolución será obligatoria para el Ministerio Público.” Esto se explicaba en el sentido que el Presidente podía impartir instrucciones generales pero nunca particulares al Jefe del Ministerio Público, ojo había de entenderse que si la Administración se ve totalmente imposibilitada de realizar instrucciones particulares en un caso determinado toda vez que atenta contra la institución y contra los principios de la misma. Dichas instrucciones debían versar sobre política criminal<sup>1431</sup> que le corresponde al Estado dirigirla y establecerla y crear los lineamientos adecuados para ejecutarla en tal circunstancias si el Fiscal consideraba que dichas instrucciones no eran congruentes con la institución las podía rechazar, aquí entra también el Presidente de la república que podía en todo caso recurrir al Organismo legislativo para que resuelva dentro de quince días dicha controversia y mediante acuerdo legislativo se decidiría si seria obligatorio el cumplimiento o no por parte de la institución. Bueno este párrafo preciso fue declarado inconstitucional por la corte de constitucionalidad de Guatemala en sentencia de fecha 14 de junio de mil novecientos noventa y cinco dentro del expediente 662-94

facultades que le otorga la ley, deberán atender inexcusablemente el requerimiento dentro de los límites legales y el término establecido en el requerimiento dentro de los límites legales y el término establecido en el requerimiento. Igual obligación tiene el Jefe de la Contraloría de Cuentas, los contralores y la superintendencia de Bancos.”

Y por último la Policía Nacional Civil una institución que se encuentra ligada al Ministerio de Gobernación en el proceso penal se encuentra dirigida por el Ministerio Público de Guatemala.<sup>1432</sup>

## **2.2.2 EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA EN RELACION CON EL ORGANISMO JUDICIAL:**

No existe la menor duda que el Ministerio Público ejerce sus funciones dentro del ámbito del poder judicial pues es ahí en donde reclama la justa aplicación del Derecho y el las solicitudes para el ejercicio que le es encomendado.

Como se ha venido comentando el artículo constitucional que regula el Ministerio Público de Guatemala también ha determinado que esta institución es auxiliar de la Administración pública y de los tribunales... La pregunta que debe plantearse es ¿En que auxilia el Ministerio público a los Tribunales? Bueno la respuesta se matiza desde la perspectiva de un análisis macro estructural, toda vez que uno de los fines del Ministerio Público es velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país<sup>1433</sup> así también como institución constitucional dentro del marco del Estado de Derecho debe de velar por la

---

<sup>1432</sup> Artículo 51 de la Ley Orgánica del Ministerio Público: “El Director de la policía nacional, las autoridades policíacas departamentales y municipales que operan en el país y cualquier otra fuerza de seguridad pública o privada, están obligadas a cumplir con las ordenes que emanen de los Fiscales del ministerio Público y deberán dar cuenta de la investigaciones que efectúen. Los funcionarios y agentes de las policías ejecutaran sus tareas bajo las órdenes y la supervisión directa del ministerio Público. La supervisión incluirá el correcto cumplimiento de la función auxiliar de la policía y de las demás fuerzas de seguridad cuando cumplan tareas de investigación. Los fiscales encargados de la investigación podrán impartirles instrucciones al respecto, cuidando de respetar su organización administrativa. La policía y demás fuerzas de seguridad no podrán realizar investigaciones por si, salvo los casos urgentes y de prevención policial, en este caso deberán informar al ministerio público de las diligencias practicas, en un plazo no mayor de veinticuatro horas, el que correrá a partir del inicio de la investigación. El fiscal General, los Fiscales de distrito y los fiscales de Sección podrán nominar por si o por solicitud del fiscal encargado del caso a los funcionarios o agentes policiales que auxiliarán en la investigación del asunto.”

<sup>1433</sup> Artículo 251 Constitución de Guatemala

efectiva independencia de los Tribunales y coadyuvar para que sus resoluciones sean cumplidas a cabalidad.

Un punto de apoyo que se relaciona el Ministerio Público con el Poder Judicial es sus semejanzas para nombrar al Fiscal General toda vez que vienen siendo los mismos que para un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia al igual el Fiscal General ha de gozar de las mismas inmunidades que éstos,<sup>1434</sup>

Otro aspecto es que con respecto a velar por la efectiva imparcialidad de sus miembros en ejercicio de sus funciones las mismas excusas, impedimentos y recusaciones establecidas para los Magistrados son las mismas que para los Fiscales.<sup>1435</sup> En este orden también el Ministerio Público velará por la imparcialidad de los Tribunales en el ejercicio de sus funciones. Solicitando las recusaciones pertinentes como una parte más en el proceso, en que se vea involucrado.

### **2.2.3 EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA Y SU RELACION CON EL ORGANISMO LEGISLATIVO.**

Bueno las relaciones que se dan con el soberano congreso de la Republica de Guatemala se deben en función a que El fiscal General deberá informar anualmente a los ciudadanos sobre el resultado de sugestión para ello deberá publicar una memoria y además remitir un ejemplar al Presidente de la República y al Organismo Legislativo. Dicho informe anual según el artículo 16 de la Ley Orgánica debe contener: "... 1) Resumen del trabajo realizado en el ejercicio 2) El Análisis del Servicio prestado, con detalle de los obstáculos y las medidas adoptadas para superarlos 3) Derogado <sup>1436</sup> 4) El detalle de la Ejecución del Presupuesto correspondiente 5) Las propuestas concretas sobre las

---

<sup>1434</sup> Artículo 251 Constitución de Guatemala

<sup>1435</sup> Artículo 111 de Código Procesal Penal de Guatemala

<sup>1436</sup> Derogado por sentencia de fecha 14 de junio de 1995 en el expediente 662-94 de la Corte de Constitucionalidad al declarar que dicho precepto era inconstitucional.

modificaciones o mejoras que requiere el servicio. Una síntesis de la memoria deberá ser difundida a través de los medios de comunicación masiva.

Es pues también función del Fiscal General de la República Remitir al Ejecutivo y al Congreso de la República el proyecto de presupuesto anual de la institución y el de sus modificaciones que estime necesarias en la forma y plazo que establecen las leyes respectivas.<sup>1437</sup>

Bueno al Organismo legislativo según el artículo 171 de la Constitución de Guatemala le corresponde Aprobar, modificar o improbar el presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado, el Ejecutivo envía el proyecto de presupuesto y el congreso lo analiza lo modifica y lo ajusta, es pues que en muchas oportunidades se ha visto al Fiscal General cabildeando con distintas bancadas el aumento de su presupuesto y justificando su actuación.

También es al Soberano Congreso de la República de Guatemala a quien le corresponde Declarar si ha lugar o no a formación de causa en contra de un posible ilícito penal cometido por el Fiscal General. El Fiscal en principio tiene derecho de Antejudicio como garantía de su cargo, pero si hay indicios de que el mismo ha cometido un delito se presenta la solicitud para que el congreso nombre una comisión y determine si ha lugar o no a que se le inicie el proceso penal respectivo.

Y no cabe restar importancia a la ingerencia que tiene el mismo órgano en el sentido de nombrar a tres miembros del Consejo del Ministerio Público toda vez que según el artículo 19 de su ley orgánica establece “El congreso de la República una vez nombrado el Fiscal General, elegirá a tres miembros de entre los postulados a dicho cargo para el periodo que corresponda al Fiscal General de la República la elección deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes de haberse nombrado el Fiscal General...” Es pues en este orden de considerandos que el Congreso de la República si tiene mucha ingerencia en relación al Ministerio Público.

## **2.3 EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA Y LA PARTICIPACION CIUDADANA.**

---

<sup>1437</sup> Artículo 11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Aunque el Cargo del Jefe del Ministerio Público es un cargo con mucha vinculación política toda vez que quien lo nombra es el Presidente de la República, razón por la cual como estudiamos en lo referente a España tiene ser una persona que simpatice con el Presidente y que tenga cierta afinidad con el grupo de gobierno. No esta demás apuntar un dato importantísimo en relación al Ministerio Público de Guatemala, como se estudio en el parte dos de este trabajo en relación al derecho comparado, en los Estados Unidos de América la para nombrar a los Attorney es a través de la participación popular por medio del voto.

Bueno y en un auténtico estado democrático plural y participativo de derecho debe crear las condiciones tanto legales para propiciar una cultura de participación ciudadana en el sentido que los Ciudadanos también tengan cierta ingerencia dentro de los asuntos del Estado.

En Tal virtud el artículo 12 de la Ley orgánica del Ministerio Público faculta la participación popular en el sentido que cinco mil ciudadanos podrán proponer por escrito a la Comisión de Postulación para Fiscal General aun candidato para que esta lo incluya en la nómina de postulación que remitirá al Presidente. Si la propuesta fuere rechazada la comisión deberá fundamentar públicamente su rechazo.

Esto en anteriores oportunidades sucedió lo siguiente, hubo una propuesta de un candidato con el respaldo de las cinco mil firmas de ciudadanos, la comisión recibió dicha solicitud la analizó pero dicho candidato no apareció dentro de la nómina de los seis para que el presidente decidiera, la comisión interpretó que con cinco mil ciudadanos que respalden la propuesta de una persona, no tendría que interpretarse en el sentido de que ésta necesariamente tenga que aparecer dentro de la nómina de los seis candidatos que se le proponen al Presidente de la República, la Comisión considero que el hecho de cinco mil personas respalden a un candidato era para darle a éste la oportunidad a participar si se hubiera dado el caso que la comisión no lo hubiera tomado en cuenta anteriormente pero no lo interpreto a que imperativamente la comisión se viera obligada a considerarlo plenamente como parte dentro de los seis candidato toda vez que extensivamente podría darse a un supuesto contraproducente en virtud que si seis candidatos fueran respaldados cada uno por cinco mil firmas ya no tendría razón de ser la comisión de postulación, más

que de proponerlos y la de verificar dichas firmas. Y que sucedería si fueran siete candidatos con cinco mil firmas necesariamente tendría que decidirse por seis, En tal razón puede considerarse muy razonable la interpretación que dicha comisión propició a tal situación.

## **2.4. PRINCIPIOS FUNCIONALES DEL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA.**

### **2.4.1 EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA Y EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD E IMPARCIALIDAD:**

Si al Ministerio Público le corresponde ejercer la investigación en los delitos de acción pública, su actuación en todo sentido debe versar sobre el descubrimiento de la verdad por lo tanto en ejercicio de esa función deberá actuar con absoluta objetividad. En el ejercicio de sus funciones tendrá que actuar con criterios eminentemente objetivos y nunca subjetivos por la exclusiva averiguación de la verdad toda vez que en la investigación propiamente dicha el juez es totalmente imparcial. Y no debe prevalecer en él prejuicios<sup>1438</sup> el Fiscal no debe tener ninguna grado de vinculación sentimental o afectiva con la víctima o con el posible sospechosa que le pueda afectar en su desenvolvimiento profesional, tampoco debe tener algún interés directo o indirecto o personal en el proceso que más que averiguar la verdad y que se cumpla la ley, que logren parcializarlo, ni debe influir en su actuación motivaciones internas dentro de la propia institución o externas como presión de la prensa o de otros organismos. Ni criterios raciales, de género o cualquier tipo de impresión que puedan afectar su rectitud de criterio

---

<sup>1438</sup> Prejuicios Subjetivos vendrán determinados por sus previas relaciones con algún sujeto ya sea posible sospechoso del ilícito penal o víctima,

El Fiscal tampoco puede entorchar, manipular ni ensuciar los hechos con el fin de perjudicar a un posible sospechoso.

Es necesario entender que en la investigación propiamente dicha no se puede hablar de una verdadera carga de la prueba para el fiscal y su actividad debe ser limpia, intachable e inmaculada.

Dicha objetividad e imparcialidad se encuentra garantizada con mecanismos de recusación establecidas en la misma ley y que nos hemos referido en oportunidad anterior en este trabajo.

El Ministerio Público en Guatemala goza de más y mejores medios para defender su imparcialidad incluso de presiones internas y externas pudiendo determinar en caso que le es sometido a su conocimiento con libertad cuando existe interés público de la comunidad e interés público de la administración, como se identificará más adelante.

## **2.4.2 EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

El artículo 1 párrafo segundo de la ley orgánica de la institución que nos preocupa establece que “el Ministerio Público perseguirá la realización de la justicia y actuará con objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad...”

En este punto nuevamente se insiste en la conocida frase de e ELÍAS DÍAZ<sup>1439</sup>, “no todo estado en un Estado de Derecho”, puede afirmarse que no toda sociedad que se gobierna con leyes observa el principio de legalidad<sup>1440</sup>. Aunque para que Guatemala sea

---

<sup>1439</sup> ELIAS DIAZ “Estado de Derecho y sociedad democrática”, Taurus, Madrid, 1992, Pág. 17.

<sup>1440</sup> Como claramente advierte GARCÍA DE ENTERRÍA, “Curso de derecho Administrativo”, (con TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ), civitas, Madrid, 1989, Pág. 432, “lo que distingue a unos Estado respecto de otros, tanto en un tiempo dado como en diferente épocas históricas, no es, pues, que unos reconozcan y otros aborrezcan el ideal de un Estado de Derecho, sino lo que unos y otros entienden por Derecho”. Lo característico, pues, del moderno Estado de Derecho no es que existan leyes que gobiernen las relaciones públicas y privadas sino un concepto específico de legalidad que alude a una determinada legitimación de la ley y a una amplitud en su sometimiento que abarca a ciudadanos y poderes públicos. Se pasa, tras la revolución francesa, del Derecho como “cosmos de privilegios” (WEBER) al Derecho como legalidad. Ello enlaza con la exposición de FERRAJOLI, Derecho y razón. Teoría del galantismo penal, Trotta, Madrid 1995, Pág. 855 y ss., quien, partiendo de una distinción apuntada por BOBBIO, ¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes? (1983), en El futuro de la democracia, señala que el término Estado de Derecho puede querer decir dos cosas: Gobierno Sub lege o sometido a las leyes, y Gobierno per leges o mediante leyes generales y abstractas. Existen a la vez, según FERRAJOLI, dos sentidos aplicable al poder sub lege: un sentido débil según el cual son Estados de Derecho todos los ordenamientos, incluso los autoritarios o, peor

un verdadero y auténtico estado de derecho se debe invertir mucho en la Justicia como columna vertebral de la democracia y como mecanismo para consolidar el Imperio de la ley<sup>1441</sup> y por ende el Estado de Derecho

A partir del moderno Estado de Derecho, el principio de legalidad no sólo consiste en que haya leyes que regulen las relaciones entre los ciudadanos y las relaciones de éstos con el poder; el principio de legalidad es, en el Estado contemporáneo, garantía de legitimación de la norma, garantía de la división del poder y garantía de seguridad jurídica<sup>1442</sup>.

El principio de legalidad como se estudio en el caso Español al igual que en Guatemala, garantiza la seguridad jurídica mediante el sometimiento de los ciudadanos y los poderes públicos al conjunto del ordenamiento y, muy especialmente, al ámbito de libertad que aseguran los derechos fundamentales de la persona<sup>1443</sup>.

En virtud de una lectura en clave de garantía del principio de legalidad, el poder ha dejado de ser único, absoluto y despótico para pasar a ser democrático, diversificado y

---

aún, los totalitarios en los que el poder tiene una fuente y una forma legal. Por el contrario, el sentido fuente de Gobierno sub lege debe ser asociado con el Estado constitucional que en los niveles normativos superiores incorporan límites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder.

<sup>1441</sup> Artículo 153 de la Constitución de Guatemala “Imperio de la ley. El imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República”

<sup>1442</sup> Vid., en este sentido, una teoría del galantismo en el moderno Estado de Derecho en FERRAJOLI, Derecho y...,” Págs. 854 y 855.

<sup>1443</sup> En el mismo *preámbulo* de la constitución española de 1978 se señala, como uno de los pilares sobre los que descansan la justicia, la libertad, la seguridad y el bien común, la tarea de “consolidar un Estado de Derecho que seguro el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”. Vid, entre otras muchas, STC 150/1989, de 25 de septiembre: “el principio de legalidad penal reconocido en el artículo 25.1 de la Constitución es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho ene. Ámbito del derecho Estatal sancionador. En este sentido, se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también en (sic) el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica (SSTC 62/1982 y 133/1987), así como con la prohibición de la arbitrariedad y en el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales...”

sujeto al derecho<sup>1444</sup>. Convirtiéndose el derecho, en instrumento indispensable para alcanzar los fines a que se orienta el sistema político.<sup>1445</sup>

La sumisión al principio de legalidad del Ministerio Fiscal, lo ha regulado la constitución de la Constitución de España en el artículo 9.3<sup>1446</sup>, que impone un sometimiento general de la actuación de los poderes públicos a la legalidad, como no podía ser de otra forma al igual que la de Guatemala en el artículo 154 que establece que “Los funcionarios son depositarios de la autoridad responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella”.

Desde el punto de vista jurídico-político, el principio de legalidad garantiza, en términos sintéticos, que el derecho a aplicar, emanado de la soberanía popular, sea el derecho positivo y que al mismo se sujete la actuación los ciudadanos y poderes públicos. Quiere decir un gobierno de leyes y no de personas, que tanto gobernantes como gobernados han de estar sujetos al imperio de la ley.

El principio de legalidad como un principio de actuación del Ministerio Fiscal también constituye en un plano dinámico funcional, un límite infranqueable de la actividad pública y privada.

Parece evidente que, dadas las funciones constitucionales que tiene atribuida, los nuevos retos del principio de legalidad, necesariamente influye muy decisivamente en la actividad del Ministerio Público de Guatemala.

---

<sup>1444</sup> Este esquema de planteamientos, que constituye en fundamento del moderno sistema político, transluce, como señala COBO DEL ROSAL “Principio de legalidad y Ministerio Fiscal”, en *Cuadernos de política criminal*, núm. 2, 1977, Págs. 24 y 25, una doble aspiración; de una parte, una aspiración política, que se traduce en un sistema de división de poderes donde el valor preeminente de la ley conduce, en un primer momento, a un claro protagonismo del legislativo. De otra parte, responde a una aspiración ética, que reacciona contra la arbitrariedad del poder, y un primer momento, a un claro protagonismo del legislativo. De otra parte, responde una aspiración ética, que reacciona contra la arbitrariedad del poder, y muy especialmente, de un poder judicial basado en el sistema de juez sin ley, depositando en la certeza de la norma aplicable el fundamento de la seguridad jurídica.

<sup>1445</sup> Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, “Seguridad jurídica y legalidad penal”, en *Vinculación del Juez a la ley penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Junio, 1995, Pág. 159. En este sentido no puede extrañar tanto en España como en Guatemala un progresivo fortalecimiento constitucional del Poder Ejecutivo como director de la política interior y exterior del Estado, como tampoco sorprende en contrapartida, un serio replanteamiento en las funciones de garantía de un Poder Legislativo que cada vez más deja por un lado un papel pasivo, y que ha por lo menos en Guatemala empieza a de recuperar un papel ahora esencial en el control gubernamental.

<sup>1446</sup> Vid., entre otros, JIMENEZ-BLANCO, “Relevancia constitucional del Ministerio fiscal”, en *El poder Judicial*, Vol. II, Instituto de estudios Fiscales, Dirección General de lo contencioso-administrativo del Estado de Madrid, 1983, Pág. 1.639

Particularmente el artículo 251 constitucional de Guatemala preceptúa que el Ministerio Público tiene como fin principal velar por el estricto cumplimiento de las leyes por ende es un defensor de la legalidad.

Pero al mismo tiempo el Ministerio Público en sus funciones ha de observar la legalidad también como principio de actuación; el Artículo 1 de la Ley orgánica del Ministerio Público de Guatemala por lo que se hace interesante desde el planteamiento del presente trabajo investigativo contrastar cuál deba ser el alcance y la significación que tal principio encuentra en la regulación constitucional del Ministerio Público.

