

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

Tesis para obtener el Grado de Licenciatura en Derecho

Tema:

**“Perfil del Ministerio Público a la luz de la comparación
entre los sistemas brasileño, español y costarricense”**

Estudiante:

Marilyn del Carmen Arias Vargas

Carné:

A50547

Dirigida por: Olga Marta Mena Pacheco

2013

Dedicatoria

A la memoria de mi querido abuelito, quien siempre vivirá en mi corazón.

A mis padres, mi hijito, mis sobrinitos y mis hermanos; porque todos ellos han estado conmigo de manera incondicional y me han inspirado para triunfar.

A mi gran amor.

A mi inolvidable amiga y compañera de universidad, por darme siempre apoyo y aliento en los momentos más difíciles, y por hacer más lindos los momentos felices.

Agradecimientos

A don Walter Antillón, por el apoyo, la paciencia, el tiempo y la sabiduría que ha puesto siempre a mi servicio. Porque sin su valiosísima ayuda, no hubiera sido posible lograr el éxito. Y por ser más que un excelente maestro, un amigo incondicional.

A mi directora de tesis, doña Olga Mena por la ayuda, comprensión y confianza que me ha brindado durante este proceso, lo cual ha sido imprescindible para culminarlo con éxito.

A don Martín Rodríguez, por prestarme su ayuda y darme parte de su valioso tiempo para terminar exitosamente esta decisiva etapa de mi vida

A mis queridas profesoras Tatiana Rodríguez y Gabriela Carranza, quienes forman parte indispensable de este trabajo, como miembros del Tribunal Examinador, y por estar dispuestas a ayudarme.

	iii
ÍNDICE.....	iii
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I: ORÍGENES DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	5
Sección I. En Francia.....	5
A) Surgimiento.....	5
B) Configuración Compleja en el Antiguo Régimen Francés.....	5
C) Papel del M.P en el proceso inquisitorio.....	6
D) Función Requirente del Estado en la Revolución Francesa. El Ordenamiento Napoleónico y su Influencia en los Siglos XIX y XX.....	7
CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	8
Sección I. La Crisis de Legitimidad del Ministerio Público Durante el Fascismo. La Reacción Democrática en las Constituciones Europeas de la Segunda Posguerra.....	8
Sección II. El Ministerio Público en América Latina, Antes y Después del Código de Procedimientos Penales de Córdoba.....	10
A) Antes del Código de Procedimientos Penales de Córdoba.....	10
B) Implicaciones de la reforma de Córdoba.....	13
Sección III. El Ministerio Público Entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Casos de Italia, Alemania, Argentina y Colombia.....	14
Sección IV. El Ministerio Público en el Sistema del Common Law.....	24
CAPÍTULO III: EL MINISTERIO PÚBLICO EN COSTA RICA.....	30
Sección I. Historia (Análisis de los cambios en los distintos códigos, así	

como en la Ley Orgánica el M.P).....	30
Sección II. Actualidad.....	40
A) Regulación constitucional del M.P.....	40
B) Independencia orgánica (interna y externa) y funcional del M.P.....	42
C) Política de cooperación del M.P con organismos represivos e investigativos, nacionales e internacionales.....	52
CAPÍTULO IV: COMPARACIÓN ENTRE DIVERSOS SISTEMAS DE M.P..	54
Sección I. Tres Sistemas Escogidos.....	54
A) Sistema Tradicional: El M.F en España.....	54
B) Sistema Innovador: El M.P en Brasil.....	60
C) Sistema Costarricense: Posición intermedia entre los dos sistemas.....	69
Sección II. La comparación permite apreciar las diferencias.....	71
A) Entre España y Brasil: Se resaltaría la precariedad del sistema español y la abundancia del sistema brasileño.....	71
B) Entre España y Costa Rica: Se resaltaría la escasez de funciones y la falta de independencia del Sistema Español, en comparación con el sistema costarricense.....	74
C) Entre Costa Rica y Brasil: Se resaltaría la diversidad de funciones del M.P Brasileño y el alto grado de independencia, en comparación con el sistema costarricense.....	75
CONCLUSIONES.....	78
RECOMENDACIONES.....	81
BIBLIOGRAFÍA.....	85
ANEXOS.....	89

Tabla de abreviaturas

DEA: Drug Enforcement Administration

M.F: Ministerio Fiscal

M.P: Ministerio Público

Resumen

Actualmente, resulta indispensable analizar la institución del Ministerio Público; pero debe valorarse por qué el estudio de dicha institución alcanza tan especial relevancia. Pues bien, resulta ser que el Ministerio Público no es una institución de escasa importancia; es, en definitiva, el órgano que tiene en sus manos la activación del aparato jurisdiccional. Se constituye como el órgano con el poder de determinar si de entrada, el proceso penal se va a dar en términos dispares para los involucrados, o bien, si se va a llevar a cabo con el más alto grado de transparencia, objetividad y desde luego igualdad; esto va a verse reflejado en sentencias judiciales justas o injustas, según se tome uno u otro de los caminos anteriormente mencionados. Es el órgano que realiza la investigación y se nutre de ella para tener los suficientes elementos de convicción y determinar si existió o no un hecho delictivo, a partir de lo cual, decide si es procedente ejercer la acción penal pública. Es el Ministerio Público quien puede hacerlo, no el juez, pues el juez analizará las pruebas que se extraen de la investigación realizada precisamente por el Ministerio Público y según lo que vea reflejado en esas pruebas, absolverá o condenará. El Ministerio Público, es la puerta de acceso a la justicia.

En la realización de la presente investigación acerca de la institución del Ministerio Público, la hipótesis sostenida fue, que el régimen del Ministerio Público vigente en Costa Rica, puede ser mejorado a partir de la elaboración de un nuevo perfil que se beneficie de la comparación con otros sistemas contemporáneos, como lo son el de España y el de Brasil.

Como objetivo general de esta investigación tuve elaborar un nuevo perfil del Ministerio Público, con base en el derecho penal, procesal y orgánico comparado entre España, Brasil y Costa Rica.

La metodología empleada para la realización de este trabajo, es en primer lugar sociológica, y se utiliza para determinar el funcionamiento real del Ministerio Público en cada uno de los sistemas comparados; en segundo lugar es dogmática-jurídica, y consiste en el análisis de lo que establece la Constitución Política de España, Brasil y Costa Rica, así como la doctrina acerca de las funciones y potestades que habría de tener el Ministerio Público dentro del proceso penal, como garante general de la

legalidad, la constitucionalidad y la protección de los derechos humanos; y en tercer lugar es comparativa, y se le aplica en relación con los sistemas jurídicos de España, Brasil y Costa Rica.

Producto de esta investigación se logró arribar a las siguientes conclusiones: a) El modelo de Ministerio Fiscal español es tradicionalista, limitado en el número y naturaleza de sus funciones, está sometido al Poder Ejecutivo, por tanto su objetividad es cuestionable; b) El modelo de Ministerio Público brasileño es innovador, amplio en el número y naturaleza de sus funciones, es independiente y autónomo respecto de todo poder estatal, por tanto se le puede considerar en muy alto grado objetivo e imparcial, y buen garante de los derechos humanos; c) El modelo de Ministerio Público costarricense se sitúa en una posición intermedia respecto de los dos sistemas anteriores, no es tan limitado como el modelo español, pero tampoco tan amplio como el sistema brasileño, y depende del Poder Judicial, por lo que no es totalmente objetivo, puesto que al carecer de autonomía, está expuesto a interferencias tanto internas como externas; d) El modelo español no es un buen parámetro de referencia para impulsar un cambio que beneficie a la institución del Ministerio Público costarricense, en contraposición, sí lo es el sistema brasileño; e) Al Ministerio Público de Costa Rica, se le garantizar constitucionalmente, la independencia tanto funcional como orgánica, eliminarle la jerarquía interna, y además asignarle funciones novedosas que trasciendan el ámbito de la justicia penal, con lo cual se convierta en un verdadero garante de los derechos humanos, y que haga honor a su carácter de “puerta de acceso a la justicia”.

Ficha Bibliográfica

Arias Vargas Marilyn del Carmen. *Perfil del Ministerio Público a la luz de la comparación entre los sistemas brasileño, español y costarricense*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2013. vii y 101.

Directora: Olga Marta Mena Pacheco.

Palabras claves: Ministerio Público, constitucionalización, principio de independencia.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación trata el tema del Ministerio Público; es un estudio de dicha institución analizada desde sus orígenes, pasando por su proceso evolutivo, hasta llegar a su estado actual. Específicamente el estudio se realiza sobre los aspectos de situación orgánica y funciones del Ministerio Público. A través del conocimiento de esos aspectos, es que se sabe cuál es el estado de avance o de rezago en que se encuentra dicha institución en nuestro País; pero para situarle en un estado u otro, es necesario hacer una comparación entre nuestro modelo y el de algunos otros países, con el fin de analizar las fortalezas y debilidades de cada modelo y, así determinar en cuales aspectos el Ministerio Público costarricense está actuando debidamente y en cuáles es necesario aplicar un cambio.

Para llevar a cabo tal comparación, se escoge finalmente el modelo español, el cual es muy tradicional, y el modelo brasileño, el cual es muy novedoso; situando a Costa Rica en una posición intermedia. De esta comparación se logra determinar cuál es el modelo que más conviene tomar como ejemplo, el cual va a dar una idea clara de qué es lo que se debe cambiar en Costa Rica para hacer del Ministerio Público un verdadero garante de justicia dentro de los procesos penales; y la manera en que se debe llevar a cabo dicho proceso de cambio para que tenga los resultados deseados.

Pero, por qué es tan importante analizar la institución del Ministerio Público? Resulta ser que el Ministerio Público no es una institución de escasa importancia; es, en definitiva, el órgano que tiene en sus manos la activación del aparato jurisdiccional, es nada más y nada menos que el órgano que tiene el poder de determinar si de entrada, el proceso penal se va a dar en términos dispares para los involucrados, o bien, si se va a llevar a cabo con el más alto grado de transparencia, objetividad y desde luego igualdad;

lo cual va a verse reflejado en sentencias judiciales justas o injustas, según se tome uno u otro de los caminos anteriormente mencionados. Es el órgano que realiza la investigación y que se nutre de ella para tener los suficientes elementos de convicción para determinar si existió o no un hecho delictivo y a partir de ello, decide si es procedente ejercer la acción penal pública; es el Ministerio Público quien puede hacerlo, no el juez, ya que el juez, va a analizar las pruebas que se extraen de la investigación realizada precisamente por el Ministerio Público; y según lo que vea reflejado en esas pruebas, va a absolver o condenar.

Pero si nos encontramos en un sistema democrático de derecho, desde luego lo que es deseable y más que eso, necesario, es que los procesos penales desemboquen en sentencias judiciales justas, pero que además garanticen, en general, el respeto de los derechos humanos de las partes involucradas, ya sea víctima, ya sea imputado; porque, en todo caso, tanto uno como el otro, son titulares de aquellos derechos.

Ahora bien, para lograr todo eso es evidente que existe la ineludible necesidad de que el Ministerio Público actúe de manera imparcial, con total independencia, es decir, sin interferencias ya sea de los poderes estatales o de los sectores política y económicamente dominantes; es indispensable garantizarle al Ministerio Público, el ejercicio independiente y objetivo de sus funciones y, para ellos es necesario entonces, que no se le vincule a ningún poder; lo cual sólo se puede lograr constitucionalizándolo, elevándolo al mismo rango de los Supremos Poderes, es decir, dándole completa independencia tanto en su aspecto orgánico como funcional.

Es indispensable que todas las personas tengan la misma posibilidad de ser procesados según el mérito de la causa, sin distinciones ni privilegios de ningún tipo. Pero además, que esas personas que llegan a ser sometidos a un proceso penal, tengan las mismas posibilidades de ejercer su defensa: en el caso de la víctima, defenderse de la

lesión causada a sus derechos; y en el caso del imputado, a ser representado en juicio por un defensor idóneo, y ver resguardados sus derechos, su dignidad y su integridad como ser humano.

Para la realización de la presente investigación tuve como **objetivo general**, elaborar un nuevo perfil del Ministerio Público, con base en el derecho penal, procesal y orgánico comparado entre España, Brasil y Costa Rica; y como **objetivos específicos**, tuve en primer lugar, adquirir una noción clara del desarrollo histórico del Ministerio Público; y en segundo lugar tuve, servirme de la comparación entre los sistemas normativos e institucionales de España, Brasil y Costa Rica.