El principio de legalidad desde el punto de vista que nos interesa desarrolla toda una concepción en la teoría del derecho penal sancionador en torno a los mandatos de publicidad, tipicidad, conocimiento previo y garantía jurisdiccional sintetizados en el principio *nullum crimen sine (praevia) lege (poenale)* aquí el principio de legalidad se convierte en una auténtica garantía negativa integrada en el elenco jurídico del *status libertatis* con rango de derecho fundamental de la persona.

Y en concordancia con lo que menciona RUIZ VADILLO “la mención constitucional al principio de legalidad como informador de la actuación del Ministerio Fiscal implica para la institución algo más que la sujeción a la ley en el desenvolvimiento de su actividad, implica una toma de postura sobre la necesidad de la intervención del Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones, muy especialmente en el ejercicio de la acción penal<sup>1447</sup>.” Sería una antinomia que un Ministerio Público que busca la aplicación justa del derecho, en su actuación sea uno más de los que la violente.

## **2.5. EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA Y SUS FUNCIONES COMO INSTITUCION**

### **2.5.1 EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA COMO INSTITUCION QUE VELA POR EL ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE LAS LEYES.**

La primera función que responde el Ministerio Público en la Constitución Política de la República de Guatemala es “Velar por el Estricto cumplimiento de las leyes del país.” En esta proyección constitucional se nos figura un Ministerio Público como un paladín de la legalidad que sujeto a ella busca que efectivamente se cumplan las leyes del país.” Bueno lo que cabría preguntarse ¿es todas, todas las leyes del País? Bueno constitucionalmente así lo establece y la constitución no hace diferencia de leyes de naturaleza pública o privada. A tal sentido se amplía mucho el legislador constitucional porque no establece que tipo de leyes o si estas afecten en gran medida o no el orden social o interés público.

Es en este orden de circunstancias tenemos que tomar en cuenta que dado la naturaleza de la Institución y su trayectoria histórica institucional nos debemos remitir considerar e intuir que el legislador constitucional nos refiera que a las leyes de orden público en cuyas cuales su vulneración afecten gravemente el interés social.

Esto se lo presumimos a juicio de que sería ilógico pensar un Ministerio Público cuyo fin es velar porque se cumplan las leyes civiles, mercantiles, notariales, etc. Porque en todo caso son leyes y como tal deben de cumplirse.

Aunque según la Ley de Amparo, exhibición personal y de Constitucionalidad al Ministerio Público se le encomienda participación en todos los procesos de amparos tramitados ante la Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad, al igual que en todas las inconstitucionalidades, su participación es importante aunque su opinión nunca es vinculante. Aquí el Ministerio Público participa en todas las esferas del derecho en que se considere violentado un precepto constitucional o mal interpretado una norma legal.

Es considerable sostener que esta pueda ser la forma en que el legislador haya dado cabida para que en estas situaciones el Ministerio Público busque ejercer su función de velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país.

Por imperativo legal según el Artículo 35 de la Ley Orgánica de la institución existe una Fiscalía de asuntos constitucionales, Amparos y exhibición Personal.

Esta fiscalía interviene en los procesos de inconstitucionalidad, amparo y exhibición personal y promueve todas aquellas acciones que tengan por objeto velar por el estricto cumplimiento de la constitución política y demás leyes en esta materia.

---

<sup>1447</sup> Vid. RUIZ VADILLO, “El principio de oportunidad reglada”, en La reforma del Proceso penal. II

## **2.5.2 EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA COMO INSTITUCION QUE RESPETA LOS DERECHOS HUMANOS**

El artículo 2 de la ley orgánica regula que una de las funciones principales del Ministerio Público de Guatemala “es preservar el Estado de Derecho, y el respeto a los Derechos humanos...” Con respecto a la preservación del estado de derecho va implícito en el estricto cumplimiento de las leyes del país y su actividad en el campo de los procesos de amparo, exhibición personal y de inconstitucionalidad en los que cumple un papel de parte. Con lo que respecta a que es una institución que respeta los derechos humanos, el Ministerio Público, no debe olvidar que un sujeto sometido a proceso sigue investido de los derechos humanos, razón por la cual es una persona legalmente inocente hasta que se pruebe lo contrario y en el ejercicio de su función no debe vulnerar tal principio, ni mucho menos el derecho a la intimidad y a la dignidad que las personas se merecen. Además tienen prohibido el Ministerio Público al igual que las autoridades bajo su dirección, presentar a los medios de comunicación a detenido alguno sin autorización del juez competente.<sup>1448</sup>

Es una falta que lleva implícita una sanción el ofender a la víctima, al imputado o a cualquier otra persona que acuda a las oficinas del Ministerio Público o a las audiencias de los tribunales en demanda de justicia o a informarse del estado que guardan los asuntos.<sup>1449</sup>

El Ministerio Público al igual que el Procurador de los Derechos humanos según el artículo 25 de la Ley de Amparo exhibición personal y de constitucionalidad decreto 1-86 tienen legitimación activa para interponer amparo a efecto de proteger los intereses que les han sido encomendado

## **2.5.3. EL MINISTERIO PUBLICO DE GUATEMALA COMO INSTITUCION QUE EJERCE LA ACCION PENAL EN DELITOS DE ACCION PRIVADA.**

---

Congreso Procesal de Castilla y León, Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, Pág. 401.

<sup>1448</sup> Artículo 7 Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala.

<sup>1449</sup> Artículo 61 inciso 3) Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala

Como ya se estudio anteriormente el Ministerio Público de Guatemala puede ejercer la acción penal en delitos de acción privada cuando se da el caso de que la victima fuera menor o incapaz que no tenga padres, ni tutor ni guardador o que el delito haya sido cometido por uno de sus parientes dentro de los grados de ley o por su guardador o tutor responsable. O En todo caso cuando la persona carezca de medios económicos cosa que como se ha comentado con anterioridad ha sido muy difícil realizarse en virtud que esta institución en muchas de las fiscaliza no existen trabajadoras sociales que pueden dictaminar sobre la capacidad económica del sujeto, a parte que el excesivo trabajo de los agentes fiscales hacen no tomar importancia en este asunto a las personas que requieren dicha asistencia.

#### **2.5.4 EL MINISTERIO PUBLICO DE GUATEMALA COMO UNA INSTITUCION QUE EJERCE LA ACCION PENAL PUBLICA.**

##### **2.5.4.1 EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA COMO INSTITUCION QUE DIRIGE A LA POLICIA Y DEMAS CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO:**

En esta faceta del Ministerio Público del Guatemala, dirige a la Policía y demás cuerpos de seguridad del Estado únicamente en la investigación de los hechos delictivos.  
1450

El Director de la Policía nacional, las autoridades policíacas departamentales y municipales que operan en el país y cualquier otra fuerza de seguridad pública o privada, están obligadas a cumplir las órdenes que emanen de los fiscales del Ministerio Público y deberán dar cuenta de las investigaciones que efectúen.<sup>1451</sup>

En este marco legal el Ministerio Público ejercita una supervisión directa a los funcionarios y agentes de las policías quienes ejecutarán sus tareas bajo las órdenes de los miembros de la institución que estudiamos. La supervisión incluirá el correcto

---

<sup>1450</sup> Artículo 2 inciso 3) de la Ley orgánica del Ministerio Público:

<sup>1451</sup> Ver Artículo 51 párrafo primero de la Ley orgánica del Ministerio Público.

cumplimiento de la función auxiliar de la Policía y de las demás fuerzas de seguridad únicamente cuando cumplan tareas de investigación.<sup>1452</sup>

Los fiscales encargados de la investigación o bien en su caso los auxiliares fiscales podrán claro se entiende impartirles instrucciones al respecto, cuidando de respetar su organización administrativa.<sup>1453</sup>

Un aspecto importante de esta dirección y supervisión que ejerce el Ministerio Público sobre la Policía y demás fuerzas de seguridad tanto públicas o privadas que operan en el país, es que estas al menos expresamente en la ley no pueden realizar investigaciones por si, salvo los casos urgentes y de prevención policías. En este caso deberán informar al Ministerio Público de las diligencias practicadas, en un plazo no mayor de veinticuatro horas, el que correrá a partir del inicio de la investigación.<sup>1454</sup>

Esto ha de entenderse tomando como ejemplo un hecho en donde la escena del crimen debe de protegerse y de cuidarse para que no sucedan alteraciones que corrompan datos objetivos de investigación, en todo caso se debe inmediatamente informar lo recabado, esto debe practicarse con el mayor cuidado posible, en virtud que si existe evidencia alterado u obtenida por investigadores privados en el momento del hecho criminal y no se logra cuidar la cadena de custodia, la misma puede considerarse posiblemente alterada y por ende esta sola posibilidad hace sombra de existencia de duda y esta claro esta favorecería al criminal.

El Fiscal General, los fiscales de distrito y los fiscales de sección podrán nominar por sí o por solicitud del fiscal encargado del caso, a los funcionarios o agentes policiales que auxiliarán en la investigación de un asunto.<sup>1455</sup> Con respecto a este artículo en particular y sobre estas funciones se refiere el abogado PINEDA QUIROA Fiscal distrital de Huehuetenango que en el común denominador de los casos El Fiscal General por sus extraordinarias y diarias funciones que son más de tipo dirigencial no realiza directamente

---

<sup>1452</sup> Ver Artículo 51 párrafo segundo de la Ley orgánica del Ministerio Público

<sup>1453</sup> Ver Artículo 51 párrafo segundo de la Ley orgánica del Ministerio Público.

<sup>1454</sup> Ver artículo 51 párrafo tercero de la Ley Orgánica del Ministerio Público. A tal comentario según la ley no pueden realizar las fuerzas de seguridad realizar investigaciones por si, salvo casos urgentes y de prevención policial, pero el común denominador es que en muchos hechos se contrata los servicios de personal investigativo autorizado que con mayor eficacia logra realizar una investigación plena.

<sup>1455</sup> Ver Artículo 51 párrafo cuatro de la Ley orgánica del Ministerio Público de Guatemala.

las investigaciones, los allanamientos, no va a los debates, razón por la cual la practicas de dichas diligencias las realiza los fiscales de distrito o de sección<sup>1456</sup>

Ahora bien los funcionarios y agentes policiales que infrinjan las disposiciones legales o reglamentarias, o bien que omitan o retarden la ejecución de un acto propio de sus funciones o lo cumplan negligentemente la norma del artículo 52 de la Ley orgánica del Ministerio Público establece que serán sancionados por el Fiscal General o por los Fiscales de distrito y Fiscales de sección a pedido del Fiscal responsable del caso o por iniciativa propia previo informe del afectado, con apercibimiento y suspensión hasta de quince días sin perjuicio de iniciar su persecución penal. A demás se podrá recomendar su cesantía o sanción a la autoridad administrativa correspondiente en este caso al Director General de la Policía Nacional Civil, y en todo caso se dará a viso a dicha autoridad de las sanciones impuestas con copia de las actuaciones.<sup>1457</sup>

El procedimiento para imponer dicha sanción se realiza dando audiencia al afectado por dos días, evacuada dicha audiencia el funcionario deberá imponer la sanción correspondiente dentro de los diez días siguientes: El sancionado podrá recurrir la resolución dentro de los dos días siguientes ante el fiscal General y si es el Fiscal General quien impuso la sanción el recurso será conocido por el Consejo del Ministerio Publico.

Es de este análisis se observa que el vínculo que uno la dirección y supervisión del Ministerio Publico sobre la actuación de la Policía nacional y das autoridades policíacas departamentales y municipales que operan en el país o fuerza de seguridad publica o privada es fuertemente concebido y alberga sanciones administrativas.

#### **2.5.4.2 EL MINISTERIO PUBLICO COMO INSTITUCIUN ENCARGADA DE INVESTIGAR LOS DELITOS DE ACCION PUBLICA.**

El artículo 107 del código procesal penal de Guatemala establece una clara función del Ministerio público como institución encargada de la investigación de los delitos de

---

<sup>1456</sup> PINEDA QUIROA JOSE LUIS, Abogado, Fiscal Distrital de Huehuetenango en un documento encontrado en la Unicap del Ministerio Público de Guatemala sobre el perfil del Fiscal del Ministerio Público. Pág. 13.

<sup>1457</sup> Ver artículo 52 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala

acción penal pública dicho precepto establece “En el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público como órgano auxiliar de la administración de justicia conforme las disposiciones de este código. Tendrá a su cargo el procedimiento preparatorio y la dirección de la policía nacional civil en su función investigativa dentro del proceso penal.”

Aquí es en donde entra un principio importante en la Investigación como lo es el principio de objetividad, si el Ministerio Público investiga, se encuentra en una función totalmente imparcial, toda vez su función principal es descubrir lo que para la institución significa la verdad<sup>1458</sup>, toda vez que esa posible verdad es discutida en los tribunales, en esta tarea el Ministerio Público deberá investigar tanto circunstancias a favor o en contra del sospechoso, crearse, hipótesis conjeturas y elucubraciones mentales con respecto a los móviles y autores del delito, aquí en esta función radica pues su verdadera imparcialidad, si en algún momento un sujeto sea agraviado o posible sospechoso considera que el funcionario del Ministerio Público que realiza la investigación tiene algún impedimento por el cual deba excusarse lo puede recusar con un trámite simple y sencillo el cual es acudir a su superior jerárquica, y este resolverá de inmediato. Aquí pues el Ministerio Público actúa como una institución totalmente imparcial, objetiva porque propiamente no se ha constituido como parte en el proceso. El Ministerio público puede en algún momento si existen partes interesadas realizar las diligencias que estas consideren oportunas y que en base a su función parezcan necesarias. El Ministerio Público en esta fase tiene cierto poder de coerción en el sentido que puede citar a declarar a cualquier persona a su recinto, y cualquier institución pública o privada tienen el deber de colaborar con dicha institución en su función investigativa.

El Ministerio Público ha de contar con una serie de peritos y técnicos especializados que le ayudan a descubrir la verdad, un Gabinete investigativo.

---

<sup>1458</sup> Artículo 309 del código procesal penal de Guatemala: Objeto de la investigación: “En la investigación de la verdad el Ministerio Público, deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho con todas las circunstancias de importancia para la ley penal. Así mismo deberá establecer quienes son los partícipes procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad a o incluyan en su punibilidad, Verificaran también el daño causado por el delito aun cuando no se haya ejercido la acción Civil. El Ministerio Publico actuara en esta etapa a través de sus fiscales de distrito, sección agentes fiscales, y auxiliares fiscales de cualquier categoría previstos en la ley, quienes podrán asistir sin limitación alguna a los actos jurisdiccionales relacionados con la investigación a su cargo así como a diligencias de cualquier naturaleza que tiendan a la

En el período investigativo es una fase secreta en cierto sentido y es el momento en que se pueden vulnerar los derechos fundamentales de los sujetos, razón por la cual en momento de que sea necesario, un allanamiento, una orden de secuestro de un objeto, secuestro de una correspondencia, grabación de telecomunicaciones, El Ministerio Público solicita al juez contralor de la investigación la realización del acto requerido. Y el juez analiza los hechos, las circunstancias y tienen la potestad de decidir si acepta o no acepta las solicitudes del Fiscal.

#### **2.5.4.3. EL MINISTERIO PÚBLICO Y SU ACTUACION EN LA FASE PREPARATORIA DEL PROCESO PENAL:**

Cuando el Ministerio Público considera tener datos reales y evidentes y una hipótesis fundamentada, puede solicitar al juez contralor de la investigación una orden de aprehensión en contra de un sujeto claramente determinado, por unos hechos claramente establecidos y por la comisión real de un ilícito penal.

Una vez puesto a disposición de las autoridades competentes el sospechoso, se convierte automáticamente en procesado y una parte del proceso razón por la cual el procedimiento se dilucida entre partes procesales.<sup>1459</sup>

---

averiguación de la verdad, estando obligadas las autoridades o empleados públicos a facilitarles la realización de sus funciones.

<sup>1459</sup> Artículo 314 del código procesal penal de Guatemala "...Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por el imputado, las demás personas a quienes se les haya acordado intervención en el procedimiento, los defensores, y los mandatarios. No obstante, quienes tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas durante la investigación, estarán obligados a guardar reserva. Sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda, el incumplimiento de esta obligación será considerado falta grave y podrá ser sancionado conforme a la ley del Organismo judicial y disposiciones reglamentarias. El Ministerio Público podrá dictar las medidas razonables necesarias para proteger y aislar indicios en los lugares en que esté investigando un delito, a fin de evitar la contaminación o destrucción de rastros, evidencias y otros elementos materiales. No obstante, siempre que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad y si no hubiere auto de procesamiento, el Ministerio Público podrá disponer para determinada diligencia, a la reserva total o parcial de las actuaciones por un plazo que no podrá superar los diez días corridos. El plazo se podrá prorrogar hasta por un tanto pero en este caso, los interesados podrán solicitar al juez que ponga fin a la reserva. A pesar del vencimiento de los plazos establecidos cuando la eficacia de un acto particular dependa de la reserva parcial de las actuaciones, el Ministerio Público podrá disponerla, con mención de los actos a los cuales se refiere y con la limitación prevista en el párrafo anterior, por el tiempo absolutamente indispensable para cumplir el acto ordenado. Los abogados que invoquen un interés legítimo deberán ser informados por el Ministerio Público acerca del hecho que se investiga y de los imputados o detenidos que hubiere. A ellos también les comprende la obligación de guardar reserva."

En esta etapa el Ministerio Público ya no se convierte en un órgano totalmente imparcial, aunque la ley lo obliga a investigar incluso circunstancias de descargo para aclarar ciertos hechos o sus circunstancias<sup>1460</sup>. Por lo que paulatinamente el Ministerio Público se va convirtiendo en una institución parcial porque ostenta una tesis que necesariamente tiene que ser cotejada por una antítesis del defensor para que el juez emita una síntesis o resolución dando lugar a elevar los autos a un tribunal de sentencia para que se formule acusación.

Aquí existe plenamente una etapa contradictoria, con igualdad de armas, y oportunidades procesales, aquí en este momento el Ministerio Público tiene necesariamente una carga de prueba, por la que la ley le otorga un plazo máximo de tres meses si se ha dictado un auto de prisión preventiva o seis meses si el procesado goza de una medida sustitutiva de la prisión preventiva.<sup>1461</sup> Para que formule una petición clara si existen suficientes pruebas para sostener una acusación o de lo contrario para pedir una desestimación del proceso o bien una clausura provisional si se encuentra con duda el Ministerio Público para acusar y que el plazo no le alcanza para recabar la información que necesita, aunque ya se ha advertido de lo perjudicial porque violenta principios de derecho penal y procesal en Guatemala aun no se ha decretado su inconstitucionalidad.

---

<sup>1460</sup> Artículo 290 del Código Procesal Penal de Guatemala: “Es obligación del Ministerio Público extender la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo cuidando de procurar con urgencia los elementos de prueba cuya pérdida es de temer ...” El artículo 315 del código procesal penal de Guatemala establece “El Imputado, las personas a quienes se les haya dado intervención en el procedimiento, sus defensores y los mandatarios podrán proponer medios de investigación en cualquier momento del procedimiento preparatorio. El Ministerio Público los llevará a cabo si los considere pertinentes y útiles debiendo dejar constancia de su opinión contraria, a los efectos que ulteriormente corresponda. En caso de negativa el interesado podrá acudir al juez de paz o de primera instancia respectivo para que valore la necesidad de la práctica del medio de investigación propuesto.”

<sup>1461</sup> Artículo 324 del código procesal penal de Guatemala: “A los tres meses de dictado el auto de prisión preventiva si el Ministerio Público no ha planteado solicitud de conclusión de procedimiento preparatorio el juez bajo su responsabilidad dictará resolución concediéndole un plazo máximo de tres días para que formule la solicitud que en su concepto corresponda. Si el Fiscal asignado no formulare petición alguna el juez comunicará al Fiscal General de la República o al fiscal de distrito o de sección correspondiente para que tome las medidas disciplinarias correspondientes y ordene la formulación de la petición procedente. El juez lo comunicara además obligatoriamente al Consejo del Ministerio Público para lo que proceda conforme a la ley. Si en el plazo máximo de ocho días el fiscal aun no hubiere formulado petición alguna, el juez ordenara la clausura provisional del procedimiento con las consecuencias de ley hasta que lo reactive el Ministerio Público a través de los procedimientos establecidos en este código. En el Caso de que se haya dictado una medida sustitutiva el plazo máximo del procedimiento preparatorio durará seis meses a partir del auto de procesamiento. Mientras no exista vinculación procesal mediante prisión preventiva o medidas sustitutivas la investigación no se estará sujeta a estos plazos.