La **hipótesis** sostenida en esta investigación fue, que el régimen del Ministerio Público vigente en Costa Rica, puede ser mejorado a partir de la elaboración de un nuevo perfil que se beneficie de la comparación con otros sistemas contemporáneos, como lo son el de España y el de Brasil.

Para llegar a la tesis que sostengo en este trabajo, opté por la utilización parcial del método desarrollado por los grandes maestros del Derecho Comparado; combinando elementos de la metodología de las ciencias sociales, con los correspondientes a la dogmática y a la comparación jurídica. Y digo utilización parcial, porque la escasez de recursos y la dificultad de acceder a las fuentes de información me impidieron, por ejemplo, comparar las jurisprudencias y las prácticas administrativas de los tres sistemas de derecho positivo utilizados en la comparación. De manera que el trabajo se ha limitado a la comparación entre las constituciones y las leyes orgánicas del M.P de cada uno de los respectivos Estados; y claro que, en tales circunstancias, los resultados estarán lejos de ser exhaustivos, quedando reducida su utilidad a la formulación de conclusiones que tienen mucho de conjetura.

Finalmente, debo indicar que decidí dividir mi investigación en cuatro capítulos.

El primero dedicado al estudio de los orígenes del Ministerio Público. El segundo capítulo, asignado al estudio de la evolución del Ministerio Público. El tercer capítulo estudia la institución del Ministerio Público en Costa Rica. El cuarto y último capítulo, fue denominado “Comparación entre diversos sistemas de Ministerio Público”, en el cual realizo el estudio y comparación de los sistemas de Ministerio Público español, brasileño y costarricense.

CAPÍTULO I

ORÍGENES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Sección I. En Francia

A) Surgimiento: La institución del Ministerio Público (en adelante M.P), tiene su origen en la Francia medieval; fue organizado mediante una Ordenanza de Felipe el Hermoso a inicios del siglo XIV (1302), al refundirse la figura del antiguo Procureur du Roi con la del Avocat du Roi. Esta institución tenía funciones investigativa y acusadora, entre otras; pero dichas funciones las realizaba en pro de los intereses de la Corona. El M.P en esa época, era el abogado de la Corona; por esta razón se trataba de un M.P que no ofrecía garantías procesales a los acusados dentro del proceso penal. Los procuradores fueron instituidos en los Tribunales permanentes, teniendo como tarea la defensa en juicio de los intereses económicos del Fisco, que se confunden con los intereses del Rey en los tiempos medievales; sin embargo, la abundancia de las penas pecuniarias y la participación que en ellos tenía el tesoro real, hicieron conveniente la colocación de un funcionario real para salvaguardar el interés fiscal, de manera tal que estos intereses económicos fueron adquiriendo un matiz público, perfilándose el delito como un ataque a la comunidad, creándose así conciencia del interés que representa su persecución.¹

B) Configuración Compleja en el Antiguo Régimen Francés: El M.P en el Antiguo Régimen francés tuvo una configuración compleja, la cual consistía en la realización de una serie de funciones que no permitía tener una visión clara y bien definida de lo que era el M.P. Dichas funciones eran principalmente de investigación y de acusación; que no se realizaban objetivamente ni de forma imparcial, puesto que el abogado de la Corona se ocupaba de proteger los intereses del monarca; entonces la investigación realizada era siempre con el claro objetivo de acumular elementos que llevaran a la condena del acusado.

¹Antillón Montealegre W., 2001; pág. 332

Los Procureurs du Roi y los Advocat du Roi, fueron por varios siglos los abogados del Rey y, como tales, cumplían diversas funciones administrativas junto a su papel de acusadores, propiamente en las causas penales en que la Corona tenía algún interés. Actuaban en representación de su regio cliente, por lo que se ocupaban de defender los intereses del monarca; que en esa época no eran los intereses de toda la comunidad, ya que durante la Edad Media predominaba la idea de que los reyes eran dueños de las tierras, edificios y muchos otros bienes que se encontraban en su reino; por lo que sólo intervenían en los procesos por delitos que perjudicaran los intereses reales.¹

Era entonces el M.P por un lado, órgano encargado de realizar la acusación; pero por otro lado, era representante del monarca y defendía los intereses de la Corona, fundamentalmente los políticos y los económicos. Se trataba de un acusador-parte, por lo que en la tramitación de los procesos, nunca iba a existir garantía de imparcialidad y objetividad que protegiera los intereses del pueblo; situación que le dio al soberano siempre, desde el inicio, la ventaja en cualquier proceso que emprendiera.

C) Papel del M.P en el proceso inquisitorio: ¿Cuál es el papel del Procurador del Rey (M.P) en el proceso inquisitorial? Primero tengo que decir que por influencia del Derecho Canónico, el proceso inquisitorio se instauró en Francia en el siglo XIII, en virtud de diversas disposiciones de la Corona dirigidas a implantar el procedimiento de oficio, tales como los “Establecimientos de San Luis” y la ordenanza de 1254, dirigida a la reforma de las costumbres en el Langedoc (región del centro sudeste de Francia). Posteriormente, en el siglo XIV las ordenanzas de Felipe el hermoso van completando los elementos del modelo inquisitorio. Ya en el siglo anterior, una ordenanza de 1254 establece la tortura, la cual, como procedimiento normal va a durar hasta el siglo XVIII, conformando junto con el secreto, la escritura, la prueba legal, el impulso oficioso, etc., el proceso inquisitorial francés en su plenitud.

¹ Antillón Montealegre W., *ibídem*; pág. 332

Un paso fundamental en la consolidación del proceso inquisitorial que no puede ser ignorado, es la promulgación de la Ordenanza Criminal de Luis XIV en 1670, en la que el papel del M.P como promotor y sostenedor de la acción penal y como parte del proceso, queda bien definido.¹

D) Función Requirente del Estado en la Revolución Francesa. El Ordenamiento Napoleónico y su Influencia en los Siglos XIX y XX:

El Antiguo Régimen, que aspiraba a mantener su modelo absolutista, presentaba un M.P puesto por completo al servicio de los intereses del monarca; no gozaba en lo absoluto de autonomía ni objetividad. Por el contrario, con la Revolución Francesa se plantea la idea de un M.P, independiente, objetivo, encargado de velar por los intereses revolucionarios, es decir, los intereses del pueblo. Era un M.P diseñado para realizar sus actuaciones sin interferencias ajenas, llamado a actuar con respeto y garantía de los derechos del ciudadano; era el M.P de esta época, el principal titular de la acción penal pública. Teóricamente era un modelo democrático de M.P, aunque duró poco.