#### 2.5.4.4. EL MINISTERIO PÚBLICO Y SU FUNCION EN LA FASE INTERMEDIA Y DE JUICIO DEL PROCESO PENAL

En esta fase del proceso penal de Guatemala, el Ministerio Público tiene que concluir en definitiva si solicita al juez contralor de la investigación el sobreseimiento de la causa, porque estima que no existe fundamento para promover el juicio público del imputado o falta alguna de las condiciones para la imposición de una pena, o cuando no exista certeza razonable de la culpabilidad del procesado o porque encontró evidencias exculpatorias o de descargo a favor del imputado.<sup>1462</sup> Puede solicitar la clausura provisional<sup>1463</sup> si no correspondiere sobreseer y no hay elementos de prueba suficientes para pedir la apertura a juicio, ya se ha considerado el presente tema y su ilegitimidad jurídica técnica, al violentar el principio de certeza jurídica, no bis in ídem, e in dubio pro reo y favor libertatis.

También cuando Existe suficiente evidencia y debido a una objetiva investigación puede sostener una sólida acusación solicitará petición de apertura a juicio con la cuál formulará la acusación.<sup>1464</sup> Si el juez la acepta, la remite a un Tribunal de sentencia. En

---

<sup>1462</sup> Artículo 325 del código procesal penal de Guatemala Sobreseimiento o clausura “Si el Ministerio Público estima que no existe fundamento para promover el juicio público del imputado solicitará el sobreseimiento...” Artículo 328 del mismo cuerpo legal “Corresponderá sobreseer a favor del un imputado a) Cuando resulte evidente la falta de alguna de las condiciones para la imposición de una pena, salvo que correspondiere proseguir el procedimiento para decidir exclusivamente sobre la aplicación de una medida de seguridad y corrección 2) Cuando a pesar de la falta de certeza, no existiere razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba o fuere imposible requerir fundadamente la apertura del juicio. 3) Cuando tratándose de delitos contra el régimen tributario, se hubiere cumplido en forma total la obligación de pago del tributo e intereses.

<sup>1463</sup> Artículo 331 del código procesal penal de Guatemala: Clausura provisional: Si no correspondiere sobreseer y los elementos de prueba resultaren insuficientes para requerir la apertura de juicio, se ordenará la clausura del procedimiento por auto fundado, que deberá mencionar, concretamente, los elementos de prueba que se espera poder incorporar. Cesará toda medida de coerción para el imputado a cuyo respecto. Se ordena la clausura. Cuando nuevos elementos de prueba tornen viable la reanudación de la persecución penal para arribara a la apertura del juicio o el sobreseimiento el tribunal a pedido del Ministerio público o de otra de las partes, permitirá la reanudación de la investigación.

<sup>1464</sup> Artículo 324 petición de Apertura “Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, requerirá por escrito al juez la decisión de apertura a juicio con la apertura se formulará la acusación.” Artículo 332. Acusación: Con la petición de apertura se formulará la acusación, que deberá contener 1) los datos que sirvan para identificar al imputado, y el nombre y lugar para notificar a su defensor 2) La relación clara precisa y circunstanciada del hecho punible que se le atribuye y su calificación 3) Los fundamentos resumidos de la imputación, con expresión de los medios de investigación utilizados 4) La expresión precisa de los preceptos jurídicos aplicables y 5) La indicación del tribunal competente para el juicio...” Artículo 342 Auto de Apertura “La resolución por la cual el juez decide admitir la acusación y abrir el juicio deberá contener: 1) La designación del tribunal competente para el juicio 2) Las modificaciones con que admite la acusación, indicando detalladamente las circunstancias

esta Fase como en la fase de Juicio el Ministerio Público ya no es imparcial se convierte en autentica parte procesal, teniendo al igual que la contraparte las mismas oportunidades y medios procesales para atacar y defenderse. Aquí nos encontramos ante un autentico proceso penal de partes procesales

#### **2.5.4.5 EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA EN LA FASE DE IMPUGNACION:**

El Ministerio Público esta facultado para impugnar cualquier resolución que contradiga la legalidad o la correcta interpretación de la ley. Incluso si dentro del procedimiento existe una anomalía o una resolución contraria a derecho que perjudique al acusado y el abogado defensor no realiza la impugnación debida, el Ministerio Público, según el artículo 398 del Código procesal penal se encuentra posibilitado para recurrir a favor d el acusado, no en aras de beneficiarlo sino en pos de que se cumplan efectivamente las leyes del país y se interprete correctamente el derecho.<sup>1465</sup> En Guatemala existe el Recurso de Revisión cuyo objeto es la revisión para perseguir la anulación de la sentencia penal ejecutoriada cualquiera que sea el tribunal que la haya dictado, aún en casación sólo procede a favor del condenado a cualquiera de las penas previstas para los delitos. Puede promover la revisión a favor del condenado incluso el Ministerio Público cuando nuevos hechos o elementos de prueba, por si solos o en conexión con los medios de prueba ya examinados en el procedimiento sean idóneos para fundar la absolución del condenado o una condena menos grave, por aplicación de otro precepto penal distinto al de la condena, no se violenta el principio de cosa juzgada sino al contrario es tanto interés para el Estado y para el Ministerio Público la condena de un culpable como la absolución de un inocente. Son motivos especiales de revisión 1) La presentación después de la sentencia de documentos decisivos ignorados extraviados o que no se hubieren incorporado al

---

de hecho omitidas que deben formar parte de ella 3) La designación concreta de los hechos por los que no se abre el juicio cuando la acusación ha sido interpuesta por varios hechos y el juez sólo admite parcialmente. 4) Las modificaciones en la calificación jurídica cuando se aparte de la acusación.”

<sup>1465</sup> Los Recursos establecidos en Guatemala son el de Reposición, Apelación, Queja, Apelación especial , casación, Revisión

procedimiento. 2) La demostración de que un elemento de prueba decisivo, apreciado en la sentencia carece del valor probatorio asignado, por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación 3) Cuando la sentencia condenatoria ha sido pronunciada consecuencia de prevaricación cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia fue declarada en fallo posterior firme, 4) Cuando la sentencia penal se basa en una sentencia que posteriormente ha sido anulada o ha sido objeto de revisión. 5) Cuando después de la condena sobrevengan hechos o elemento de pruebas que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hacen evidente que el hecho o una circunstancia que agravó la pena, no existió o que el condenado no lo cometió.<sup>1466</sup>

#### **2.5.4.6 EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA EN LA FASE DE EJECUCION:**

Toda vez se ha condenado a una persona y se encuentre próxima a cumplir su plazo o la fecha en la cual podrá requerir su libertad condicional o su rehabilitación, el juez de ejecución revisará el computado de la misma determinará con exactitud la fecha en que finaliza la condena y notificará al Ministerio Público, al condenado y a su defensor.<sup>1467</sup> El Ministerio Público el condenado y su defensor podrán plantear los incidentes relativos a la ejecución y extinción de la penal. Pudiendo el Ministerio Público solicitar una revocatoria de la libertad condicional si observa que a su criterio no se cumplen los requisitos

El Ministerio Público cumple una actividad importante dentro del proceso penal de Guatemala convirtiéndose en una figura central y fundamental.

#### **2.6 EL MINISTERIO PÚBLICO Y SUS PRINCIPIOS ORGANICOS:**

##### **2.6.1 EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PRINCIPIO DE UNIDAD**

---

<sup>1466</sup> Ver artículos 453,454, 455,456 del Código procesal penal de Guatemala. Y este ha cumplido su condena

La constitución Española diseña un Ministerio Fiscal regido internamente bajo los principios de unidad y de dependencia jerárquica, mismos principios que se establecen en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala. Que consiga: “El Ministerio Público es único e indivisible para todo el Estado. Se organiza jerárquicamente. En la actuación de cada uno de sus funcionarios estará representado íntegramente.... Los funcionarios que asistirán a un superior Jerárquico obedecerán instrucciones conforme lo dispuesto en esta ley.” Los principios de unidad institucional y jerarquía representan un punto de continuidad sustancial en torno a un Ministerio Público de carácter concentrado y verticalmente dirigido. Como anteriormente se estudio con respecto a los principios orgánicos del Ministerio Fiscal de España, valga la redundancia para en este momento repetir que una de las principales aportaciones del derecho francés a la teoría del Ministerio Publico ha sido el conocido auxilio “El Ministère Public est un et indivisible” Es sabido que el modelo de Estado centralista imprime un carácter unitario al Ministerio Fiscal, Un principio no sólo heredado sino mantenido y asentado en la evolución jurídica de la mayoría de los ordenamientos occidentales de corte demoliberal<sup>1468</sup>.

La Doctrina Española con respecto al Principio de unidad orgánica del Ministerio Público es aplicable también para Guatemala en el sentido que dicha institución es concebida a juicio de CONDE PUNPIDO FERREIRO “Como un instituto único e indivisible lo que permite de hablar de un sólo Ministerio Fiscal (o Público) y no de tantos como miembros u órganos forman parte de la institución.”<sup>1469</sup>

La unidad que nos referimos a que en cada acto que realicen los funcionarios del Ministerio Público se encuentra representada toda la institución. Esto tiene que ver mucho con lo dispuesto en el artículo 23 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en España en el sentido que dicho precepto regula que “...actuaran siempre en representación de la institución...” Con la unidad como anteriormente se advirtió<sup>1470</sup> garantiza la

---

<sup>1467</sup> Artículo 494 del Código procesal penal de Guatemala

<sup>1468</sup> GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 107

<sup>1469</sup> CONDE PUNPIDO FERREIRO “Naturaleza y principios...” Pág. 889.

<sup>1470</sup> CONDE PUNPIDO FERREIRO “El Ministerio Fiscal...” Pág. 593 “La unidad nace del imperativo de coherencia en una actuación institucional necesariamente individualizada. Esta por necesidades pragmáticas más que jurídicas no puede ser fragmentada abandonándola en talante de los singulares componentes del órgano, lo que en las Fiscalías numerosas crearía una variabilidad incompatible con la más elemental eficiencia, buen sentido y seguridad jurídica LORENTE “Estatuto del Ministerio Público...”. Pág. 37 “La justificación teórica de los principios de unidad y dependencia creemos que radica en la necesidad de que las tesis que se actúe ante los tribunales sea una, como uno debe ser el sentido de la ley por exigencias de la

homogeneidad en la actuación del Ministerio Público al tiempo que su actuación se hace previsible.

## **2.6.2 EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PRINCIPIO DE JERARQUIA:**

El Ministerio Público en Guatemala se organiza jerárquicamente, Los funcionarios que asistían a un superior jerárquico obedecerán instrucciones conforme a lo dispuesto en la ley establece el artículo 5 de la ley orgánica de la institución. El artículo 66 de la ley orgánica dice que “según el orden jerárquico, los miembros del Ministerio Público podrán impartir a sus subordinados las instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como las referidas a asuntos específicos” así también El artículo 67 del mismo cuerpo legal preceptúa el deber de obediencia en el sentido de que “El fiscal que reciba una instrucción concerniente al servicio y al ejercicio de sus funciones deberá cumplir si se encuentra enmarcada en la ley y atenerse a ella en sus actuaciones, sin perjuicio de manifestar su posición personal.

Según la doctrina española se ha dicho que el principio de dependencia jerárquica es consecuencia inmediata derivada del principio de unidad de actuación<sup>1471</sup>.

En esencia según FLORES PRADA “El principio de dependencia jerárquica o de jerarquía para Guatemala, organiza piramidalmente el Ministerio Fiscal siempre que, cada uno de sus miembros actúa según las instrucciones recibidas del Fiscal Jefe Respectivos y éstos a su vez en función de las instrucciones que reciban del fiscal General”<sup>1472</sup>

Es pues un funcionamiento vertical de la institución, pero dicho principio de dependencia jerárquica tiene un límite el derecho de un inferior de cuestionar las órdenes de un superior. Según el artículo 27 del Estatuto Orgánico de España establece un

---

seguridad jurídica. JIMENEZ VILLAREJO “Los principios de unidad de actuación...” Pág. 5 “La unidad del Ministerio Fiscal es consecuencia de su misión constitución de promoción de la justicia y de defensa de la legalidad, que exige un cuerpo de funcionarios que, más allá de su criterio personal actúen de forma colegiada y con arreglo a criterios fijados institucionalmente. Es la garantía ante los ciudadanos de que frente a la diversidad de criterios interpretativos que es natural a la independencia judicial, va a hallarse ante una institución que ofrece unidad de criterios y seguridad jurídica que sin duda no es compatible con que cada miembro de la institución mantenga ciertos criterios dispares y menos aún contrapuestos.”

<sup>1471</sup> GRANADOS “El Ministerio Fiscal...” Pág. 295.

procedimiento que permite al Fiscal inferior cuestionar la orden recibida del superior según el cual “el fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que por cualquier otro motivo estime improcedente se lo hará saber así mediante informe razonado a su fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción del éste si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la junta de Fiscalía y una vez que ésta remanifieste resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior elevara informe a éste, el cual de no admitir las razones alegadas resolverá de igual manera oyendo a la junta de Fiscalía. Si la orden fuere dado por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la junta de Fiscales de Sala. Si el superior se ratificara e sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevancia de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendara a otro fiscal el despacho del asunto que se refiere.”

En Guatemala en principio según el artículo constitucional número 156 establece que “Ningún funcionario o empleado público, civil o militar, está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito.” Si un fiscal deberá valorar una orden recibida por su superior jerárquico a la luz no solo de la legalidad sino en función de cualquier otro motivo que convierta la orden en improcedente. Entiéndase improcedencia como un elemento calificativo de la autonomía funcional no sólo del conjunto de la institución sino de cada funcionario del ministerio Público, también el fiscal tiene el derecho humano de libertad de conciencia cuando un acto del Ministerio público viole tal derecho puede solicitar abstenerse o que sea otro el que lo cumpla.

El procedimiento guatemalteco para objetar una instrucción se encuentra regulado en el artículo 68 de la ley orgánica de la institución que estudiamos en el cual “el fiscal que recibiere una instrucción que considere contraria a la ley. Lo hará saber a quien emitió la instrucción, por informe fundado. Este último, si insiste en la legitimidad de la instrucción la remitirá dentro de las veinticuatro horas siguientes, sin efecto suspensivo, junto con la objeción al superior jerárquico inmediato en el servicio, quien decidir para ello, podrá escuchar a una junta de fiscales bajo su dirección o en casos complejos solicitar un dictamen al Consejo del Ministerio Público. Cuando la instrucción objetada provenga del fiscal General de la República decidirá el consejo del ministerio Público. Las instrucciones

---

<sup>1472</sup> FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal...” Pág. 699

generales podrán ser objetadas en abstracto por los fiscales de distrito y los fiscales de sección. Los agentes fiscales y auxiliares fiscales podrán objetarlas en tanto deban aplicarlas a un caso concreto. En Este último caso también podrán ser objetadas por la víctima cuando sean afectadas por dicha instrucción.”

Conclusivamente en Guatemala existe mucho mayor garantía de actuación de los fiscales con respecto a sus superiores jerárquicos que en España, situación por la cual es recomendable un nuevo replanteamiento en este sentido para que en España exista más posibilidad de lograr un Ministerio Fiscal Más imparcial a la hora de determinar cual es el interés público en cada caso y cual es el interés de la administración pública en particular.

## **2.7 ESTRUCTURA ORGANICA DEL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA**

El Ministerio Público de Guatemala se encuentra integrado por los siguientes dos tipos de órganos los principales o institucionales propiamente dicho que son:

- 1) El Fiscal General de la República.
- 2) El Consejo del Ministerio Público.
- 3) Los fiscales de Distrito y Fiscales de Sección

Y por los miembros del Ministerio Público que son:

- 1) Los agentes Fiscales
- 2) Los auxiliares Fiscales

Existe también los órganos accesorios o funcionariales que coadyuvan a que ese ejercicio de la persecución penal se cumpla efectivamente estos son:

- 1) La Dirección de Investigaciones Criminalísticas.
- 2) La Oficina De Protección de Sujetos Procesales en Materia penal

Y por ultimo se encuentran los órganos administrativos e informativos que regulan la función administrativa y de comunicación de la institución con la prensa y la población entre las que se encuentra:

- 1) La Jefatura Administrativa
- 2) La oficina de Información.

## **2.7.1 ORGANOS PRINCIPALES O INSTITUCIUNALES**

### **2.7.1.1 EL FISCAL GENERAL DE LA REPUBLICA:**

Según la constitución política de la República en su artículo 251 “El jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública...” Su nombramiento lo hace el Presidente de la República de una nómina de seis candidatos que una comisión de postulación le propone <sup>1473</sup>

El Fiscal General dura cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tiene las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte suprema de Justicia en especial el derecho de Antejudio. El presidente lo puede remover por causa justificada debidamente establecida, ley sus requisitos es ser Abogado colegiado mayor de 40 años ley haber desempeñado un período completo como magistrado de la Corte de apelaciones o de los tribunales es decir cuatro años como funcionario judicial, o en su caso haber ejercido la profesión de abogado por más de diez años, y encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles ser guatemalteco de origen y de reconocida honorabilidad <sup>1474</sup>

Según el artículo 10 de la Ley orgánica de la institución que pertenece es responsable del buen funcionamiento de la institución, su autoridad se extiende a todo el territorio nacional.

---

<sup>1473</sup> Dicha comisión se comentó anteriormente en el apartado del Ministerio Público con relación al Poder Ejecutivo. El artículo 12 de la ley orgánica del ministerio publico de Guatemala establece: “El fiscal General de la República será nombrado por el Presidente de la Republica de entre unan nómina de seis candidatos propuesta por una Comisión de postulación integrada de la siguiente formal a) El presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien la preside b) Los respectivos decanos de las facultades de Derecho o de ciencias jurídicas y sociales de las universidades del país. C) El Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala d) El presidente del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. El Presidente de la comisión de postulación convocará a los demás miembros con no menos de treinta días de anticipación al vencimiento del período vigente a efecto de elaborar la nomina de candidatos a Fiscal General de la Republica. Los integrantes de la Comisión de postulación serán responsables de elaborar la nomina y la remitirá al Ejecutivo por lo menos cinco `días antes del vencimiento del periodo para el cual fue nombradlo el Fiscal General que deba entregar el cargo. El fiscal general de la república podrá integrar la nueva nómina de postulación en cuyo caso el presidente podrá nombrarlo para un nuevo período. Si coinciden en una misma persona dos calidades para integrar la comisión de postulación o si se ausenta uno de sus miembros, lo reemplazara quien deba sustituirlo en el cargo. Cinco mil ciudadanos podrán proponer por escrito a la comisión de postulación a un candidato para que este lo incluya en la nomina de postulación que remitirá al Presidente si la propuesta fuere rechazada la comisión deberá fundamentar públicamente su rechazo.

El Presidente de la Republica podrá remover al fiscal General pro causa justa debidamente establecida el artículo 14 de la Ley orgánica considera que “Se entenderá por causa justa la comisión de un delito doloso durante el ejercicio de su función, por el cual se le haya condenado en juicio y el mal desempeño de sus obligaciones del cargo que esta ley establece. Siempre se garantizará el derecho de defensa.