Pasados unos años, y frustrados los ideales de la Revolución, con la asunción de Napoleón Bonaparte al Consulado y luego al Imperio (que trajo la unificación del gobierno y la centralización del poder en sus manos), comienza a funcionar un M.P que va a estar sometido a las órdenes y a la vigilancia estricta del Poder Ejecutivo, representado por el Ministro de Justicia, un modelo de M.P basado en una estructura de jerarquías. Napoleón va a tomar la figura del M.P y la adecúa a los intereses que naturalmente posee un soberano, los cuales consisten prioritariamente en conservar su poder y lograr en la mayor medida posible la unificación de su gobierno. Con lo cual, el M.P en época napoleónica, tampoco es un M.P imparcial y objetivo. Para la persona del imputado va a significar la no percepción de garantías realmente importantes que le protejan su dignidad humana y le permitan el acceso a la justicia. Este modelo napoleónico fue adoptado en el Siglo XIX por muchos países de Europa y América.

Después de la Revolución Francesa, se introducen cambios en la

¹Esmein. A., 1969; pág. 177 y siguientes.

estructura de la institución del Ministerio Público, desmembrándola en Comissaires du Roi, encargados de promover la acción penal, de la ejecución y la acusación, ésta última sostenida en debate; luego Napoleón a través de la Organización Imperial de 1808 y 1810 organizó jerárquicamente al Ministerio Público, bajo la dependencia del Poder Ejecutivo, modelo seguido por otros países europeos.

Fue precisamente a partir del siglo XIX y hasta mediados del siglo XX, en razón del crecimiento institucional del estado y de la fuerza expansiva de la codificación napoleónica, cuando el M.P alcanzó el punto más alto de su desarrollo institucional en casi todos los países de Europa y en muchos de América. Se le caracterizó al M.P como un cuerpo de funcionarios dependiente del Poder Ejecutivo, pero al que se le atribuía una relativa autonomía en sus funciones, que ostentaba en ese período la titularidad exclusiva (monopolio) de la acción penal pública; en el contexto de un proceso que seguía predominantemente el modelo mixto del Código de Instrucción Criminal de Napoleón Bonaparte.¹

En la historia europea del Siglo XX hay un episodio que tiene lugar concretamente en Italia, en donde se puede observar nítidamente la evolución del M.P desde las posiciones liberales de principio de dicho Siglo, el advenimiento del fascismo y la situación que se da a partir de la vigencia de la Constitución de 1948. Conviene examinarlo con cierto detalle.

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN DEL M.P

Sección I. La Crisis de Legitimidad del Ministerio Público Durante el Fascismo. La Reacción Democrática en las Constituciones Europeas de la Segunda Postguerra.

En Italia, el decreto N° 2626 del 6 de diciembre de 1865, presentaba al M.P bajo el control del Ministerio de Justicia, el cual interfería en sus funciones, bajo el argumento de que es función del Gobierno prevenir y reprimir el delito a través del M.P.

¹Antillón Montealegre W., *ibidem*; pág. 334

Como veremos, esto condujo a una persecución de los delitos subjetiva y parcializada.¹

El M.P ejercía sus funciones ante las Cortes de Casación y Apelación mediante Procuradores Generales; y ante los Tribunales Civiles y Correccionales, a través de los Procuradores del Rey. Tocaba a los Procuradores Generales vigilar el desempeño del resto de funcionarios del M.P.; y eran a su vez controlados por el Ministro de Justicia, encargado de los nombramientos de todos.

En la época fascista, el **Código de Procedimientos Penales de 1930**, va a fortalecer al M.P en tanto dependiente del Poder Ejecutivo para garantizar el cumplimiento de los ideales fascistas. El M.P adquiere una serie de potestades en un margen amplio de actuación: se le daba el poder de promover la instrucción sumaria sin intervención del juez; podía adelantar criterio y asumir funciones sustitutivas de las partes privadas y del juez instructor; y el Procurador General podía inclusive sustituir a los Procuradores del Rey en la instrucción preliminar.

Ya en la época republicana, a causa de los abusos generados con el modelo del M.P fascista, se adopta lo que se llamó “el modelo Italiano” (para contraponerlo al napoleónico); que separaba el ejercicio de la acción penal y la Administración de Justicia en general, de la influencia y las interferencias del poder político. El único control que conserva el Ministerio de Justicia sobre los magistrados en general, es la acción disciplinaria que puede interponer ante el Consejo Superior de la Magistratura.

Dentro de cada despacho del M.P, el Jefe tenía con respecto a los instructores de su despacho, la tarea de distribuir los asuntos entre los sustitutos y de reservar para él, el cumplimiento de actos de cualquier procedimiento asignado; también se le concede el poder de revocar la asignación y atender personalmente el asunto, o confiarlo a otro sustituto si lo considera necesario y pertinente.

A partir de la Segunda Postguerra, los poderes del M.P fueron limitados de diferentes maneras; pero después de 1974, la Legislación de Emergencia le da un

¹Scaparone M. 1988; pág. 1

margen de posibilidades más reducido al M.P, con lo cual se va a ver aún más limitado en su ámbito de acción.¹

Sección II. El Ministerio Público en América Latina, Antes y Después del Código de Procedimientos Penales de Córdoba

A) Antes del Código de Procedimientos Penales de Córdoba: América Latina ha venido sufriendo desde hace muchos años, un importante proceso de reforma que ha generado interés por la cuestión del M.P. En varios países se implementó una serie de modificaciones, pero con resultados negativos, porque no consiguieron que funcionara eficazmente. En opinión del profesor Alberto Binder, existe una descomunal incongruencia entre la producción de leyes reguladoras por un lado, y el análisis y discusión de los problemas tanto teóricos como empíricos en torno al fundamento del M.P, por otro. Es que el tema del M.P no se discute porque es altamente político: las cúpulas políticas necesitan dominar al M.P, para garantizar su impunidad.²

Y es por eso que el M.P latinoamericano es una institución anquilosada, lo cual le impide tener su propio perfil político. A pesar de ello, se ha venido generando la expectativa de que el M.P sea el instrumento para superar la crisis judicial; y de ahí que se haya implementado ciertas reformas legales y se sigan creando más, para tratar de realizar un cambio y lograr su reestructuración. Pero se entiende perfectamente que dicho cambio es muy difícil, dados los intereses en juego; de modo que primero que todo se impone analizar esa problemática de manera suficiente y desde luego, en todos sus aspectos, a fin de que nadie se engañe: que la gente sepa cuál debe ser el papel del M.P en la democracia, y conozca las razones por las que esto no es deseable para la clase política. Por eso, insisto, es necesario conocer la evolución de esta institución, para entender por qué hoy día arrastra una serie de deficiencias y limitaciones que le impiden cumplir dentro del proceso penal sus funciones de manera más objetiva; a pesar

¹Scaparone M., *ibídem*; pág. 5

²Binder A., 2009; pág. 1

de ser el M.P la puerta de acceso a la justicia.

El M.P, surge en una época donde imperaba el sistema inquisitivo, fue precisamente una reforma del proceso penal del siglo XIX, que vino a suavizar dicho sistema; mediante la incorporación de algunos elementos propios del sistema acusatorio, tal es el caso de la incorporación del juicio oral y público y en algunos casos un sistema de jurados. Pero se trata sólo de algunas reformas, puesto que la médula del sistema inquisitivo, quedó intacta al mantenerse la instrucción judicial y el juez inquisidor, conservándose así uno de los modelos autoritarios de política criminal más tenaz; basado en consideraciones morales y religiosas que aún están presentes en la visión judicial.

Así pues, al existir ese anclaje a un modelo inquisitivo de justicia penal, o al menos a gran cantidad de elementos de dicho modelo, el M.P, pieza sumamente importante en el desarrollo de los procesos penales, va a actuar con un sin fin de interferencias y de indicaciones de acatamiento obligatorio dadas desde el Poder Ejecutivo, que van a marcar el desarrollo de sus actuaciones; por lo que el ejercicio de las funciones del M.P se da con evidente parcialización y dependencia. El M.P no se ha desarrollado como una institución fuerte y bien definida, de roles claramente delimitados; sino que carga con una serie de contradicciones y que es precisamente lo que hace que no actúe con claridad ni de manera acertada para conseguir procesos penales justos. De tal manera, el M.P continuará teniendo serios conflictos en lo que atañe al ejercicio de sus funciones, su posición institucional, su organización y su tarea en el proceso; produciendo debates que sin haberse resuelto el problema principal, el cual viene a ser el poder penal del Estado, sólo van a dar soluciones provisionales de acuerdo con las convicciones políticas que posea el legislador dentro de un sistema realmente caótico. Pero, si nos ponemos a pensar en que el problema principal es el poder penal del Estado y la persecución penal pública, el problema del M. P no encontrará solución en la perspectiva histórica nuestra. Pero si el problema no se constituye en la abolición de dicho poder penal estatal, sino en quitar ese modo

inquisitivo de ejercer el poder penal del Estado, la solución del problema del M. P es muy posible.¹

Ahora bien, se debe tener en cuenta que al análisis del M.P (igual con todas las instituciones) no puede separársele de su evolución político-cultural, ya que de suceder eso, no se le estaría analizando sobre bases reales, no se podría precisar el origen de sus deficiencias; por lo que sería imposible determinar las soluciones adecuadas y necesarias para una correcta redefinición del M.P (en todos sus aspectos). Se estaría más bien, ante un fortalecimiento de sus defectos y sus carencias. Pero es necesario recordar que el contexto político-cultural, en el caso del M.P, es ese modelo inquisitivo al cual se ha encontrado anclado (en mayor o menor medida a través del tiempo); el cual sentó sus bases y le ha marcado su proceso de desarrollo y lo presenta hoy día tal y cual es.

Entonces es posible ver como un M.P, sometido a un sistema autoritario, inflexible y guardián de los intereses gubernamentales, es siempre una institución limitada, inducida, sin visión ni definición propia y desde luego fuertemente coaccionada; es por ello un M.P que no cumple funciones propias, y desde luego no actuará con imparcialidad ni objetividad; principios por los cuales se rige (teóricamente). Pero además, contribuye a sentar las bases para que la actuación de los jueces se haga también de manera parcializada. Dicha contaminación se da a través de la instrucción jurisdiccional.

La inactividad y la no realización de funciones propias por parte del M.P, no ha sido un problema de negligencia de las sucesivas generaciones de fiscales. Esta falta de funcionamiento se debe a que en la práctica latinoamericana no se ha salido de la cultura básica del sistema inquisitivo. Y actualmente se sigue arrastrando con una ideología represiva, que contamina en gran medida el espíritu y naturaleza del M.P, además de pervertir el ejercicio de sus funciones, para lo cual actúa con una notoria parcialización y subjetividad. Por lo que parece ser que hasta tanto no se deje en el olvido esa ideología represiva, producto de una cultura inquisitiva con la cual se carga

¹Binder A., *ibídem*; pág. 2

desde hace muchos siglos, no se podrá salir de la crisis que sufre tanto el M.P como todo el sistema de administración de Justicia.

B) Implicaciones de la reforma de Córdoba: La legislación procesal penal de América Latina siguió en general los modelos inquisitorios españoles vigentes antes de 1882.

Eso fue así también en Argentina, donde los códigos procesales no tienen carácter nacional sino provincial. Sin embargo, ya en el siglo XX la doctrina procesal argentina inició una serie de críticas contra la legislación vigente, abogando por su modernización; y dentro de esa corriente se inscribe la iniciativa de los profesores de la Universidad de Córdoba Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler. Estos, usando como modelo el flamante Código Rocco de Italia, redactaron un proyecto que fue aprobado por la Cámara Legislativa Provincial para convertirse en 1939 en el Código de Procedimientos Penales de la provincia de Córdoba. El proceso ordinario diseñado en dicho código se compone de una etapa escrita llamada “instrucción”, dirigida por un juez instructor, y una segunda etapa oral y pública llamada juicio. En este proceso se le otorga importantes facultades al M.P, que es el encargado, terminada la instrucción, de ejercer la acción penal pública que dará inicio a la etapa de juicio; y en esta última, el fiscal tiene una activa participación procesal como acusador, estando legitimado para interponer el recurso de casación.¹

La reforma de Córdoba tuvo mucho éxito en la celeridad de los procedimientos y la transparencia del proceso; y causó una gran impresión entre los estudiosos y los operadores procesales de las otras provincias argentinas y en otros países, siendo pronto imitada.