En reciente época el actual presidente constitucional de la República solicitó al Fiscal General de la República como cualquier interesado un informe explicativo sobre casos que se encontraban concluidos y que en los cuales por ser el Fiscal General muy proclive al partido que anteriormente gobernó y que esquilmo las arcas nacionales se había comportado muy condescendientes con los acusados miembros del gabinete de gobierno, realizando ineficaces investigaciones o dando a ciertos casos interpretaciones muy entorchadas o en las peticiones que se realizaban a favor de ellos- los miembros del partido oficial- se realizaban con criterios muy alejados a la justa aplicación de la ley por lo cual se consolidaba una total impunidad de la criminalidad gubernativa.

El Fiscal se negó a informar por ende el Presidente lo destituyó, los recursos que el Fiscal presento ante la autoridad correspondiente, no prosperaron y le otorgaron la razón al actual Presidente de la República de Guatemala.

En tal razón el Presidente nombró súbitamente dentro de la propuesta que la comisión años anteriores había designado a una persona que aparecía dentro de los cinco miembros restantes. Y que por suerte era miembro de un partido de coalición que lo había llevado al poder. En tal sentido hubo impugnaciones y recursos en contra del nombramiento toda vez que la ley establece que según el artículo 15 de la Ley orgánica de la institución que estudiamos que “En caso de renuncia, remoción, impedimento, suspensión, falta o ausencia temporal del Fiscal General de la Republica este será sustituido por el que designe el Consejo del Ministerio Público entre los Fiscales de Distrito. En caso de remoción o renuncia la sustitución será hasta que se realice el nombramiento del nuevo Fiscal General quien contemplará el periodo”

Bueno esta parte final de la norma no se encuentra del todo clara razón por la cual se interpretó que el nombramiento del nuevo Fiscal General lo tendría que hacer el presidente dentro de la nómina que se había propuesto en un inicio y no por El consejo del

---

<sup>1474</sup> Ver artículo 251 de la Constitución política de la República de Guatemala así como el artículo 207 y 215

Ministerio Público entre los Fiscales de Distrito. En todo caso si el presidente no se hubiere decidido a quien proponer en este caso para no dejar acéfala la institución si el Consejo del Ministerio Público si podría nombrar un sustituto pero temporal y no permanente.

Las funciones del Fiscal General son tanto de carácter político<sup>1475</sup> como administrativo.

### **2.7.1. 2 EL CONSEJO DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

El Consejo del Ministerio Público es un órgano colegiado y se encuentra integrado por<sup>1476</sup>

- 1) El Fiscal General de la República
- 2) Tres Fiscales electos en asamblea general de Fiscales, de entre los fiscales distritales, de sección y los agentes fiscales.<sup>1477</sup>

---

del mismo cuerpo legal.

<sup>1475</sup> Según el artículo 11 de la ley orgánica de la institución y analizando detenidamente son funciones Políticas las siguientes: “inciso 1) determinar la política general de la institución y los criterios para el ejercicio de la Acción penal 2) cumplir y velar porque se cumplan los objetivos y deberes de la institución. 7) Impartir las instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones tanto de carácter general como relativas a asuntos específicos en los términos y alcances establecidos en la ley. 10) Proponer al Consejo del Ministerio Público la división del territorio nacional por regiones para la determinación de las sedes de las fiscaliza de distrito y el ámbito territorial que se les asigne, así como la creación o supresión de las fiscaliza de sección. Son Funciones Administrativas según el artículo 11 de la ley orgánica de la institución las siguientes: 3) Remitir al Ejecutivo y al congreso de la república el Proyecto de presupuesto anual de la institución y el de sus modificaciones que estime necesarias, en la forma y plazo que establecen las leyes respectivas. 4) Someter a consideración del Consejo los asuntos cuyo conocimiento le corresponda y dictaminar acerca de los mismos verbalmente o por escrito según la importancia del caso. 5) Efectuar a propuesta del consejo del ministerio público el nombramiento de los fiscales de distrito, fiscales de sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales, de acuerdo a la carrera del ministerio Público, así como conceder licencias y aceptar las renunciaciones de los mismos. 6) Efectuar los nombramientos ascensos y traslados del personal administrativo y de servicio de la institución en la forma establecida por esta ley, así como conceder las licencias y aceptar las renunciaciones de los mismos, 8) Nombrar entre los miembros del Ministerio Público fiscales para asuntos especiales. También podrá nombrar como fiscal especial a un abogado colegiado para atender un caso específico o para garantizar la independencia en el ejercicio de la función. 9) Organizar el trabajo del ministerio Público y efectuar los traslados de los fiscales que crea necesarios para su mejor funcionamiento en los términos que se establecen en esta ley.

<sup>1476</sup> Ver artículo 17 de la Ley Orgánica del ministerio Público de Guatemala.

<sup>1477</sup> Ver artículo 19 de la ley Orgánica del ministerio Público de Guatemala en el sentido que “.... Los fiscales del consejo del Ministerio Público serán electos en asamblea general de Fiscales, para un periodo de dos años, pudiendo ser reelectos. La elección deberá efectuarse, treinta días antes de concluido el periodo

- 3) Tres miembros electos por el organismo legislativo, de entre los postulados a Fiscal General de la República.<sup>1478</sup>

Las Atribuciones que le corresponde al Consejo del Ministerio Público de Guatemala son de carácter Administrativo, de asesoramiento y político interno de la institución. Las funciones administrativas pueden ser según el Artículo 18 de la Ley orgánica de la institución: 1) Proponer al Fiscal General el nombramiento de los fiscales de distrito, fiscales de sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales de acuerdo a la carrera del Ministerio Público. 2) ultimo párrafo de este inciso en el sentido de las establecidas conforme al régimen disciplinario los traslados y sustituciones 3) Acordar a propuesta del Fiscal General la división del Territorio nacional para la determinación de la sede de las fiscalías de distrito y el ámbito territorial que se le asigne así como la creación o supresión de las secciones del ministerio Público. Con respecto a funciones de asesoramiento las encontramos en el siguiente inciso del artículo 18 del mismo cuerpo legal en referencia: 4) Asesorar al Fiscal General de la República cuando él lo requiera. Y atribuciones de Carácter político interno. Se haya en el inciso 2) del artículo 18 cuando se le atribuye “Ratificar, modificar o dejar sin efecto las instrucciones generales o especiales dictadas por el Fiscal General, cuando ellas fueran objetadas conforme el procedimiento previsto en esta ley,

### **2.7.1.3 LOS FISCALES DE DISTRITO Y DE SECCION:**

Los fiscales de Distrito serán los Jefes del Ministerio Público en los departamentos o regiones que les fueran encomendados y los responsables del buen funcionamiento de la institución en el área respectiva. Ejercen la acción penal pública por si mismos o por medio de sus agentes fiscales y auxiliares fiscales que la ley establece, salvo cuando el Fiscal

---

anterior. La asamblea general de fiscales será convocada por el Fiscal General y se integra con los fiscales de distrito, fiscales de sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales. Cada uno de ellos tendrá un voto. Cada uno de los miembros del Consejo será electo por mayoría absoluta y la votación será para cada candidato en particular.”

<sup>1478</sup> Artículo 19 elección “El congreso de la República una vez nombrado el Fiscal General, elegirá a tres miembros de entre los postulados a dicho cargo para el periodo que corresponda al Fiscal General de la República la elección deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes de haberse nombrado el Fiscal General.

General de la República asuma directamente esa función o la encomienda a otro funcionario separadamente.<sup>1479</sup>

Actualmente existen 36 fiscalías distritales y municipales que cubren el territorio de la República de Guatemala<sup>1480</sup>. Y ejercen competencia en cada uno de los territorios designados.

Las fiscalías distritales tienen competencia territorial con respecto a sus funciones.

Para ser fiscal de distrito se requiere ser mayor de treinta y cinco años, poseer el título de Abogado ser guatemalteco de origen y haber ejercido la profesión por cinco años en su caso la de juez de primera instancia, agente fiscal o auxiliar fiscal por el mismo período<sup>1481</sup>.

#### **2.7.1.4 LOS FISCALES DE SECCION:**

Los fiscales de sección son los jefes del Ministerio Público en las diferentes secciones que les son encomendadas y los responsables del buen funcionamiento de la institución en los asuntos de su competencia.<sup>1482</sup>

Los fiscales de sección tienen competencia particular ejercen funciones solo dentro de la esfera que por imperativo legal se le encomienda, sus funciones han de ser de tipo especializada. Aunque tienen competencia para atender en todo el territorio nacional los casos que les corresponden

---

<sup>1479</sup> Ver artículo 27 de la Ley Orgánica del ministerio Público de Guatemala.

<sup>1480</sup> Las fiscalías distritales y municipales son las siguientes, Fiscalía de Alta Verapaz, Fiscalía de Baja Verapaz, Fiscalía de Coatepeque, Fiscalía de Chimaltenango, Fiscalía de Chiquimula, Fiscalía de El progreso, Fiscalía de Escuintla, Fiscalía de Santa Lucía Cotzumalgupa, Fiscalía de Mixto, Fiscalía de Amatitlan, Fiscalía de Mixto, Fiscalía de San Juan Sacatepèquez, Fiscalía de Villa Nueva, Fiscalía de Huehuetenango, Fiscalía de Santa Eulalia, Fiscalía de Izabal, Fiscalía de Jalapa, Fiscalía de Jutiapa, Fiscalía de Peten, Fiscalía de Poptum Fiscalía de la Libertad, Fiscalía de quiche, Fiscalía de Nebaj, fiscalía de Ixcán, Fiscalía de Retalhuleu, Fiscalía de Sacatepèquez, Fiscalía de San Marcos, Fiscalía de Ixchiguan, Fiscalía de Malacatan, Fiscalía de Santa Rosa, Fiscalía de Sololà, Fiscalía de Santiago Atitlan, Fiscalía de Suchitepèquez, Fiscalía de Tonicapán, Fiscaliza de Zacapa.

<sup>1481</sup> Artículo 28 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala.

<sup>1482</sup> Ver artículo 27 de la Ley Orgánica del ministerio Público de Guatemala

Para ser fiscal de sección se requieren los mismos requisitos para ser fiscal de Distrito.

#### **2.7.1.4.1 FISCALIAS DE SECCION ESTABLECIDAS EN LA LEY.**

Legalmente existen ocho fiscalías

**1) Fiscalía de delitos Administrativos.** Esta fiscalía tiene a su cargo la investigación de la conducta administrativa de los funcionarios y empleados de los órganos estatales, descentralizados y autónomos. Inclusive de los Presidentes de los organismos del Estado. Ejercerá la persecución penal de los hechos punibles atribuidos a esas personas interviniendo regularmente en todos los asuntos penales que tengan relación con la administración pública o en los que se lesionen intereses estatales.<sup>1483</sup>

**2) La Fiscalía de delitos económicos:** Esta fiscalía tiene a su cargo la investigación y el ejercicio de la acción penal en todos aquellos delitos que atenten contra la economía del país.<sup>1484</sup>

**3) La Fiscalía de Delitos de Narcoactividad:** Ésta fiscalía tiene a su cargo la investigación y el ejercicio de la acción penal en todos los delitos vinculados con la producción fabricación, uso, tenencia, tráfico y comercialización ilegal de estupefacientes.<sup>1485</sup>

**4) La Fiscalía de Delitos contra el medio Ambiente:** Esta fiscalía tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal en todos aquellos delitos cuyo bien jurídico tutelado sea el medio ambiente.<sup>1486</sup>

**5) La Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición personal.** Esta fiscalía interviene en todos los procesos de inconstitucionalidad, amparo y exhibición personal. Promoverá todas aquellas acciones que tengan por objeto velar por el estricto cumplimiento de la Constitución Política de la República y demás leyes en esta materia.<sup>1487</sup>

---

<sup>1483</sup> Ver artículo 31 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala

<sup>1484</sup> Artículo 32 Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala.

<sup>1485</sup> Artículo 33 Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala

<sup>1486</sup> Artículo 34 Ley Orgánica del ministerio Público de Guatemala

<sup>1487</sup> Artículo 35 Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala.

**6) La Fiscalía de Menores o de la Niñez:** Esta fiscalía tiene a su cargo la intervención que se le confiere al Ministerio Público en el procedimiento de menores <sup>1488</sup>

**7) La Fiscalía de la Mujer:** Esta fiscalía tiene a su cargo la intervención del Ministerio Público en los procesos que involucren a una o varias mujeres y que tengan relación con su condición de mujeres. <sup>1489</sup> Esta oficina tiene que ver mucho con relación a los problemas de violencia doméstica que han afectado tanto a las sociedades guatemaltecas como españolas.

**8) Fiscalía de Ejecución.** Esta fiscalía tiene a su cargo la intervención ante los jueces de ejecución y deberá promover todas las acciones referidas a la ejecución de la pena y la suspensión condicional de la persecución penal como antes se describió.

#### **2.7.1.4.2 FISCALIAS DE SECCION CREADAS POR EL CONSEJO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

Aunque El Fiscal General puede crear previo acuerdo del Consejo del Ministerio Público las secciones que se consideren necesarias para el buen funcionamiento del Ministerio Público. Actualmente se han creado las siguientes Fiscalías.

**1) La Fiscalía contra el crimen organizado:** Esta fiscalía es responsable de la investigación y ejecución de la persecución penal de los delitos de comisión sistemática y de alto impacto social cometidos por bandas organizadas.

**2) La Fiscalía contra la Corrupción:** Que tiene a su cargo la persecución y la acción penal de delitos cometidos por funcionarios empleados públicos particulares, con relación a la administración pública y de los delitos que atenten contra la economía del país el régimen tributario y aduanero.

**3) La Fiscalía contra la propiedad intelectual:** Le compete a esta fiscalía investigar y perseguir penalmente los delitos contra el derecho de autor, la propiedad industrial y delitos informáticos que se cometen en el territorio nacional.

#### **2.7.1.4.3. LOS FISCALES ESPECIALIZADOS:**

---

<sup>1488</sup> Artículo 36 Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala

También se ha creado dentro de este contexto Fiscalías especializadas para casos aun más particulares entre ellas las más recientes son:

**1) La Fiscalía Especial de Delitos Cometidos Contra periodistas y Sindicalistas:**

Estas fiscalías su cometido es atender única y exclusivamente los casos que atenten contra las personas de los periodistas y sindicalistas, que han sido muy frecuentes durante los cinco años anteriores.

**2) La Fiscalía Especial de delitos contra operadores de justicia.**

También se han creado dentro de este contexto las Agencias especializadas, la diferencia entre una agencia especializada y una Fiscalía es la capacidad de personal y casos que atienden, Una Fiscalía el número de agentes fiscales es mayor y atienden en todo el territorio de la República, Una fiscalía se componen por un numero mayor de Agentes fiscales, y la dirige un Fiscal Especial, y una Agencia se componen en ciertos casos solo por un fiscal que en este caso es un agente fiscal especializado.

#### **2.7.1.4.4 LOS AGENTES ESPECIALIZADOS**

Las Agencia Especializada que actualmente operan en la institución del Ministerio Público de Guatemala es:

**1) Agencia Fiscal de Delitos contra el Patrimonio Cultural de la Nación.**

Adscrita a la Fiscalía Distrital del Ministerio Público de Sacatepèquez: Cuya función es investigar y perseguir penalmente todas las denuncias en que se considere la comisión de un delito que atente contra el patrimonio cultural de la nación.

#### **2.7.2 MIEMBROS DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

##### **2.7.2.1 AGENTES FISCALES**

---

<sup>1489</sup> Artículo 37 Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala.

Los agentes fiscales<sup>1490</sup> son abogados, guatemaltecos, que han ejercido su profesión por más de tres años como tales o como auxiliares fiscales, mayores de treinta años que asisten a los fiscales de Distrito o Fiscales de Sección, tienen a su cargo el ejercicio de la acción penal pública y en su caso la privada conforme a la ley y las funciones que la ley le asigna al Ministerio Público. Ejercen la dirección de la investigación de las causas criminales, formulan acusación y requerimiento de sobreseimiento, clausura provisional y archivo ante el órgano jurisdiccional competente. Asimismo actúan en el debate ante los Tribunales de Sentencia. Pueden promover los recursos que deban tramitarse en las Salas penales de la Corte de apelación y la Corte Suprema de Justicia.

### 2.7.2.2 FISCALES ESPECIALES

Una nota característica como vimos en la parte dos del presente trabajo en relación al Ministerio Público de los Estados Unidos de América es que este sistema norteamericano existe **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.<sup>1491</sup> Que ordena el nombramiento de un Fiscal especial para la

---

<sup>1490</sup> Ver artículo 43 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala, estos agentes fiscales tienen derecho de antejuicio el cual es conocido por las Salas de la corte de apelaciones.

<sup>1491</sup> 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 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.

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, sino como vimos en el capítulo respectivo fue hasta 1973 año del “Escándalo Watergate<sup>1492</sup>,” el mecanismo en cuestión dio resultados satisfactorios en

---

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 Attorney 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 práctica 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.

<sup>1492</sup> 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 intento 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

las cinco ocasiones en que, frente a asuntos que implicaban a altos cargos del Poder Ejecutivo<sup>1493</sup> 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.

Existen ciertas reticencias con respecto a la figura del fiscal independiente, dentro del ámbito jurídico de la Unión Americana. 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 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.<sup>1494</sup>

Se vuelve a retrotraer pues 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

---

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 León 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 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”

<sup>1493</sup> . 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

<sup>1494</sup> Véase T.EASTLAND Pág. 71 Citado por DIEZ PICAZO “El Poder de acusar” Pág. 103.

exceso de celo y la justicia de apariencia que como dice DIEZ PICAZO tenía fundamento.  
1495

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 y mayormente en Guatemala 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, entre otros.

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 ¿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? Este último interrogante 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. Como lamentablemente ocurre en Guatemala con los Antejucios a favor del Presidente y

---

<sup>1495</sup> DIEZ PICAZO “El Poder de Acusar...” Pág. 108.

Ministros, así como el Del Fiscal General entre otros que los conoce el Parlamento que en la mayoría de los casos lo gobierna el partido oficial de gobierno<sup>1496</sup>

El poder ejecutivo como la experiencia guatemalteca lo ha dictado dispone de un notable margen de maniobra para tratar con indulgencia los hechos ilícitos cometidos por sus miembros y agentes, ver casos guatemaltecos como el de “Waterguaro” (en el que los diputados del partido que dominaba el congreso altero dolosamente documentos públicos,) y el fiscal que llevaba el caso aun existiendo plena evidencia sobresello el caso; el caso denominado conexión Panamá,(En el que el presidente de la República desvió fondos públicos a Panamá a cuentas personales utilizando vehículos oficiales) en el que hubo presiones del Fiscal General para con la Fiscal anticorrupción para que sobreseyera el caso, tipografía nacional, jueves negro y viernes de luto entre otros en el que el Fiscal General actuó en forma muy condescendiente.

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 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 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

---

<sup>1496</sup> 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.

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.

En Guatemala legalmente es viable el nombramiento de un Fiscal Especial para casos específicos, y cuando sea necesario garantizar la independencia de los fiscales en la investigación y promoción de la persecución penal.

Así lo establece el artículo 44 de la Ley orgánica del Ministerio Público de Guatemala, La cuestión es ¿quien nombra a este fiscal especial? y ¿cuál es el método para hacerlo?, Bueno en principio le corresponde al Fiscal General nombrarlo dentro de dos posibilidades: la primera es que el Fiscal General lo nombre de entre los miembros del Ministerio Público, y la segunda es que nombre a un abogado colegiado particular para atender ese caso específico.<sup>1497</sup>

Bueno ahora que sucede con lo que respecta a la criminalidad gubernativa, existe no solo un fiscal sino toda una fiscalía para luchar contra esta lacra.

En todo caso quien nombra a los miembros de esta y de cualquier Fiscalía el es el Fiscal General y se hace a través de un Concurso de oposición, integrado por un jurado compuesto de cinco profesionales de reconocida honorabilidad, quien evalúa a los aspirantes y emitirá un dictamen en el que se indique quienes han resultado seleccionados y quienes no lo han sido. Entre los seleccionados el jurado elaborará analista de mérito que comenzará con el que haya obtenido la mayor calificación hasta el que haya obtenido la menor.<sup>1498</sup> El consejo del Ministerio Público toma esta lista y se la propone al Fiscal General.