Entre los países que se inspiran en el modelo de Córdoba está la propia Costa Rica. En la década de los 50, el presidente de la Sala Penal, don Máximo Acosta visitó la Argentina y regresó con la iniciativa de que adoptáramos el modelo de Córdoba en nuestra legislación; diez años después, la magistrada Dora Guzmán retomó dicha iniciativa e invitó al profesor cordobés Martínez Vaz, a impartir un ciclo de

¹ Mier J., 1989; pág.193.

conferencias sobre la codificación del proceso penal; y la culminación de estos esfuerzos fue que la comisión redactora de la Corte invitó al profesor Alfredo Velez Mariconde (padre de la reforma de Córdoba) para que la asesorara. Así las cosas, en poco tiempo, Vélez dejó listo un anteproyecto de ley que fue básicamente nuestro código de procedimientos penales de 1975.¹

En este código, repito, las funciones del M.P son notablemente ampliadas, lo cual fue decisivo para que mediante la ley N° 5377 del 19 de octubre de 1973, se separara el M.P de la Procuraduría General y se constituyera en un cuerpo adscrito al Poder Judicial.

Sección III. El Ministerio Público Entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Casos de Italia, Alemania, Argentina y Colombia

A través de la historia, al M.P se le ha otorgado diferente naturaleza, unas veces figura como órgano independiente de los poderes estatales; pero mayoritariamente se debate la cuestión de si se debe insertar en el Poder Ejecutivo o en el Poder Judicial. Con el fin de conocer cuál de estas posturas resulta más beneficiosa, es necesario realizar el análisis de las experiencias vividas en algunos países; con el fin de determinar defectos y bondades que permitan definir la postura más conveniente para ser tomada como referencia. Al efecto, véase los casos de Italia, Alemania, Argentina y Colombia.

En el caso de **Italia**, el M.F se encuentra integrado en el Poder Judicial, mediante una carrera única con destinos intercambiables (magistrados que pueden ser en un período fiscales y en otro jueces). En la actividad de esta institución se impone la obligatoriedad de la acción penal sobre el principio de oportunidad; esto para evitar que la discrecionalidad pueda llegar a permitir actuaciones antojadizas y carentes de objetividad. Además cabe resaltar que el M.F es independiente tanto en su aspecto funcional como orgánico, respecto del Poder Ejecutivo. Está integrado en el Consejo Superior de la Magistratura, el cual es un órgano de gobierno de composición mixta

¹ Entrevista a Walter Antillón Montealegre. Fecha: Miércoles 5 de diciembre de 2012. Hora: 11 a.m.

(formado por 20 magistrados elegidos por jueces y fiscales y 10 integrantes más, nombrados por el Parlamento); dicho órgano ejerce vigilancia sobre la actividad de los magistrados, tanto requirentes como juzgadores y además posee poder disciplinario sobre ellos en caso de que sus funciones no sean realizadas con total imparcialidad y objetividad. El M.F italiano es el titular de la investigación preliminar, de la cual se obtiene una serie de resultados que deben ser analizados por un juez, para que este decida en la fase contradictoria el archivo o la apertura del juicio oral.¹

Nótese entonces que en Italia, opera un modelo de M.F que se mantiene desvinculado del Poder Ejecutivo y por ello libre de presiones que le puedan hacer obedecer a los intereses gubernamentales. Al ser el M.F independiente, se garantiza el ejercicio de sus funciones (investigativa y acusadora) de manera objetiva e imparcial, convirtiéndose en un buen garante de los derechos de los ciudadanos. Además cabe resaltar que la figura del Consejo Superior de la Magistratura cumple una función muy importante en Italia, ya que a través de este órgano se vigila para que los magistrados ejerzan correctamente sus funciones; se trata de un órgano totalmente independiente respecto de cualquier poder; y al tener (en estas condiciones) en sus manos los nombramientos y el poder disciplinario sobre los magistrados, garantiza imparcialidad y transparencia.

En el caso de **Alemania**, se dice que el modelo de M.P es un modelo con muchas carencias, y más que eso, está fuertemente influenciado por el Gobierno, al ser órgano del Poder Ejecutivo, casi se podría decir que es un modelo drásticamente condicionado y conducido por las fuerzas políticas. Se habla de que los fiscales se muestran incapaces para ejercer la acción penal frente a personajes muy poderosos en el mundo político, y por qué no, en el económico; culminando con una actitud inerte o el archivo ante muchos de los casos de los cuales debe ocuparse. El modelo de M.P alemán, se caracteriza por la fuerte dependencia jerárquica de los fiscales respecto del

¹Compte Massach T., 1994; pág. 30.

Ministro de Justicia (Poder Ejecutivo). El problema del M.P alemán, es de dimensiones gigantescas, pues se arrastra desde hace mucho tiempo ya, sin buscarle una solución satisfactoria; más bien cada día se afianza más esa dependencia de dicho órgano respecto del Gobierno y se puede hablar de que en gran medida lo que sucede es que se legitiman los contubernios entre el Gobierno y el M.P.

Los miembros de la Asamblea Constituyente alemana, a pesar de la experiencia vivida por el uso arbitrario del sistema judicial por parte de la dictadura nacional socialista, jamás se preocuparon por sancionar constitucionalmente la independencia personal del Fiscal General y tampoco la independencia institucional del M.P. Tampoco prevé la Ley Fundamental alemana la existencia de un órgano de autogestión de la magistratura, equiparable al Consejo Superior de la Magistratura. Es evidente que el vacío constitucional en materia de M.P, ha influido fuertemente en toda su legislación, además de que ha configurado un modelo retrógrado y autoritario; que ha venido además a dar un status poco importante al M.P y un papel muy limitado y servil a los fiscales.¹

Ahora bien, es indispensable hablar del tema de la naturaleza jurídica del M.P, al cual lo definen como un órgano de administración y tutela de la justicia *sui generis*, que forma parte del Poder Ejecutivo; el cual tiene un estatuto rígidamente jerárquico, por el cual se establece que cada fiscal está sujeto al poder de dirección e instrucción genérico y específico de su superior jerárquico, que puede ser bien, el fiscal jefe de la propia fiscalía, el fiscal general ante el Tribunal de Apelación, o en fin, el Ministro de Justicia del Land. Cabe resaltar que el superior jerárquico, posee en cualquier momento de la investigación, poder de avocación; o sea que puede hacerse cargo de la misma, sustituyendo al fiscal encargado. También entre los problemas que posee el M.P alemán, se encuentra que contra las decisiones del superior jerárquico no existe tutela judicial.²

¹Muhm R., 1994; pág. 94

²Muhm R., *ibídem*; pág. 95

Finalmente, resulta alarmante, la situación de que en Alemania, la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal por parte del M.P, se ha visto cubierta por numerosas excepciones, con lo cual existe un peligro inminente de que el M.P archive indulgentemente los asuntos en que se vean involucrados personajes del ámbito político; por lo que la objetividad en la actividad del M.P se ve indiscutiblemente trasgredida.