Pero el fiscal puede decidir unilateralmente sin necesidad de concurso alguno nombrar a un fiscal especial para cada fiscalía especializada. El óbice principal es, que quien nombra al Fiscal General es el presidente de la República de Guatemala y lo elige

---

<sup>1497</sup> Artículo 11 inciso 8) de la Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala.

<sup>1498</sup> Artículo 77 Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala: “El consejo del Ministerio Público elegirá anualmente entre una nomina de diez candidatos propuestos por la unidad de de capacitación un jurado integrado por cinco profesionales de reconocida honorabilidad. La función de jurados se ejercerá ad honores y es intransferible. En caso de que alguno de los electos no acepte conformar el jurado se elegirá de entre la nomina a su reemplazante. El jurado se encargará de evaluar a los aspirantes y una vez concluida, emitirá unos dictámenes ene. Que se indique quienes han resultado seleccionados y quienes no lo han sido. Entre los seleccionados el jurado elaborará una lista de mérito que comenzará con el que haya obtenido mayor calificación hasta el que haya obtenido la menor. Se deberá confeccionar una lista para ocupar los puestos de

según más por afinidad que por otras y más justas cualidades, en época reciente el Fiscal General nombro a una abogada no miembro del ministerio público para que atendiera la fiscalia contra la corrupción, y renunció toda vez que opinaba que recibía presiones por parte del Fiscal General quien deseaba que condescendiera con ciertos casos que era implícita una criminalidad gubernativa propiciada por el mismo presidente y por el partido de gobierno.

Es posible plantarnos esta cuestión ¿Qué sucede si es el propio fiscal el que se ve involucrado en un acto de corrupción o sea la misma institución la que se ve involucrada en un acto anómalo?, considerar que sea los mismos miembros de la institución quienes se investiguen o por el contrario cuando hay vínculos o afinidades del fiscal con el partido de gobierno y de este con los fiscales que nombra. Resulta muy contraproducente.

Darle la potestad al Fiscal a que nombre un Fiscal especial, a su propia discrecionalidad y conveniencia, para un caso de criminalidad gubernativa es poco prudente y aconsejable toda vez que el vínculo entre nombramiento y destitución es evidente.

Lo más aconsejable es que una comisión integrada por cinco miembros de abogados honorables que puede ser compuesto por el Presidente del Colegio de Abogados y Notarios, El Presidente del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, El Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala y dos decanos de las facultades de Ciencias jurídicas y sociales del país cuyo criterio para pertenecer a esta comisión se base por la edad integrando la misma el de de mayor y menor edad respectivamente dentro del grupo de facultades que exista.

Esta comisión puede en todo caso elegir a un Fiscal Especial en casos en que se vea involucrado el interés de la misma institución por existir alguna sombra de que la institución se encuentre en una condición no aconsejable para realizar su función con efectiva imparcialidad.

En este caso el Fiscal o Fiscales especiales nombrados por la comisión pasarán automáticamente a ser parte de la institución y serán nombrados por el consejo del Ministerio Público teniendo los mismos derechos que los demás fiscales, estando sometidos

---

fiscales de distrito, fiscales de sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales. La lista de mérito será publicada tres veces en el término de quince días en el diario oficial.

en su ejercicio solo a la constitución y las leyes del país. Y Finaliza su misión al haber concluido la actividad para la cual fueron nombrados.

La petición de que se nombre un Fiscal especial la puede solicitar cualquier persona o entidad de defensa de los derechos humanos debidamente fundamentada y razonada y la puede resolver el consejo del Ministerio Público. Si este resolviere en contra dará explicación razonada de la misma dentro del término que establece la ley y quien lo haya solicitado podrá ejercerse los recursos pertinentes judiciales pertinentes

### **2.7.2.3AUXILIARES FISCALES**

Aquí radica el principal motor del Ministerio Público y el argumento de su actual funcionamiento. “Los auxiliares fiscales asistirán a los fiscales de distrito, fiscales de sección, agentes fiscales, actuando bajo su supervisión y responsabilidad. Son los encargados de efectuar la investigación en el procedimiento preparatorio del proceso penal en todos los delitos de acción pública y en los delitos que requieran instancia de parte. Intervienen directamente y por si mismo en todas las diligencias de investigación y declaraciones de imputados que se produzcan durante el procedimiento preparatorio. Podrán firmar todas las demandas, peticiones y memoriales pueden presentarse ante los tribunales durante el procedimiento preparatorio.

No pueden participar en los debates a no ser que sean abogados y se requiere al menos ser guatemalteco y haber cerrado pensum en la Carrera de Abogacía y Notariado.

En la fase preparatoria es menester encomendarle la defensa de un sindicado a una abogado colegiado para que lo asista si en todo caso la persona no contara con uno el Estado le proporcionara uno de oficio. Es pues que es necesario para un la justicia la defensa técnica de oficio a favor de un imputado, la ley prohíbe que esta defensa se realice por una persona que no sea profesional, el derecho para que un imputado sea representado por un abogado profesional es inobjetable porque en todo caso vulneraría un derecho fundamental. Ahora bien no tiene el mismo derecho la sociedad en todo, de que sea representada en las audiencias preparatorias del proceso penal por un profesional, no se

pretende menoscabar la capacidad de estos funcionarios porque hay muchos en la práctica que desempeñan sus funciones con gran mérito, pero en otros casos y muchos por lo que corresponde al sustentador del presente trabajo observar, que efectivamente no conocen mucho de investigación criminal, realizan peticiones ante los tribunales y discuten con Abogados Profesionales criterios de derecho en los cuales a estos les hace falta la acreditación fundamental, ¿Es acaso que la falta de recursos económicos faculte un empirismo en la acción del Ministerio Público.? Bueno en todo caso es indispensable que por lo menos se acredite para estos funcionarios un nivel universitario intermedio que deberían expedir las universidades del país como técnicos en investigación criminal y Derecho. Para que exista al menos un respaldo semiprofesional.

#### **2.7.2.4 LOS SECRETARIOS:**

Anteriormente eran denominados secretarios pero con la actual ley orgánica del Ministerio Público pasan a ocupar el cargo de Oficiales cargo de oficiales y se encargan de realizar funciones de ayuda a los auxiliares fiscales, y tienen función meramente administrativa y colaborativa dentro de la institución.

#### **2.7.2.5 LOS SINDICOS**

Este es un problema muy serio en relación a los siguientes argumentos. Existe para Guatemala la Autonomía para todas las municipalidades en que se divide el territorio de Guatemala, cada municipio goza de un gobierno municipal que según el artículo 254 constitucional establece que “será ejercido por un consejo el cual se integra con el alcalde, los síndicos y concejales, electos directamente por sufragio universal y secreto para un período de cuatro años pudiendo ser reelectos.” Bueno un síndico es un funcionario electo popularmente y por sufragio para el gobierno municipal. Se entiende entonces que sus funciones deben ser estrictamente dirigidas o encaminadas para los intereses del

municipio.” Tómese en consideración también que nadie esta obligado a trabajar sin una remuneración equitativa al trabajo realizado. El Ministerio Público según el artículo 5 de su ley orgánica establece que en la actuación de sus funcionarios estará representado íntegramente. Ahora bien el artículo 85 del mismo cuerpo legal preceptúa: “En los municipios del interior de la República cuando no hubieren fiscales del Ministerio Público actuarán los síndicos municipales en representación del Ministerio Público para la aplicación del criterio de oportunidad, salvo que el fiscal de distrito ejerza la función por si mismo o designé un agente fiscal o auxiliar fiscal para que se haga cargo de los asuntos.” Lo que cabe preguntarse es ¿El Síndico es un trabajador del Ministerio Público de Guatemala? ¿El Síndico recibe emolumento por su actividad de representación del Ministerio Público en los actos que la ley le establece? Bueno legalmente el sindico ha sido electo popularmente por los habitantes de un municipio para el gobierno municipal no puede contemplarse que dentro de las funciones del gobierno municipal se encuentre ejercer funciones de representación penal en sustitución del Ministerio Público en una materia tan delicada e importante como es el ejercicio de la persecución penal. Claro esta que un síndico no recibe emolumento alguno por representar al ministerio público y también es evidente que no existe suficiente personal del Ministerio Público que cubra todo el territorio nacional. Existe en todo caso y por lo menos una Fiscalía por cada departamento, pero lo ideal sería una Fiscalía en cada municipio.

Un Síndico según la experiencia es en el mejor de los casos una persona con educación primaria mínima y el común denominador es que no sabe absolutamente nada de principios de derecho ni de discrecionalidad para el ejercicio de la acción penal. Es totalmente neófita del derecho. Por lo que es una aberración jurídica que se le concedan a él facultades para poder decidir cuando ejercer o no la persecución penal en casos donde es factible el criterio de oportunidad. El técnicamente no debería estar facultad para decidir o analizar si conviene o no aplicar en determinado caso un criterio de oportunidad.

El Síndico no es un funcionario del Ministerio Público, debe entenderse en su más estricto sentido que es un funcionario Municipal para el ejercicio del gobierno municipal sobre la base de la soberanía que le es implícita, no para cubrir las deficiencias de un Ministerio Fiscal pobre, inoperante y con bajo recurso que no puede debido a su poco

personal cubrir en todo el territorio de la República la importante función que le ha sido encomendada.

### **2.7.3. ORGANOS SECUNDARIOS O DE FUNCIONAMIENTO:**

Aunque se hayan denominado órganos secundarios o de funcionamiento no significa que no tengan importancia dentro de la institución, sin embargo dentro de la organización propiamente dicha que contempla el artículo 9 de la Ley orgánica del Ministerio Público de Guatemala no los encuadra como tal, sino que aparecen enmarcados dentro de la sección IV que regula lo relativo a los Fiscales de Distrito y De sección, Son pues importantes órganos dentro de este aparato institucional. Y coadyuvan de manera vital dentro de las funciones de la institución es pues:

#### **2.7.3.1 LA DIRECCION DE INVESTIGACIONES CRIMINALISTICAS:**

Que es un cuerpo integrado por peritos en distintas ramas científicas, depende directamente del Fiscal General de la República. Tiene a su cargo el análisis y estudio de las pruebas y otros medios de convicción que coadyuven al esclarecimiento de los hechos delictivos que investiguen los órganos del Ministerio Público. Sus funciones las desarrollan bajo la conducción del Fiscal a cargo del caso.

Para ocupar el cargo en la Dirección de Investigación criminalísticas se deberá poseer título en la disciplina correspondiente y haber ejercitado la actividad por más de dos años, y es nombrado conforme concurso de oposición. Los laboratorios y equipos fijos y móviles de la policía nacional así como su persona están a disposición de los fiscales.<sup>1499</sup>

Es pues aquí donde radican principalmente las deficiencias actuales del Ministerio Público al contar con poco personal, y con instrumentos obsoletos para la investigación criminal, así que esta dirección no se da abasto para cumplir con su misión por el excesivo atascamiento de casos y por el poco recurso humano que labora en la misma, por tal razón

---

<sup>1499</sup> Artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala.

muchos de los casos importantes a dilucidar se hayan como base principal la declaración de testigos y no de pruebas científicas toda vez que no existe aun un equipo técnico moderno, especializado para analizar las evidencias sometidas a su conocimiento.

### **2.7.3.2. OFICINA DE PROTECCIÓN DE SUJETOS PROCESALES EN MATERIA PENAL:**

Esta oficina se encarga de velar por la seguridad de los testigos de cargo que denuncian a personas involucradas con delitos del crimen organizado, narcoactividad, y casos de alto impacto social, y cuya seguridad se encuentre en grave riesgo, esta oficina aunque la intención ha sido magnífica, han existido casos en que los testigos claves de casos tales como el de la “tipografía nacional”,<sup>1500</sup> han fallecido. Y se muestra evidentemente su ineficacia. Esta oficina la preside una persona que es nombrada por el fiscal General.<sup>1501</sup>

### **2.7.3.3. LA UNIDAD DE CAPACITACION**

Se encuentra a cargo del Consejo del Ministerio Público y esta compuesta por un director y subdirector de la unidad, y se encarga de promover, ejecutar y organizar cursos de capacitación y especialización para los integrantes del Ministerio Público y los aspirantes a cargos en la institución.<sup>1502</sup>

---

<sup>1500</sup> Este es un caso en que se le sindicó al ex vice-presidente de la República de Guatemala durante el período reciente, de haber utilizado la maquinaria de la tipografía nacional así como sus vehículos y personal para hacer una propaganda insultativa y negra en contra del presidente de la cámara de comercio de Guatemala que se oponía al alza de los impuestos, dichos volantes se repartieron en toda Guatemala por vía Aérea, y terrestre, se utilizó pues totalmente recursos del Estado, en tal razón muchos de los testigos que habían participado en los hechos se negaban a declarar hubo un testigo que decidió hacerlo, pero antes de ir a prestar su testimonio fue brutalmente asesinado de varios impactos de proyectil de fuego. Por lo que jamás ningún testigo se animó a declarar.

<sup>1501</sup> Artículo 41 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala.

<sup>1502</sup> Ver artículo 81 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala.

## **2.7.4 LOS ORGANOS DE ADMINISTRACION E INFORMACION.**

### **2.7.4.1 JEFATURA ADMINISTRATIVA:**

El Ministerio Público es administrado por un jefe Administrativo, nombrado por el Fiscal General de la República, de quien depende en forma directa.

Este funcionario debe tener conocimientos especiales en administración e idoneidad para el cargo. Realiza todas las tareas de administración y organización del Ministerio Público que le encomiende el Fiscal General de la República así como asesorarlo en todos los problemas administrativos y financieros de la institución<sup>1503</sup>

### **2.7.4.2 OFICINA DE INFORMACION:**

Esta oficina depende de la jefatura administrativa y se encarga de informar a la población y a los medios de comunicación sobre los aspectos que se relacionan con la institución y que tengan relevancia pública.<sup>1504</sup>

## **2.7.5 LA CARRERA DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

Los nombramientos para fiscales de distrito, fiscales de sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales se realiza previo concurso de aspirante y se tienen en cuenta aspectos como 1) requisitos establecidos en la ley para ocupar el cargo, 2) Antecedentes que acrediten idoneidad especial en materia relativas al cargo y una sólida formación jurídica 3) Antecedentes relativos a la tarea profesional en la carrera fiscal. Para valorar estos aspectos se citará a una audiencia de oposición oral y pública donde se evalúa al aspirante sobre aspectos vinculados a los principios constitucionales y la legislación vigente. El concurso

---

<sup>1503</sup> Ver artículo 57 de la ley orgánica de la institución

es abierto a cualquier aspirante.<sup>1505</sup> El Consejo del Ministerio Público convoca públicamente a concurso al menos una vez al año para formar la lista de candidatos a los diversos cargos del ministerio Público. Los requisitos para la inscripción son ser los mismos que se requieran para optar al cargo que el aspirante pretenda. Los candidatos permanecen en la lista durante dos años, a contar del momento de su incorporación a ella. El concurso anual tiene por misión cubrir las vacantes de la lista y no se realiza cuando no se hubieren producido vacantes en ella.<sup>1506</sup>

El consejo del Ministerio Público elige anualmente entre una nómina de diez candidatos propuestos por la unidad de capacitación, un jurado integrado por cinco profesionales de reconocida honorabilidad. La función de jurados se ejercerá ad honorem y es intransferible. En caso de que alguno de los electos no aceptare conformar el jurado se elegirá de entre la nómina a su reemplazante. El jurado se encargará de evaluar a los aspirantes y una vez concluida, emitirá un dictamen en el que se indica quienes han resultado seleccionados y quienes no lo han sido. Entre los seleccionados el jurado elaborará una lista de mérito que comenzará con el que haya obtenido la mayor calificación hasta el que haya obtenido la menor. Se deberá confeccionar una lista para ocupar puestos de fiscales de distrito, fiscales de sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales. La lista de mérito se publicada tres veces en el término de quince días en el diario oficial. El dictamen puede declarar desierta una o más vacantes, que se intentarán cubrir en el próximo concurso. Si las vacantes de la lista para un cargo quedaren desiertas en su totalidad se llama a un concurso extraordinario. Cualquier persona u organización de personas puede impugnar la incorporación de un aspirante a la lista de mérito de entre de los tres días de su publicación, fundado en que no cumple con las condiciones para ser nombrado en el cargo. El jurado resolverá sin recurso alguno.<sup>1507</sup> Aquí se observa un importante principio de participación ciudadana en la toma de decisión para nombrar a un fiscal, toda vez que es el fiscal quien representa en cada caso en particular a una sociedad.

Los nombramientos para cubrir cargos en el Ministerio Público se realizan eligiendo exclusivamente a los candidatos de la lista en orden de mérito, salvo que el propio

---

<sup>1504</sup> Ver artículo 58 de la ley orgánica de la institución.

<sup>1505</sup> Ver artículo 75 de la ley orgánica de la institución.

<sup>1506</sup> Ver artículo 76 de la ley orgánica de la institución.

<sup>1507</sup> Ver artículo 77 de la ley orgánica de la institución.

interesado solicite que se altere el orden en su perjuicio,<sup>1508</sup> cosa que aun todavía en la práctica no se ha dado. Luego el Consejo del Ministerio Público propone al fiscal General el nombramiento de los elegidos y el Fiscal General efectúa los nombramientos. A cotejo con la carrera Fiscal de España puede decirse que hay mayor oportunidad y participación ciudadana y límites para que el Fiscal ejerza total y absolutamente un nombramiento las comisiones estas coadyuvan a dar mayor transparencia y certeza el cada nombramiento de fiscales, aunque hoy día no se escapan como muchas instituciones a que las mismas puedan ser capturadas por ciertos grupúsculos políticos.

### **3. EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA DEL FUTURO:**

#### **3.1. EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA Y ASPECTOS ECONOMICOS:**

##### **3.1.1. AMPLIACION DE PRESUPUESTO.**

Después de estudiar el pasado del Ministerio Público de Guatemala como su presente es fácil darse cuenta que es una institución no tan compleja como la de España u otras países su constante ha sido la misma representar al Estado y el cumplimiento efectivo de las leyes y ejercer la acción penal. Cuando se estudian sus leyes y reglamentos se encuentran apegadas más a principios dedocráticos y participativos que en España, pero realmente la pregunta es ¿Por Qué motivo se siente en la práctica que es una institución ineficaz? Cuyo lugar en el marco del estado de derecho es tan importante y fundamental. La respuesta es su falta de capacidad económica para cumplir con la misión que se le ha encomendado.

Es en este orden de ideas una institución pobre razón por la cual presta una función pobre sus logros son equivalentes a la capacidad económica que posee.

---

<sup>1508</sup> Ver artículo 78 de la ley orgánica de la institución.

Por mucha buena voluntad que exista de quienes la dirigen si no existe recurso humano suficiente, si no existe suficiente equipo técnico de peritos y especialistas y varias unidades móviles de gabinetes criminalísticos, de nada sirve, el Ministerio Público en su investigación tiene que recolectar las evidencias necesarias para consolidar una efectiva investigación, y actualmente la prueba reina en el proceso penal es la de testigos, una prueba muy subjetiva, no existen pruebas irrefutables como las científicas toda vez porque el presupuesto no alcanza.

Razón por la cual debe de ser como política urgente de Estado ampliar el presupuesto del Ministerio Público. Por ende podrán resolverse los siguientes aspectos estructurales.