En el caso de **Argentina**, el M.P es un órgano constitucional de dos cabezas constituido por el M.P Fiscal, dirigido por el Procurador General de la Nación y encargado de la acción de los fiscales; y el M.P de la Defensa dirigido por el Defensor General de la Nación y encargado de la acción de los defensores oficiales o públicos. Los fiscales son los encargados de defender los intereses públicos en los procesos judiciales, instando la acción pública; mientras que los defensores públicos se encargan de proteger los derechos de las personas perseguidas por los tribunales del país o que, por alguna circunstancia no pueden ejercer su defensa, como en el caso de los menores, incapaces o afectados por discriminaciones.¹

El M.P argentino, es entonces el órgano acusador del Estado. Es el representante de la sociedad, monopoliza el ejercicio de la acción penal en nombre del Estado. Se le considera como la parte acusadora de carácter público, a la cual el Estado le encarga la función de exigir la realización de la pretensión punitiva y de su resarcimiento dentro del proceso penal. Cabe mencionar que el M.P, en representación de la sociedad, no persigue ningún interés propio ni ajeno, sino que simplemente realiza la voluntad de la ley. Además, como acusador público, resulta imprescindible para que exista proceso penal, lo que le otorga carácter forzoso, imparcial, de buena fe y privilegiado.

El M.P argentino, es un órgano independiente con respecto del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, con autonomía funcional y financiera. Ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura. Posee una organización jerárquica la cual exige que cada miembro del

¹Ley del Ministerio Público de Argentina. **Ley N° 24.946. Artículos 25- 51, inciso e)- 54.**

M.P controle el desempeño de los inferiores y de sus asistentes.¹

La ley del M.P argentino, es clara en señalar la independencia de dicho órgano respecto del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial; pero a pesar de esto, en su artículo 5, establece que el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación serán designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes. Lo anterior, se opone a lo expuesto en párrafos anteriores, que desvincula al M.P completamente del Poder Ejecutivo y le garantiza total independencia; ya que al residir en manos de dicho poder una decisión de tal trascendencia, como lo es la designación de los procuradores, podría eventualmente conducir o predeterminar las actuaciones del M.P, para orientarlas hacia la satisfacción de los intereses gubernamentales.²

Ahora bien, si se tiene en cuenta la manera en que se ha administrado justicia en Argentina, resulta evidente que existe un grave peligro en torno a ese poder de designación que posee el Poder Ejecutivo; lo anterior en razón de que el sistema de administración de justicia siempre ha estado ligado a las oscilaciones de la contingencia política y sometida a los poderes fácticos, por lo que el funcionamiento del M.P y del aparato de administración de justicia, va a estar obligado a desempeñar sumisamente sus funciones en cada período político, según los intereses antojadizos de quien ostenta el poder.

Al respecto de esa inestabilidad que ha sufrido el aparato de justicia argentino, cabe mencionar que desde 1930 y después de cada interrupción de facto de la legalidad democrática, ningún gobierno constitucional ha abordado de manera correcta y mucho menos ha solucionado los problemas que existen en el modo de administrar justicia; un modo parcializado, para nada objetivo, al cual desde luego, va a obedecer el desempeño de las funciones del M.P. Tampoco en el gobierno de Alfonsín a partir de diciembre de 1983, hubo solución; en este período, la falta de objetividad se ve reflejada sobre todo

¹Ley del Ministerio Público de Argentina. **Ley N° 24.946. Artículo 1.**

²Ley del Ministerio Público de Argentina. **Ley N° 24.946. Artículo 5.**

en el hecho de que para ser juez (igualmente pasa con los integrantes del M.P), sólo es necesario ser abogado, haber ejercido la profesión por una cierta cantidad de años y ser nombrado por el presidente de la Nación con aprobación del Senado, o sea que no existe carrera judicial; a pesar de ello, decide llamar a aquellos magistrados que ya habían sido nombrados anteriormente, pero el problema radicó precisamente en que esos magistrados fungieron en períodos en que se instauró el poder político militar, y el ejercicio de su funciones se dio bajo nombramientos realizados al margen de la Constitución en períodos de facto. Desde luego, el ejercicio de las funciones en esos períodos no se dio de manera independiente y guardó silencio ante muchas atrocidades cometidas en esos lapsos de dictadura militar; por ello se esperó que los magistrados que fungieron en esos períodos, no fueran confirmados en períodos democráticos, pero lo cierto es que tal confirmación sí se dio, con lo cual se siguió arrastrando con los vestigios de los regímenes militares y desde luego sumergidos en una falta de independencia en las actuaciones tanto de magistrados juzgadores, como de miembros del M.P.¹

Esta ha sido la cultura en la que se ha desarrollado la administración de justicia y desde luego la institución del M.P; por lo que potestades como la que tiene el Poder Ejecutivo de designación sobre el M.P, puede garantizar la preservación de un sistema contrario a la Constitución y al respeto y protección de los derechos humanos.

En el caso de **Colombia**, el M.P fue concebido y creado como unidad gubernamental bajo el imperativo de la Constitución Política Nacional del 29 de abril 1830; compuesto por varios organismos de control, los cuales son la Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y las Personerías Municipales. No existe propiamente un ente llamado M.P, pero dichas entidades le dan vida a lo que equivale a esa institución.

¹Bergalli R., 1999; pág. 156

En el caso de la Procuraduría General de Colombia, la Constitución Política del año 1991 va a regularle y a darle una serie de funciones correspondientes a la institución del M.P, que se amparan en las estipulaciones de los artículos que van desde el 275 hasta el 284.