### **3.2 EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA Y ASPECTOS ESTRUCTURALES:**

#### **3.2.1 AMPLIAR LA DIRECCION DE INVESTIGACION CRIMINALISTICA CON RECURSO HUMANO Y TECNIFICARLA CON INSTRUMENTOS CIENTIFICOS MODERNOS Y ADECUADOS**

Al ampliar el presupuesto del Ministerio público será imperativo ampliar el recurso humano para dirección de investigaciones criminalísticas y tecnificarla con instrumentos científicos modernos y adecuados, deberá crearse una escuela especializada para peritos, grafotécnicos, grafológicos, más peritos en dactiloscopia, en balística en fin todos los mecanismos adecuados para la efectiva dilucidación de los hechos, es indispensable crear un laboratorio de ADN para descifrar los rasgos genéticos de los posibles sospechosos, toda vez que actualmente no cuenta con esto nuestra institución. Deben contratarse más psiquiatras criminales, psicólogos criminales, trabajadores sociales todo un gabinete de especialistas adecuados.

#### **3.2.2. CREAR FISCALIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CADA MUNICIPIO.**

Es lamentable que no exista en Guatemala un Fiscal por cada municipio y que la persona tenga que caminar varios kilómetros para ir a denunciar hechos y pedir la intervención de las instituciones, toda vez que en su comunidad no existe. Si no existen suficientes fiscales en Guatemala en todo su territorio no puede decirse que exista una auténtica y plena administración de justicia, para todo el territorio de la República ni que se pueda decir que se cumple el derecho humano de acceso a la justicia, lastimosamente en Guatemala ha habido linchamientos a presuntos delincuentes, porque ha existido en las poblaciones del interior de la república una total desconfianza en sus instituciones así como un ineficaz funcionamiento de las mismas. Si existiera un Fiscal en Cada municipio podría administrarse una pronta y expedita administración de justicia. Esto obligaría indudablemente a no contar con síndicos municipales que no pertenecen a la institución del Ministerio Público y que realizan funciones fuera del marco de sus legítimas facultades.

### **3.2.3. PROFESIONALIZACION TECNICA DE LOS AUXILIARES FISCALES**

Es importante insistir en que en la fase preparatoria es menester encomendarle la defensa de un sindicado a un abogado colegiado para que lo asista si en todo caso la persona no contara con uno el Estado le proporcionara uno de oficio.

Es pues que es necesario para un la justicia la defensa técnica de oficio a favor de un imputado, la ley prohíbe que esta defensa se realice por una persona que no sea profesional, el derecho para que un imputado sea representado por un abogado profesional es inobjetable porque en todo caso vulneraría un derecho fundamental. Ahora bien insistimos no tiene el mismo derecho la sociedad en todo, de que sea representada en las audiencias preparatorias del proceso penal por un profesional,

Bajo ningún punto de vista en este trabajo se pretende menoscabar la capacidad de estos funcionarios porque hay muchos en la práctica que desempeñan sus funciones con gran mérito, pero en otros casos la practica forense lo demuestra estos funcionarios no conocen mucho de investigación criminal, realizan peticiones ante los tribunales y discuten con Abogados Profesionales criterios de derecho en los cuales a estos les hace falta la

acreditación profesional, Es acaso la falta de recursos económicos puede alegarse que ha facultado un empirismo en la acción del Ministerio Público.

En todo caso es indispensable que por lo menos se acredite en un nivel universitario intermedio que deberían expedir las universidades del país como técnicos en investigación criminal y Derecho. Para que exista al menos un respaldo semiprofesional.

### **3.3. EL MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA Y ASPECTOS LEGALES.**

#### **3.3.1 DEROGAR LA FUNCION DE LOS SINDICOS MUNICIPALES EN FUNCIONES PENALES.**

Como se ha estudiado los Síndicos municipales quienes representarán al Ministerio Público, recibe un comentario de aberración jurídica en el sentido que un Sindico Municipal<sup>1509</sup> es un funcionario del gobierno municipal, que nada absolutamente nada tiene que ver con la justicia, este funcionario no debe ostentar ninguna facultad para poder decidir sobre la abstención o no del ejercicio de la acción penal, por parte del Ministerio Público, parece triste y lamentable que en Guatemala se quiera subsanar los grandes problemas estructurales de justicia al tener muy poco presupuesto económico el Ministerio Público por ende tiene poco capital para construir fiscalías en todo el territorio de la república de Guatemala. El Ministerio público actual quiere con esto no violentar un principio fundamental de la jurisdicción como lo es el acceso a la justicia otorgándola facultades a personas que no tienen nada que ver con el proceso penal, es un error de dimensiones estafalarias que devienen por ser inconstitucional en su mas estricto sentido de la palabra. Es pues que un sindico municipal no tiene la facultad de representar al Ministerio Público ni de decidir la aplicación o no de un criterio de oportunidad, que discrecionalidad puede tener, y teniendo en consideración que en el mayor de los casos los síndicos municipales dentro del interior de Guatemala son neófitos del derecho, que en el mejor de los casos pueden hablar y escribir español y que gocen del sexto grado de escolaridad mínima.

---

<sup>1509</sup> Artículo 254 de la constitución de Guatemala “ El gobierno municipal será ejercido por un consejo el cual se integra con el alcalde, los síndicos y concejales, electos directamente por sufragio universal y secreto para un período de cuatro años pudiendo ser reelectos.”

Por lo que deviene imperativo ejercer las acciones correspondientes para que se establezca la inconstitucionalidad de la presente norma y buscar el mecanismo reparador de la inmensa mayoría de casos que se han tramitado de esta forma

Un Síndico según la experiencia es en el mejor de los casos una persona con educación mínima que no sabe absolutamente nada de principios de derecho ni de discrecionalidad para el ejercicio de la acción penal. Es totalmente como se consigno anteriormente neófito del derecho. Por lo que es una aberración jurídica que se le concedan a él facultades para poder decidir cuando ejercer o no la persecución penal en casos donde es factible el criterio de oportunidad. El técnicamente no debería estar facultado para decidir o analizar si conviene o no aplicar en determinado caso un criterio de oportunidad.

El Síndico no es un funcionario del Ministerio Público, debe entenderse en su más estricto sentido que es un funcionario Municipal para el ejercicio del gobierno municipal sobre la base de la soberanía que le es implícita, no para cubrir las deficiencias de un Ministerio Fiscal pobre, inoperante y con bajo recurso que no puede debido a su poco personal cubrir en todo el territorio de la República la importante función que le ha sido encomendada.

### **3.3.2. CREACION DE LOS FISCALES ESPECIALES POR COMISIONES AD HOC.**

Es pues que no puede haber sombra o mudanza de duda cuando entre en conflicto los intereses públicos de la administración con los intereses públicos de la nación.

El Ministerio Público no puede ser investigador y parte a la vez de los mismos hechos en donde el pueda tener responsabilidad o bien en los que exista causa posible de que su actuación será deficiente por existir un lazo o vinculo con al un funcionario público, que pueda poner en peligro el principio de imparcialidad de su institución. Es pues que a la luz del flagelo que sufrió la institución en años recientes con respecto a la criminalidad gubernativa es importante recomendar : que una comisión integrada por cinco miembros de abogados honorables que puede ser compuesto por el Presidente del Colegio de Abogados y Notarios, El Presidente del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, El Procurador de los Derechos Humanos de

Guatemala y dos decanos de las facultades de Ciencias jurídicas y sociales del país cuyo criterio para pertenecer a esta comisión se base por la edad integrando la misma el de mayor y menor edad respectivamente dentro del grupo de facultades que exista.

Esta comisión puede en todo caso elegir a un Fiscal Especial en casos en que se vea involucrado el interés de la misma institución por existir alguna sombra de que la institución se encuentre en una condición no aconsejable para realizar su función con efectiva imparcialidad.

En este caso el Fiscal o Fiscales especiales nombrados por la comisión pasarán automáticamente a ser parte de la institución y serán nombrados por el consejo del Ministerio Público teniendo los mismos derechos que los demás fiscales, estando sometidos en su ejercicio solo a la constitución y las leyes del país. Y Finaliza su misión al haber concluido la actividad para la cual fueron nombrados.

La petición de que se nombre un Fiscal especial la puede solicitar cualquier persona o entidad de defensa de los derechos humanos debidamente fundamentada y razonada y la puede resolver el consejo del Ministerio Público. Si este resolviere en contra dará explicación razonada de la misma dentro del término que establece la ley y quien lo haya solicitado podrá ejercerse los recursos pertinentes judiciales pertinentes

## **CONCLUSIONES:**

### **Número Uno.**

Tomando en consideración que 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. En lo que respecta al Ministerio Público 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. El Ministerio Público de

Guatemala se encuentra más apegado a los principios democráticos y participativos que dimanar de su constitución al ostentar un sistema mixto más proclive al acusatorio, en donde la facultad de investigar le corresponde al Ministerio Público. Contrario sensu el actual Ministerio Público de España que ostenta un sistema acusatorio formal sumí inquisitivo no refleja las auténticas directrices como reflejo fiel de su constitución.

#### **Número dos:**

Al tomar en consideración los primeros antecedentes de la institución que estudiamos se observa que los principales tránsitos de la figura fiscal se encuadran puntualmente con la progresiva consolidación del interés público por la promoción de la justicia en defensa de la legalidad. Se puede decir que el Fiscal era el funcionario encargado habitual y primordialmente de llevar a cabo la acusación ante los Tribunales. Por lo que el Ministerio fiscal ha de ser un órgano público organizado como cuerpo único y particular 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 proceso.

#### **Número tres:**

Para una forma de Estado basada en la etapa Republicana como lo fue Grecia Y Roma puede decirse que el sistema más adecuado es un sistema penal preponderadamente acusatorio, 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 concernía 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

#### **Número cuatro:**

Uno de los aspectos que más ha influido en la concepción actual del Ministerio Público ha sido que en la antigüedad con lo que respectaba a la hacienda era de sumo interés para el emperador 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**, mismos que tenían una función básicamente como de garantizar el control político de las funciones de recaudación y quienes junto al **Delatore**, quienes 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 fisco, las 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 Fiscal. 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 delitos. 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

### **Número cinco**

Con lo que respecta al origen del Ministerio Público francés se desarrollo una teoría interesante 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 funcional más completa y adecuada. Esto ha de entenderse como el origen del Ministerio Público. La aportación francesa en las instituciones **del Procureur 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. 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. La creación de los tribunales permanentes en Francia fue el inicio de una concepción del Ministerio Fiscal. Que se desplegaría su influencia al resto de Europa.

### **Número Seis.**

Con lo que respecta a los reyes de la Edad Media en España van a establecer su representación en los parlamentos por medio de un Presidente y de un Procurador. 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. 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.

### **Número siete:**

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 desparra 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, al servicio de los anteriores valores se dispone como piedra angular y garantía del sistema jurídico el principio de legalidad. Legalidad 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 acontecimientos 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, 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. 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. 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 popular 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. 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 popular. 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.

**Número ocho:**

Una cuestión que ha influido en el actual contexto del Sistema Judicial y específicamente del Ministerio Público ha sido la constitución Francesa 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 correspondía a los jueces y en algún caso a los Ciudadanos, los acusadores intervenían solo en la continuación del juicio.

### **Número nueve:**

El modelo napoleónico perfecciona y desarrolla la tendencia centralizadora en la organización del Ministerio Publico iniciada por la monarquía absoluta, 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. 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 Publico 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, 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. 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. Napoleón ha influido en la posición institucional y naturaleza jurídica vigente en la institución del Ministerio Público tanto en Europa como en América Latina

#### **Número diez.**

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 principal factor de crisis en el estado liberal fue el factor de contenido económico 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. 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. 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

#### **Número once.**

Desde el horizonte de análisis de la actuación en el proceso del Ministerio Público, la diferenciación fundamental se ha realizado históricamente desde la perspectiva distinta del derecho 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 perjudicado además de otras diferencias 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, propio **del common law** y el más sistematizado y cerrado conjunto de normas característica de la tradición romano germánica.

#### **Número doce:**

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 penal. 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 jurídica, la intervención del Ministerio Fiscal se reduce. 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. 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. 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.

### **Número trece.**

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) 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 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 juez de sede el órgano encargado de enjuiciar. 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. 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.

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 *siège* al *parquet* y a la inversa. A pesar de todo, los miembros del Ministerio Público están condicionados por su estricta jerarquía con el propio Ministro de 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 Agentes del poder ejecutivo. 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, 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 concreto 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 concretas que se interesen por parte del Ministro de Justicia. 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.

#### **Número catorce:**

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 Justicia que con autonomía respecto a los demás órganos del Poder central, regional o local, representa al Estado ante los Tribunales de Justicia, ejercita 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 ley. 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. 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. Al propio Ministro de Justicia le competían funciones estratégicas en el funcionamiento del Fiscal Portugués, como establecer las líneas de 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. 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. La constitución recoge las principales garantías de las que deben disfrutar los fiscales en el desempeño de sus funciones. 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 ocasiones. 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. 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 intereses

#### **Número quince.**

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 alemana. 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 francés y la incorporación posterior de elementos que refuerzan su papel en el proceso y lo hacen depender del Ejecutivo .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. Internamente cada fiscalía esta 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 departamento, y dirige sus actuaciones, 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 Jefe los funcionarios del Ministerio Fiscal deben actuar de conformidad con las órdenes de sus superiores, y éste puede solucionar las eventuales discrepancias haciendo uso de sus poderes de avocación o sustitución. La fiscalía tiene reconocido el monopolio absoluto de la acción penal en juicio. Y la víctima solo comparece como parte civil ante un Tribunal correccional o ante un delito de acción eminentemente privada.

#### **Número dieciséis.**

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. 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 Rey 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. 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. 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.

#### **Número diecisiete.**

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. El principio de oportunidad se encuentra admitido en la legislación danesa. El Rigsadvokaten, 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.

#### **Número dieciocho:**

En Holanda 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. En el Derecho neerlandés, a pesar de que el Oficial de Justicia está a las órdenes expresas del Ministro de Justicia se le considera integrado al Poder judicial como órgano público encargado de vigilar el cumplimiento de las Leyes. 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.

#### **Número diecinueve:**

La acción penal en Inglaterra, 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. 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. Hablar de un Ministerio Fiscal es difícilmente conciliable con la tradición legal inglesa” en la cual hasta estos días ha pervivido un proceso penal acusatorio. El equivalente inglés al Ministerio Público en su función de acusador 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** y con un campo de actuación no demasiado amplio. 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. En Inglaterra y Gales, el ejercicio de la acción penal ha sido tradicionalmente considerado como un derecho privado de la víctima, pero desde que a principios del siglo XIX, se atribuyera a la policía la investigación criminal de los delitos, este principio procesal se ha atemperado de tal forma que de hecho ha desaparecido. Así por ejemplo la Policía decide libremente sobre iniciar el procedimiento judicial o el archivo del expediente, pues no existe autoridad judicial o administrativa alguna que pueda obligarla a ejercitar la acción penal cuando por las razones que fuera ha decidió abandonarla. 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. Por otro lado las investigaciones criminales de la Policía están protegidas por el secreto por lo que ésta libre de comunicar o no al inculpado los progresos o avatares de la investigación. 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 ( caution ) que permite prescindir del proceso judicial, siempre que el autor no vuelva a delinquir dentro de un plazo determinado de tiempo. 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. Ha pasado a dominar de forma absoluta 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 bargaining o abandonarla, incluso durante las sesiones del juicio oral, antes de que la causa quede vista para sentencia. 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

### **Número veinte.**

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 arrebatarlos. 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. 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 criminal. 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. 2º. 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. 3º. La absoluta descentralización de las facultades de gobierno hacia los entes locales, que lógicamente condicionaría la distribución territorial de la Fiscalía. 4º. 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.”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, 2°. Sirvió de fundamento para el asentamiento de la práctica de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal. 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 pública. 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. 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 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 General 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. 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. Y los ayudantes del Fiscal son nombrados libremente por éste. 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

#### **Número veintiuna:**

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 1947 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. 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. 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. 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. 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; su inamovilidad y su competencia. Es pues que el Ministerio público se encuentra incardinado al Poder judicial y una separación total con el Ministro de Justicia. 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, para un sector de la doctrina 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

### **Número veintidós:**

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. 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 venía 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. 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. 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, 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. La constitución de fecha 7 de octubre de 1977 dedicó el capítulo 21 en los artículos 164 al 168 a la Procuraduría, dentro del Título VII que se refería genéricamente a la justicia, arbitraje y supervisión fiscal. Apenas cambió el estatuto y el funcionamiento de esta institución. 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. 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.” 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 Soviética. 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. Un nuevo modelo donde la Procuraduría aparece como un “sistema único centralizado, 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

#### **Número veintitrés.**

Tratando de destacar los aspectos más importantes del tratamiento del Ministerio Fiscal en la Constitución Española 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. 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 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 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. 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. De otro y congruentemente con ello, entre las facultades reconocidas al gobierno en el título IV no 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 cuanto 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 tenía 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 expandiendo 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. 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. 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. 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 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 importancia.

## **Número Veinticuatro**

El Vínculo que une al Ministerio Público de España con el Poder Ejecutivo es muy fuerte 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 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 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 también puede observarse en lo referente al nombramiento del Fiscal General por el Jefe de Gobierno 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. Administrativamente la Carrera del Fiscal está absolutamente dirigida desde el Ministerio de Justicia, realizándose por el mismo, En Guatemala la carrera del Fiscal se encuentra regida y supeditada ad intra desde el mismo consejo del Ministerio Público. Por lo que existe más garantía El Ministro de Justicia controla 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 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

#### **Número veinticinco:**

En una forma muy particular y modesta para el que ostenta del presente trabajo de investigación y tomando en consideración cada definición y particular criterio de los autores antes referidos se puede definir el Ministerio Fiscal de España de la siguiente manera :“ Como un Órgano constitucional, incardinado en el poder judicial que con autonomía funcional, ejerce funciones de coordinación con la Administración, para el cumplimiento de los fines establecidos en el ordenamiento jurídico Español

#### **Número veintiséis**

España es, lamentablemente junto con Italia, es el único país de la Europa occidental que no ha dado entrada en su legislación al principio de oportunidad reglada. En el caso italiano presenta mayores problemas en cuanto el rango constitucional del principio de obligatoriedad exigiría una reforma constitucional que precisamente en estos días se discute en España, en cambio, las causas hay que solucionarlas presionando al legislador a la hora de abordar una reforma global del enjuiciamiento penal. Conviene, advertir en

forma personal que no existe en España obstáculo constitucional alguno a la introducción del principio de oportunidad reglada, afirmación que para el la presente tesis es respaldada por la casi de la doctrina española. Se ha estudiado que la garantía constitucional que aporta el principio de legalidad *ex* artículo 124.2 CE, consiste en la sujeción del ejercicio de la acción penal a reglas jurídicas predeterminadas, ya pueda reconducirlas el legislador ordinario a la obligatoriedad, ya pueda prever supuestos condicionados para su ejercicio. No sería, pues, en el segundo caso, más allá de la autonomía funcional que el Ministerio fiscal tiene reconocida para la calificación jurídica de unos hechos, complementada ahora con la función de verificar la concurrencia de las condiciones que excepcionan el ejercicio de la acción penal. Por lo tanto, puede advertirse la cuestión verdaderamente problemática no está en la posibilidad, sino en la conveniencia de introducir tal principio y, en su caso, en el grado, de minuciosidad o exhaustividad del legislador en la regulación de las condiciones de excepción, o lo que es lo mismo, el grado de penetración de los criterios de política criminal gubernamental en la decisión del Ministerio Público. Son pues, ambas cuestiones que ponen de relieve decisiones básicas en el marco del sistema político, cuyos principios habrán de ser los parámetros y las coordenadas para dar una respuesta adecuada y coherente a dichos problemas. Conviene tener presente que el legislador constitucional fijó el principio de legalidad y no el de obligatoriedad como rector de la actividad funcional del Ministerio Fiscal, en la medida en que constituye el primer punto de referencia del sistema político. El abandono del principio de obligatoriedad –máxime si se produce en sede constitucional- debe considerarse en una modesta opinión como un acierto en cuanto recupera, en la medida en que el proceso penal lo permite, una cierta disponibilidad en el derecho de acción, implícita en su naturaleza sustancial: cuando la acción se convierte en obligación no puede denominarse acción en el sentido que se da a esta palabra en la teoría procesal. Así pues, el principio constitucional de legalidad en el ejercicio de la acción penal otorga al legislador un margen cierto desde el cual es posible consignar, normativamente, supuestos en los que puede dejar de ejercerse la acción aunque concurren todos los elementos que requiere el ilícito penal. Ahora bien debe tenerse en consideración que a la hora de comprobar el grado de inclinación del sistema político hacia el principio de oportunidad reglada, hay que volver la vista, al principio de intervención mínima, puesto en relación con el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, en entendiendo

como derecho y no como deber de castigar, y en relación también con el fin resocializador y no retributivo de la pena. No puede también con el fin resocializador y no retributivo de la pena. No puede enfocarse esta cuestión, como un intento de desvirtuar el derecho penal mediante el proceso en medida en que el proceso ha dejado de ser, exclusivamente, el medio mecánico de actuar el derecho penal para convertirse, él mismo, en un instrumento capaz de garantizar los valores de libertad, igualdad y justicia. Proceso y derecho penal material constituyen dos momentos complementarios en la actuación del valor justicia, un valor que quedaría seriamente trastocado si toda posibilidad de individualización queda reducida al catálogo de conductas y penas establecidas en el derecho penal material. A enriquecer este valor justicia se dedican las zonas de que actualmente funcionan en la justicia penal, al igual que las posibilidades de suspensión de condena e, incluso, la introducción del principio de oportunidad, que no hacen sino concretar ese interés social en el castigo definido abstractamente en el derecho penal. La compatibilidad entre la política criminal del Gobierno y el principio de oportunidad reglada, se comprenden en que las líneas de política criminal del Gobierno mismas que serán tanto o más necesarias con la introducción del principio de oportunidad reglada, sin que ello sin lugar a dudas posibilite que puedan descender desde el plano general y positivo al plano particular, y mucho menos, al negativo. Habrán de contenerse los principios generales interpretativos de los conceptos jurídicos indeterminados, a los cuales se sujetará el Ministerio Fiscal en función de los principios de unidad y dependencia; dicho planteamiento evita, de una parte, sustituir la decisión concreta del Ministerio Fiscal en un asunto determinado con las posibilidades de instrumentalización ya señaladas, y de otra garantiza que dicha interpretación no quede en manos del Ministerio Fiscal, sino que forme parte de la dirección política del Gobierno en cuanto sometido a responsabilidad y control político y jurídico.

### **Número Veintisiete**

La imparcialidad del Ministerio fiscal es una imparcialidad en el conflicto jurídico-procesal, donde precisamente la Administración se torna parcial, defendiendo con sus medios de representación y defiende sus propias posiciones. Como conclusión, la imparcialidad del Ministerio Fiscal ha de entenderse no como una condición natural de la institución porque, como se ha visto, tampoco la presencia del Ministerio Fiscal en el

proceso es en el proceso penal de España es del todo singular, sólo cuando el interés público debe ser protegido en nombre del conjunto de la comunidad y no en nombre del soberano y cuando se logra distinguir entre los intereses del estado-administración y los intereses del Estado comunidad, es cuando empieza a gestarse la idea de un Ministerio Público imparcial que garantice la objetividad en la defensa del interés público. Imparcialidad que se encuentra muy cuestionada actualmente en España. y muy asegurada en Guatemala.

#### **Número veintiocho:**

Concluyendo puede definirse al Ministerio Público de Guatemala como una institución constitucional auxiliar de la Administración Pública y los Tribunales con relaciones de coordinación con los mismos y que en el ejercicio de sus funciones goza de autonomía

#### **Numero veintinueve:**

En Guatemala existe mucho mayor garantía de actuación de los fiscales con respecto a sus superiores jerárquicos que en España, situación por la cual es recomendable un nuevo replanteamiento en este sentido para que en España exista más posibilidad de lograr un Ministerio Fiscal Más imparcial a la hora de determinar cual es el interés público en cada caso y cual es el interés de la administración pública en particular

#### **Número treinta.**

Después de estudiar el pasado del Ministerio Público de Guatemala como su presente es fácil darse cuenta que es una institución no tan compleja como la de España u otras países su constante ha sido la misma representar al Estado y el cumplimiento efectivo de las leyes y ejercer la acción penal. Cuando se estudian sus leyes y reglamentos se encuentran apegadas más a principios dedocráticos y participativos que en España, pero realmente la pregunta es ¿Por Qué motivo se siente en la práctica que es una institución ineficaz? Cuyo lugar en el marco del estado de derecho es tan importante y fundamental.

La respuesta es su falta de capacidad económica para cumplir con la misión que se le ha encomendado.

Es en este orden de ideas una institución pobre razón por la cual presta una función pobre sus logros son equivalentes a la capacidad económica que posee.

Por mucha buena voluntad que exista de quienes la dirigen si no existe recurso humano suficiente, si no existe suficiente equipo técnico de peritos y especialistas y varias unidades móviles de gabinetes criminalísticos, de nada sirve, el Ministerio Público en su investigación tiene que recolectar las evidencias necesarias para consolidar una efectiva investigación, y actualmente la prueba reina en el proceso penal es la de testigos, una prueba muy subjetiva, no existen pruebas irrefutables como las científicas toda vez porque el presupuesto no alcanza.

Razón por la cual debe de ser como política urgente de Estado ampliar el presupuesto del Ministerio Público. Por ende podrán resolverse los siguientes aspectos estructurales. Al ampliar el presupuesto del Ministerio público será imperativo ampliar el recurso humano para dirección de investigaciones criminalísticas y tecnificarla con instrumentos científicos modernos y adecuados, deberá crearse una escuela especializada para peritos, grafotécnicos, grafológicos, más peritos en dactiloscopia, en balística en fin todos los mecanismos adecuados para la efectiva dilucidación de los hechos, es indispensable crear un laboratorio de ADN para descifrar los rasgos genéticos de los posibles sospechosos, toda vez que actualmente no cuenta con esto nuestra institución. Deben contratarse más psiquiatras criminales, psicólogos criminales, trabajadores sociales todo un gabinete de especialistas adecuados. Es lamentable que no exista en Guatemala un Fiscal por cada municipio y que la persona tenga que caminar varios kilómetros para ir a denunciar hechos y pedir la intervención de las instituciones, toda vez que en su comunidad no existe. Si no existen suficientes fiscales en Guatemala en todo su territorio no puede decirse que exista una auténtica y plena administración de justicia, para todo el territorio de la República ni que se pueda decir que se cumple el derecho humano de acceso a la justicia, lastimosamente en Guatemala ha habido linchamientos a presuntos delincuentes, porque ha existido en las poblaciones del interior de la república una total desconfianza en sus instituciones así como un ineficaz funcionamiento de las mismas. Si existiera un Fiscal en Cada municipio podría administrarse una pronta y expedita

administración de justicia. Esto obligaría indudablemente a no contar con síndicos municipales que no pertenecen a la institución del Ministerio Público y que realizan funciones fuera del marco de sus legítimas facultades. Es importante insistir en que en la fase preparatoria es menester encomendarle la defensa de un sindicado a un abogado colegiado para que lo asista si en todo caso la persona no contara con uno el Estado le proporcionara uno de oficio. Es pues que es necesario para un la justicia la defensa técnica de oficio a favor de un imputado, la ley prohíbe que esta defensa se realice por una persona que no sea profesional, el derecho para que un imputado sea representado por un abogado profesional es inobjetable porque en todo caso vulneraría un derecho fundamental. Ahora bien insistimos no tiene el mismo derecho la sociedad en todo, de que sea representada en las audiencias preparatorias del proceso penal por un profesional. Bajo ningún punto de vista en este trabajo se pretende menoscabar la capacidad de estos funcionarios porque hay muchos en la práctica que desempeñan sus funciones con gran mérito, pero en otros casos la practica forense lo demuestra estos funcionarios no conocen mucho de investigación criminal, realizan peticiones ante los tribunales y discuten con Abogados Profesionales criterios de derecho en los cuales a estos les hace falta la acreditación profesional, Es acaso la falta de recursos económicos puede alegarse que ha facultado un empirismo en la acción del Ministerio Público. En todo caso es indispensable que por lo menos se acredite en un nivel universitario intermedio que deberían expedir las universidades del país como técnicos en investigación criminal y Derecho. Para que exista al menos un respaldo semiprofesional.

### **Número treinta y uno**

Como se ha estudiado los Síndicos municipales quienes representarán al Ministerio Público, recibe un comentario de aberración jurídica en el sentido que un Sindico Municipal es un funcionario del gobierno municipal, que nada absolutamente nada tiene que ver con la justicia, este funcionario no debe ostentar ninguna facultad para poder decidir sobre la abstención o no del ejercicio de la acción penal, por parte del Ministerio Público, parece triste y lamentable que en Guatemala se quiera subsanar los grandes problemas estructurales de justicia al tener muy poco presupuesto económico el Ministerio Público por ende tiene poco capital para construir fiscalías en todo el territorio de la

república de Guatemala El Ministerio público actual quiere con esto no violentar un principio fundamental de la jurisdicción como lo es el acceso a la justicia otorgándola facultades a personas que no tienen nada que ver con el proceso penal, es un error de dimensiones estrafalarias que devienen por ser inconstitucional en su más estricto sentido de la palabra. Es pues que un síndico municipal no tiene la facultad de representar al Ministerio Público ni de decidir la aplicación o no de un criterio de oportunidad, que discrecionalidad puede tener, y teniendo en consideración que en el mayor de los casos los síndicos municipales dentro del interior de Guatemala son neófitos del derecho, que en el mejor de los casos pueden hablar y escribir español y que gozan del sexto grado de escolaridad mínima.

Por lo que deviene imperativo ejercer las acciones correspondientes para que se establezca la inconstitucionalidad de la presente norma y buscar el mecanismo reparador de la inmensa mayoría de casos que se han tramitado de esta forma

Un Síndico según la experiencia es en el mejor de los casos una persona con educación mínima que no sabe absolutamente nada de principios de derecho ni de discrecionalidad para el ejercicio de la acción penal. Es totalmente como se consigno anteriormente neófita del derecho. Por lo que es una aberración jurídica que se le concedan a él facultades para poder decidir cuando ejercer o no la persecución penal en casos donde es factible el criterio de oportunidad. El técnicamente no debería estar facultado para decidir o analizar si conviene o no aplicar en determinado caso un criterio de oportunidad. El Síndico no es un funcionario del Ministerio Público, debe entenderse en su más estricto sentido que es un funcionario Municipal para el ejercicio del gobierno municipal sobre la base de la soberanía que le es implícita, no para cubrir las deficiencias de un Ministerio Fiscal pobre, inoperante y con bajo recurso que no puede debido a su poco personal cubrir en todo el territorio de la República la importante función que le ha sido encomendada.

### **Número treinta y dos:**

Es pues que no puede haber sombra o mudanza de duda cuando entre en conflicto los intereses públicos de la administración con los intereses públicos de la nación. El Ministerio Público no puede ser investigador y parte a la vez de los mismos hechos en donde el pueda tener responsabilidad o bien en los que exista causa posible de que su

actuación será deficiente por existir un lazo o vínculo con al un funcionario público, que pueda poner en peligro el principio de imparcialidad de su institución. Es pues que a la luz del flagelo que sufrió la institución en años recientes con respecto a la criminalidad gubernativa es importante recomendar : que una comisión integrada por cinco miembros de abogados honorables que puede ser compuesto por el Presidente del Colegio de Abogados y Notarios, El Presidente del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, El Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala y dos decanos de las facultades de Ciencias jurídicas y sociales del país cuyo criterio para pertenecer a esta comisión se base por la edad integrando la misma el de de mayor y menor edad respectivamente dentro del grupo de facultades que exista. Esta comisión puede en todo caso elegir a un Fiscal Especial en casos en que se vea involucrado el interés de la misma institución por existir alguna sombra de que la institución se encuentre en una condición no aconsejable para realizar su función con efectiva imparcialidad. En este caso el Fiscal o Fiscales especiales nombrados por la comisión pasarán automáticamente a ser parte de la institución y serán nombrados por el consejo del Ministerio Público teniendo los mismos derechos que los demás fiscales, estando sometidos en su ejercicio solo a la constitución y las leyes del país. Y Finaliza su misión al haber concluido la actividad para la cual fueron nombrados. La petición de que se nombre un Fiscal especial la puede solicitar cualquier persona o entidad de defensa de los derechos humanos debidamente fundamentada y razonada y la puede resolver el consejo del Ministerio Público. Si este resolviere en contra dará explicación razonada de la misma dentro del término que establece la ley y quien lo haya solicitado podrá ejercerse los recursos pertinentes judiciales pertinentes

### **Numero treinta y tres:**

El principio acusatorio exige desde los mandatos de contradicción, igualdad de armas, e imparcialidad del juzgador, encuentra un serio obstáculo en la figura del juez instructor español. Por lo que es imperativo para España un nuevo replanteamiento de su actual proceso penal. En donde exige según un criterio muy particular, prescindir de la actual fase de instrucción para sustituirla por una fase de investigación preliminar dirigida

por el Ministerio Fiscal bajo el control judicial y destinada a practicar los medios de investigación que permitan comprobar la fundamentación de la imputación y en su caso la concurrencia de los presupuestos necesarios para formular la acusación. No se trata de trasladar el principio acusatorio a la fase de instrucción, sino de construir un nuevo modelo, una nueva estructura del proceso penal inspirada en el principio acusatorio donde la base de investigación responda a su auténtica finalidad y donde las pruebas propuestas por las partes bajo los principios de contradicción e igualdad de armas se practiquen ante el Tribunal sentencia al igual que en Guatemala.

## BIBLIOGRAFIA

AYAGARRAGARAY “El Ministerio Público” 1926.

AGUILERA DE PAZ: “El Derecho Judicial Español” Reus, Madrid 1920. “Comentarios a la Ley de enjuiciamiento Criminal” Segunda edición Tomo I Reus Madrid 1923.

ALAMILLO “El Ministerio Fiscal español” Colex, Madrid 1990.

ALCALA ZAMORA “Estudios de teoría general e historia del proceso” México 1974. “Lo que debe ser el Ministerio Público “en Revista General de Legislación y Jurisprudencia” 1929. “Ministerio Público y Abogacía del Estado” En Boletín del Instituto de Derecho Comparado, México 1961.

ALCUBILLA “Códigos Antiguos de España” Madrid 1885.

ALONSO ROMERO: “El Proceso penal en Castilla” Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

ALMAGRO NOSETE “El derecho procesal en la nueva constitución” Revista de derecho procesal Iberoamericana número 4 Madrid octubre diciembre 1978. “Justicia Constitucional” Tirant lo Blanch Valencia 1989.

ALVARADO VELLOSO “El Debido proceso” Justicia y Sociedad, UNAM México 1994.

ALVAREZ CONDE “Algunas consideraciones sobre la posición constitucional del poder Judicial” en Poder Judicial Madrid 1983.

AMATO “Individuo e autorità enlla disciplina della libertà personale” Giuffre Milano 1976.

ANDREZ IBAÑEZ “El Ministerio Fiscal” en El Poder Judicial, Temas claves de la constitución española. Tecnos, Madrid 1986. “El Ministerio Fiscal entre Viejo y nuevo proceso” En la reforma del proceso penal, Tecnos Madrid 1990. “Entre política y derecho: el estatuto del actor público en el proceso penal en Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales” Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1995.

APARICIO: “El Ministerio Fiscal, su dimensión constitucional y sus relaciones con los distintos poderes del Estado” en Jornadas sobre el poder judicial en Europa. A.A.V.V Madrid 1989. “El Ministerio Fiscal en la Constitución” en el poder judicial, Dirección

general de lo contencioso Administrativo del Estado, instituto de Estudios fiscales, Madrid 1983.

ARMENTA “Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad Alemania y España” PPU Barcelona 1991.

ARROYO DE LAS HERAS “Manual de Derecho Penal” Aranzadi Pamplona 1986.

AUGER LIÑAN “Organización Judicial y el estatuto del Juez” Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1990. “Valores, principios y preceptos de la Constitución” en Vinculación del juez a la ley penal” cuadernos de Derecho judicial, junio 1995. “El principio de oportunidad reglada” en la reforma del proceso penal II, Madrid 1989.

AYA GOÑI BARRILERO “El Ministerio Fiscal” en Revista de derecho judicial” año Ii Número 5 enero y marzo de 1961.

BACHOF. “Jueces y Constitución” Civitas, Madrid 1985.

BACIGALUPO “La rigurosa aplicación de la ley” Cuadernos de Derecho Judicial Junio 1995.

BANDRES SANCHEZ CRUZAT “El Poder Judicial y la constitución” Bosch, Barcelona 1987.

BARTTELLINI “Il pubblico Ministero dallo statu liberale allo statu fascista significato d i un ordenamiento” en Natura e funzione del Publio Ministero, roma 1967.

BAYOD Y SERRAR “El Ministerio Fiscal como poder” en Tapia, Madrid 1987.

BECCARIA “De los delitos y las penas.” Alianza Editorial, Madrid 1995.

BEILING “Derecho procesal penal” Barcelona 1943.

BELTRAN BALLESTER “El Ministerio Fiscal en España: su organización y funcionamiento” Justicia y Sociedad UNAM. México 1994.

BERNAL VALLS “Algunas cuestiones sobre la intervención del Fiscal en los procesos sobre el estado civil” en Estudios jurídicos, ministerio fiscal. Volumen VI centro de estudios de la administración de justicia, Madrid 1997.

BLANCO VALDEZ “El Valor de la constitución,” Alianza universidad, Madrid 1994.

BOBBIO “Dalla struttura alla funzione, nuovi studi di teoria del diritto,” Editorial Comunita Milano 1977.

BORRACETTI “Archivzione indagni preliminari e obbligatorietà del rito penale” Questione giustizia, 1989.

BORTOLOTTO “Il Digesto italiano (voz Ministero Pubblico) Volumen XV Parte 2da, febrera 1903.

BENITO GARCIA, “La Conversión” Tesis de Grado, Guatemala. USAC. 2004.

BOROR DE LA ROSA “ La inaplicabilidad de la ayuda a la personas de escasos recursos por parte del Ministerio Público en Guatemala” Tesis de Grado, Guatemala USAC 2004.

BRACCACIO LONGO “La procuraduría General de la república ante la corte suprema de casación. Relaciones con los otros poderes del Estado” en jornadas sobre 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 Madrid 1989.

CABEZAUDO RODRIGUEZ “El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica” Comares, Granda 1996.

CALDERONE “Il pubblic ministero italiano presente y futuro inmediato” en Tribunales de justicia número 1, 1998.

CALVO SANCHEZ “Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal” en Justicia 1990 número 1. “La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la Ley orgánica 7/88 de 28 de diciembre” en la Ley XI número 2491 de 22 de mayo de 1994.

CAMPOS NAVAS “Reflexiones acerca de la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal en VIII Congreso de la unión progresista de fiscales “Pages Editors Lleida 1995.

CANOSA “La actividad de orientación política” Revista de estudios políticos número 67 1990.

CARMIGNANI “Cenni storico giuridici sul Pubblico ministero, annali di Giurisprudenza” 1841.

CARNELUTTI “Derecho procesal civil y penal” Clásicos del derecho. Editorial pedagógica iberoamericana, México 1994.

CARROCCA “El Ministerio Fiscal en la historia y en el derecho comparado” en Justicia 94.

CARRETERO PEREZ “El Modelo del Poder Judicial en la constitución.” En el Poder Judicial Dirección general de lo contencioso administrativo del Estado.

CASAS MORAL “Intervención del Ministerio Publico en los sumarios” en Revista General de legislación y jurisprudencia” 1857.

CASAVOLA “Profilo storico e comparatistico del Pubblico Ministero” Unione Magistrati italiani anno XVIII número 7 1977.

COBO DEL ROSAL “Principio de legalidad y Ministerio Fiscal” en Cuadernos de Política criminal número 2 1977

CONDE PUNPIDO FERREIRO “La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la constitución y en el nuevo estatuto orgánica” en el poder Judicial Dirección General de lo contencioso administrativo del Estado, instituto de estudios fiscales, Madrid 1983, “El Ministerio Fiscal en la constitución” en Revista de legislación y jurisprudencia número 6 junio de 1981. “El Principio de oportunidad reglada” su posible incorporación al sistema procesal español” en la Reforma del Proceso penal Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1989. “La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal” en jornadas sobre el Poder Judicial en Europa conferencia en Madrid de los presidentes Fiscales generales de los Tribunales supremos de los estados miembros de la comunidades Europeas Madrid 1989.

CONDE SALGADO “La fiscalía especial para la prevención y Represión de los delitos relativos al tráfico ilegal de drogas. La perspectiva periférica” en Estudios jurídicos, Madrid 1998.

CORDERO “procedura penale” 3ra edición Giuffrè Milano 1995.

CORONAS “Ilustración y Derecho”: Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII Ministerio Para las administraciones Públicas, Madrid 1992.

CORPUS IURIUS En edición económica Paris 1997. (Elaborada por un grupo de expertos bajo la dirección de DELMAS MARTY; dentro del proyecto “Espacio Judicial Europeo) impulsado por DE ANGELIS Comisión Europea Dirección General XX)

CONSTANT “Escritos Políticos” Centro de Estudios constitucionales, Madrid 1989.

COVIAN “El Ministerio Fiscal en la historia” en Memorial de la Fiscal del Tribunal Supremo, 1921.

CRISTINANI “Manuale del nuovo processo penale” Giappichelli editore, Torino 1991.

CRISTOFOLINI “Sulla posizione e sui poteri del Publicoministero nel prprocesso civile “en Revista del Dir proa civile 1930.

Cronica de la codificaciòn Española Volumen I y II Organización judicial, Ministerio de usticia, Comisiòn General de Codificaciòn Madrid 1970 y

CUSSAC “Algunas reflexiones sobre la futura instrucción a cargo del Ministerio Fiscal” en Revista de la Unión Progresista de Fiscales, Número 5 diciembre 1994.

DE CABO MARTIN “La crisis del Estado Social” PPU Barcelona 1986.

DE CUHIA RODRIGUEZ “La función de los asesores y jurídicos y el contencioso en el Estado de Portugal” Tomo I Madrid 1988.

DE LA OLIVA “El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal” en Tribunales de justicia número 1 enero 1997. “Jueces Imparciales, Fiscales “investigadores” y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal” PPU Barcelona 1988. “Dos cuestiones sobre el Estatuto del Ministerio Fiscal: Ascensos y nombramientos e independencia del Ministerio Público” En Revista de Derecho Procesal Penal número 3 1997.

DE LUCA “esercizio del azzione penale: principio di obligatoriera e acquisizione de lla notitia criminis” en Girusidizione Roma 1996.

DE MIGUEL “El Ministerio Fiscal Magistratura de Amparo” en Revista de Derecho Procesal 1954.

DELGADO BARRIO “El Principio de oportunidad en el proceso penal “en la reforma del proceso penal II congreso de Derecho procesal penal de Castilla y León Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia Madrid 1989.

DELMAS MARTY “El Proceso penal en Europa perspectivas en Poder Judicial 2da época marzo 1995.

DIAZ ELIAS “Estado de derecho y sociedad democrática 8 edición, Taurus Madrid 1992.

DIEZ PICAZO “El Poder Judicial Independencia del Ministerio Público” en el Derecho Público de Finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana, civitas, Madrid 1997. “Régimen constitucional del Poder Judicial” Civitas Madrid 1997, “La configuración jurídica política de la acusación pública en los Estados Unidos en Tribunales de justicia número 3 marzo 1997. “ La acusación Penal en Inglaterra” en Tribunales de justicia número 11 1997 “El Poder de Acusar” Ariel Derecho Barcelona 2000.

DUGUIT “La separación de Poderes y la Asamblea nacional de 1789” Centro de Estudios constitucionales Madrid 1996.

ESPARZA LEIBAR “Sobre el procedimiento de selección del personal jurisdiccional en los EE.UU.:" Poder Judicial Número 36. 1994 “El proceso debido” Colex, Madrid 2000

FAIREN “La situación actual del Ministerio Fiscal” en Revista de Derecho procesal Iberoamericana número 4 1970.

FERNANDEZ GARCIA “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho” en Sistema número 138. 1997.

FERRAJOLI “Derecho y Razòn” Trotta Madrid 1995.

FERRI “L'istituto del pubblico ministero nel attuale ordinamento giudiziario e nella costituzione della repubblica” en natura e finzioni del pubblico ministero lienamenti per una reforma Roma 1967.

FILANGIERE “Ciencia de la legislación” Volumen II de las leyes criminales Madrid 1822.

FLORES PEREZ “La analogía” en Vinculación del juez a la ley” Cuadernos de Derecho judicial Madrid 1995.

FLORES PRADA “El Ministerio Fiscal en España” Tirant lo blanch Valencia 1999.

FLORIAN “diritto processuale penale, Torino 1939.

GARCIA DE ENTERRIA “Curso de derecho administrativo” Civitas Madrid 1989. “revolución Francés, Derecho Público y Justicia administrativa” en el poder judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa, Centro de Estudios judiciales, publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1990. “Revolución Francesa y administración contemporánea”, Chivitas Madrid 1994.

GARCIA MORILLO “La democracia en España” Alianza editorial, Madrid 1996.

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

GIL ALBERT “El Ministerio Fiscal en la constitución” en el Poder Judicial volumen I Instituto de Estudios Fiscales, Dirección General de lo contencioso administrativo del Estado, Madrid 1983.

GIMENO “constitución y proceso” Tecnos Madrid 1988, “Fundamento de Derecho Procesal” Civitas, Madrid 1981. “El Nuevo proceso penal, estudios sobre la Ley orgánica

7/88 Tirant Lo Blanch, Valencia 1989. “La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español. “en Revista de Derecho procesal número 2 año 1992.

GOLDSCHMIT J. “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal” Barcelona 1935.

GOLDSCHMIT W “Imparcialidad como principio básico del proceso” en Revista de Derecho procesal número II 1950.

GOMEZ BENITOS “Seguridad jurídica y legalidad penal” en Vinculación del juez a la ley penal, cuadernos de derecho Judicial Junio 1995.

GOMEZ COLEMER “El proceso penal alemán, introducción y normas básicas Bosch Barcelona 1985. “El Fiscal instructor” en justicia 96 número II “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal” aspectos estructurales a la luz del derecho comparado en la reforma de la justicia penal publicaciones de Universidad Jaime I Castellón 1997.

GOMEZ DE LINAO “Sociedad y Ministerio Fiscal” Publicaciones de la institución Fernán González academia burguense de historia y Bellas Artes, Burgos 1976.

GOMEZ ESCOLAR “El Ministerio Fiscal instructor: la experiencia portuguesa” en Poder Judicial número 33 marzo 1994.

GOMEZ ORBANEJA “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal tomo II Bosch Barcelona 1951.

GONZALEZ CANO “El Principio de oportunidad reglada” en Reforma del proceso penal II congreso de derecho procesal de Castilla y León. Madrid 1989.

GONZALEZ CUELLAR GARCIA “El Ministerio Fiscal” en Documentación jurídica enero junio 1985.

GONZALEZ CUELLAR SERRANO “proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, Madrid 1990,

GONZALEZ MONTES “Instituciones de Derecho Procesal” Tecnos Madrid 1993.

GONZALEZ NAVARRO “El Estado social y democrático de Derecho, Eunsa Pamplona 1992.

GOSSEL “Ministerio Fiscal y policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho” en Cuadernos de Política criminal número 60 año 1996.

GRANADOS “El Ministerio Fiscal” (del presente al futuro) Tecnos Temas claves de la constitución española, Madrid 1989.

GRANATA “ Pozizione costituzionale e funzione giuridica del Pubblico Ministero en ARchivi Penale, Volumen III parte I, 1947.

GUTIERREZ ALVIZ ARMARIO “La justicia según la constitución portuguesa de 2 de abril de 1976.” En revista Iberoamericana de Derecho Procesal número 2 1976.

GUTIERREZ CARBONEL “El Fiscal Parlamentario” en Revista de la Unión Progresista de Fiscales número 5 diciembre de 1994.

HASSEMER “La persecución penal: legalidad y oportunidad” en jueces para la democracia número 4 1988.

HERRERO HERRERO “La justicia penal española en la crisis del poder absoluto” publicaciones de la Secretaria General del Ministerio de Justicia, Madrid 1989.

HERRERO TEJEDOR “Perspectivas del Ministerio Fiscal según los principios que informan el ordenamiento jurídico español” en Revista General de legislación y jurisprudencia año CXVI segunda época tomo LIV 1967.

HERRERO TEJEDOR ALGAR “El Ministerio Fiscal en los procesos judiciales de protección de los derechos fundamentales” en Revista del Ministerio Fiscal número 3 enero junio de 1996. “Derechos fundamentales y Ministerio Fiscal” En Estudios jurídicos Ministerio Fiscal Volumen VI centro de Estudios de la administración de justicia de Madrid 1997.

HERRERO Y RODRIGUEZ DE MIÑON “La constitución Española de 1978” Anuario de la Residencia de Estudiantes “Fernando de los Ríos” Publicaciones del B.O.E Madrid 1996.

HUET “Algunas observaciones sobre lo que ha sido desde su origen el Ministerio Fiscal” en Revista General de legislación y jurisprudencia” tomo XXXI 1867.

IBAÑEZ Y GARCIA DE VELASCO “Independencia y autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal” en Revista de Derecho Procesal primera época abril junio 1967.

IGLESIAS “Derecho Romano Historia e instituciones” Ariel Madrid 1993.

JANNACCONE “Il pubblico Ministero nel sistema costituzionale” en il Pubblico ministero nel ordinamento italiano Rassegna dei magistrati V congresso nazionale, unione magistrati Italiani, anno XVII num, 7-9 luglio setiembre 1977.

JAURALDE “El Ministerio Fiscal” en Poder Judicial número 1 diciembre de 1981.

JIMENEZ ASENJO “Organización judicial española” Madrid 1952.

JIMENEZ BLANCO “Relevancia constitucional del ministerio Fiscal” en El Poder Judicial, instituto de Estudios Fiscales, Dirección General de lo contencioso administrativo del Estado, Madrid 1983.

JIMENEZ VILLAREJO “El Ministerio Fiscal ante el interés social” en Ponencias y comunicaciones del segundo congreso de la Asociación de Fiscales Málaga 1983. “Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal” aportación al Libro Blanco del Ministerio Fiscal Barcelona 1995.

JIMENEZ VILLAREJO j. “El Ministerio Fiscal dentro del Poder Judicial”n en Poder Judicial número 3 Junio de 1982.

KRINGS “La fiscalía, su dimensión constitucional y sus relaciones con los distintos poderes del Estado”, en jornadas sobre 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 Volumen III Madrid 1989.

LANZAROTE “Algunas consideraciones en torno al Ministerio Fiscal y el Proceso penal” en Revista de Derecho Procesal número 2 1994.

LEONE “Manuale de Dirrito Processuale penale” Jovene Napoli 1988.

LEONES DANTAS “sistema de proceso penal en Europa, Portugal” Cedecs Barcelona 1998.

LIBRO BLANCO DEL MINISTERIO FISCAL Publicaciones del Ministerio de Justicia e interior Madrid 1996.

LEYES PLITICAS ESPAÑOLAS FUNDAMENTALES de 1808 a 1978 2da edición Recopilación y prólogo por Tierno Galván, Tecnos Madrid 1984.

LOPEZ AGUILAR “La justicia y sus problemas en la Constitución” en Tecnos Temas claves de la Constitución Española Madrid 1996.

LOPEZ LOPEZ A: “Estado Social y sujeto privado: una reflexión finisecular” en *Quaderni fiorentini* número 25 1996.

LOPEZ LOPEZ A.M. “Estructura Orgánica del ministerio Fiscal español” en XVI Congreso de la unión progresista de Fiscales, Sevilla 17 al 19 de octubre de 1996. “El Principio de dependencia jerárquica en el Ministerio Fiscal español” en *Actualidad penal* 1992. “El Ministerio Fiscal Español” *Colex*, Madrid 2001.

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

LORCA NAVARRETE “Es constitucional la figura del instructor acusador” *Actualidad jurídica Aranzadi* 15 de febrero de 1996 número 233.

LORENTE “Estatuto del Ministerio Fiscal” *Cuadernos de Documentación* número 4 Madrid 1980.

LUCAS VERDU “Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho” en *Acta salmanticensis* Tomo II número 2 Universidad de Salamanca 1955.

MAIA COSTA “El Ministerio Público en Portugal” en *Jueces para la democracia* número 21 1994.

MANZINI “Instituzioni di Dirrito Processuale penale” *Cedam Padova* 1929.

MAQUIAVELO “El Príncipe” *Espasa Calpe* Madrid 1994.

MARCHENA “El Ministerio Fiscal, su pasado y su futuro” *Marcial Pons* Madrid 1992. “El Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes” en la *Ley* 1996 “El Fiscal y la ley del Jurado” *Cuadernos de Derecho Judicial* Madrid 1996.

MARTIN GRANIZO: “El Ministerio fiscal en España” Separata de Documentación jurídica números 10 y 11 Madrid 1974.

MARTIN LOZAR “El Ministerio Fiscal de España” Valladolid 1985.

MARTIN PALLIN “El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales” en el Poder Judicial Volumen II, Dirección general de lo contencioso administrativo del Estado, Instituto de Estudios Fiscales Madrid 1983. “Conferencia pronuncia en las jornadas sobre administración de justicia en España organizadas por la universidad politécnica de Madrid el 25 de noviembre de 1997 nota sobre la intervención recogida por la Ley, diario de noticias 3 de diciembre de 1997.

MARTINEZ DALMAU “Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal” tiranto lo Blanch Valencia 1999.

MONTERO “Derecho jurisdiccional” Parte General Tirant lo Blanch Valencia 1997.

MONTESQUIEU “Del espíritu de las leyes” Tecnos, Madrid 1993.

MONACO “Pubblico Ministero ed Obbligatorieta del azione penale” Milano 2003.

MONTORO “El Ministerio Fiscal ante el Tribunal constitucional” en el Tribunal constitucional, Volumen III Dirección General de lo contencioso administrativo instituto de Estudios Fiscales Madrid 1981.

MORENO CATENA “Introducción al Derecho Procesal” Colex, Madrid 1997. “Prologo a la ley de enjuiciamiento criminal” Edición Tecnos Madrid 1995. “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal” Poder Judicial número especial II “ La justicia penal y su reforma” en Justicia 88 “Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal ye l derecho de defensa” en estudios jurídicos Ministerio Fiscal volumen VI, Centro de estudios de la Administración de Justicia Madrid 1997.

MUHM “Dependencia del ministerio fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana” en Jueces para la democracia número 22 año 1994.

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.

NIETO “La administración sirve como objetividad los intereses generales” en Estudios sobre la constitución española, Civitas Madrid 1991.

NOBILI “Accusa e Burcrazia En Pubblico Minsitero e accusa penale Giustizia penale Zanichelli Bolonga 1979.

NOORDHOECK “Sistema de proceso penal en Europa, Holanda” cedecs, Barcelona 1998. Pág. 197.

ORTIZ URCULO “El Ministerio Fiscal, sociedad y poderes públicos “en ponencia y conclusiones. VIII Congreso ordinario de la asociación de Fiscales, Sevilla 1992.

PAR USEN “El Juicio oral en el proceso penal” Editorial OeA Guatemala 2000.

PECES BARBA MARTINEZ “La constitución española de 1978 Un estudio de Derecho y Política Fernando Torres editor, Valencia 1984.

PELLECER BARRIENTOS “Curso de derecho procesal penal Guatemalteco” Editorial Llerena Guatemala 1999.

PEREZ GORDO “Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su estatuto Orgánico” Poder judicial Dirección general de lo contencioso administrativo del Estado, instituto de Estudios Fiscales Madrid 1983.

PEREZ LUÑO “Derechos Humanos, estado de derecho y constitución, Tecnos Madrid 1995. “Los derechos fundamentales” Tecnos Temas clave de la constitución española Madrid 1995.

POLO RODRIGUEZ “El Fiscal investigador e instructor” en Estudios jurídicos Ministerio Fiscal Volumen VI, Centro de Estudios de la Administración de justicia Madrid 1997.

PRIETO CASTRO “Derecho de Tribunales” Arazandi Pamplona 1986. “El Ministerio Fiscal en Europa” en cincuentenario del Estatuto del ministerio Fiscal organizado por la Real academia de legislación y jurisprudencia Madrid 1976.

QUINTERO OLIVARES “La independencia judicial y el principio acusatorio” en Revista de la Unión progresista de Fiscales número 5 diciembre 1994.

RAMONS MENDEZ “El proceso penal” Lectura constitucional Bosch Barcelona 1993.

RODRIGUEZ RAMOS “El Juez de instrucción es constitucional?” En actualidad jurídica Aranzadi número 261 septiembre de 1996.

ROSSEAU “Contrato Social” Espasa Calpe Madrid 1995.

RUBIO LLORENTE “La forma del poder” Centro de Estudios constitucionales de Madrid 1997. “El Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad” en El Poder Judicial Publicaciones del Ministerio de Justicia Madrid 1990.

RUIZ GUTIERREZ “Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Público en España” en Revista de Derecho Procesal, año VIII número 3, 1952.

RUIZ VALLIDO “Consideraciones sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal” en Revista de Derecho judicial año I número 2 1960. “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal” en Poder Judicial especial II “El Principio de oportunidad reglada” en la reforma del

proceso penal II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León, publicaciones del Ministerio de Justicia Madrid 1989.

SAINZ MORENO “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad” en Revista de Administración Pública número 108 diciembre 1985.

SALCEDO “El Consejo Real de Navarra en el siglo XVI” Navarra 1964.

SANCHEZ ARCILLA “Procurador Fiscal y promotor de la justicia” Revista de Derecho Procesal iberoamericana números 4 1979.

SANCHEZ GONZALEZ “Comentario introductoria al Titulo primero Constitución española de 1978” Editorial Revista de Derecho Privado Madrid 1984.

SANCHIS “La estructura orgánica del Ministerio Fiscal tras la LO 10/95” en Boletín de información del Ministerio de Justicia número 1764. “El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado” Comares, Granada 1995. “La estructura orgánica del Ministerio Fiscal tras la ley 10/95 en Boletín de información del Ministerio de justicia 1764

SERRA “Ministerio Fiscal” Nueva enciclopedia jurídica Seis Barcelona 1978.

SERRANO “Nueva organización del Ministerio Fiscal” en Revista General de legislación y jurisprudencia 1875.

SCHMITT “Teoría de la constitución” Saez Madrid 1934.

TOCQUEVILLE “La democracia en América” Alianza Madrid 1980.

TOMAS RAMON Y FERNANDEZ “Arbitrariedad y discrecionalidad” Civitas Madrid 1991.

TOMAS Y VALIENTE “Manual de Historia del Derecho Español” Tecnos Madrid 1995.  
“El derecho penal en la monarquía absoluta” Tecnos Madrid 1992. “De la administración de justicia al Poder Judicial” en El Poder Judicial en el bicentenario de la revolución francesa, Madrid 1990. “La tortura en España Estudios históricos, Ariel Barcelona 1996.

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

UNICAP Ministerio Público de Guatemala, Revista 2000.

VALERO ORTA “Diligencias de investigación y diligencias informativas” Centro de estudios de la administración de justicia Madrid 1997.

VELLANI “Il pubblico minuterio nel proceso” Facultad de derecho de la universidad de Modena Bologna 1970.

VILLALTA “Principios, Derechos y Garantías estructurales en el proceso penal” Editorial Estudiantil, Guatemala 2003.

VIVES “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal” en jornadas sobre la justicia penal en España publicadas en Poder judicial especial II.

XIOL RIOS “El poder judicial y su consejo General en el Estado social y Democrático de Derecho” Premios poder Judicial I 1990.