Las normas constitucionales, anteriormente indicadas, estipulan en relación con dicho órgano, lo siguiente: el **artículo 275**, señala que el Procurador General de la Nación es el supremo director del M.P. El **artículo 276**, establece que el Procurador General de la Nación es elegido por el Senado, para un período de cuatro años, de una terna compuesta por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. El **artículo 277**, señala que el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tiene las funciones de vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos; proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo; defender los intereses de la sociedad; defender los intereses colectivos, especialmente el ambiente; velar por el eficiente ejercicio de las funciones administrativas; ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de funcionarios públicos; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley; intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales; rendir anualmente informe de su gestión al Congreso; exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria; establece además que para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría, tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias. El **artículo 278**, establece que el Procurador General de la Nación, tiene como funciones directas desvincular del cargo previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en las faltas de infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley, derivar evidente e indebido provecho patrimonial en

el ejercicio de su cargo o de sus funciones, obstaculizar en forma grave las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo. Otras funciones directas que le son otorgadas son emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial; presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia; exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes; rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad; nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia. El **artículo 279**, señala que la ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, regulará lo atinente al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo. El **artículo 280**, establece que los agentes del Ministerio Público tienen las mismas calidades, categorías, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo. El **artículo 281**, señala que el Defensor del Pueblo forma parte del Ministerio Público y ejercerá sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Es elegido por la Cámara de Representantes para un período de cuatro años de terna elaborada por el Presidente de la República. El **artículo 282**, establece que el Defensor del Pueblo debe tener que velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual tiene que ejercer las funciones de orientación e instrucción a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado; divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza; invocar el derecho de Habeas

Corpus e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados; organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley; interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia; presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia; rendir informes al Congreso sobre el cumplimiento de sus funciones. El **artículo 283**, señala que la ley determinará lo relativo a la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo. El **artículo 284**, establece que salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley, el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo pueden requerir de las autoridades las informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérseles reserva alguna.¹

Lo anterior constituye, a grandes rasgos, la organización y el desempeño de las funciones propias del M.P colombiano. Cabe indicar que, el número y naturaleza de las funciones del M.P es bastante amplio; dicha institución se desempeña en diversas áreas, tales como protección del patrimonio público, eficiencia en la prestación de servicios públicos, protección de los derechos humanos, el ambiente, entre otros. No se trata de un M.P que se limita a la investigación y el ejercicio de la acción penal; así pareciera ser que se constituye en un buen garante de los derechos de los ciudadanos, según se desprende de la lectura del texto constitucional. Ahora bien, en la práctica, no lo es con exactitud; por eso es indispensable conocer un poco acerca de cómo se ha desempeñado dicha institución, así como también todo el aparato de administración de justicia, en los diferentes contextos políticos. Lo anterior, para saber el grado de independencia y objetividad con que el sistema de justicia colombiano, así como sus órganos equivalentes a la institución del M.P ha actuado y continúan actuando.

Es a partir de ese análisis, y de los conocimientos adquiridos a través de él, que se podrá determinar si el M.P colombiano es un modelo digno de tomar en consideración como parámetro de actuación, por el M.P costarricense.

¹Constitución Política de Colombia de 1991. Artículos 275 al 284.

Ahora bien, precisamente con el fin de conocer cómo ha actuado el M.P colombiano a través de su evolución histórico-política, cabe mencionar, que un nuevo orden constitucional impuesto por la reforma a la Carta Magna en el año 1957, va a tener como fundamento la paridad bipartidista en los cargos públicos; con lo cual, el partido liberal y el partido conservador, van a apoderarse de las nominaciones para esos cargos y así van a faltar representantes de otros sectores sociales. Ahora bien, cabe indicar que la actividad jurisdiccional, no es alcanzada por esa distribución de los cargos, según la pertenencia a uno u otro partido político; pero si debe para obtener cierto status en la administración de justicia, identificarse con uno de los dos partidos históricamente dominantes.¹

Esa separación de los miembros de la rama jurisdiccional que existe al menos en cierto grado en relación con los sectores económica y políticamente dominantes, además de la autonomía de los órganos jurisdiccionales respecto del Congreso y del Gobierno a la hora de nombrar sus funcionarios, se han constituido en factores determinantes para la toma de ciertas actitudes independentistas en la lucha por parte de la rama jurisdiccional, contra la concentración de poder en manos del Poder Ejecutivo. Pero a pesar de la importante lucha emprendida por parte de la rama jurisdiccional, se ha dado un proceso desnaturalizante de la administración de justicia como instancia de control social. Prueba de eso, lo constituye la introducción en el ordenamiento constitucional colombiano entre 1979-1980, de ciertas medidas tendientes a transformar la fisonomía de la rama jurisdiccional; de tal manera, se permite una verdadera usurpación de las funciones propias de dicha rama.²

Además, la sustitución en el juzgamiento de ciudadanos civiles por la justicia penal militar, en virtud del uso y abuso del estado de sitio como excepción al estado de derecho, ha hecho que se prolongue la radical confrontación existente, desde hace tanto tiempo ya, entre grupos guerrilleros, que operan en Colombia, con las fuerzas militares

¹Bergali R., *ibídem*; pág. 157

²Bergali R., *ibídem*; pág. 160

y policiales; lo anterior mediante detenciones-desapariciones, torturas a retenidos, fusilamientos ilegales, entre otros.

Todas esas usurpaciones a las funciones de la rama jurisdiccional colombiana, han creado un modo en la realización de sus funciones, que no garantiza una actuación independiente y objetiva por parte de los juzgadores, ni los miembros del M.P. Se puede decir, que se legitima la violación de los derechos humanos y se deja en desamparo a los ciudadanos, sin poder tener un debido proceso que desemboque en la protección y realización de sus derechos y el alcance de una verdadera justicia.

Posteriormente, la toma del Palacio de Justicia en 1985, causó la muerte de varios magistrados de la Corte Suprema por obra del ejército colombiano; lo cual forma un clima de fuerte descontento de muchos sectores de la población que denuncian al gobierno y a las fuerzas armadas y exigen garantía para los derechos humanos fundamentales: la vida, la integridad, la libertad, el trabajo, la vivienda, etc.; es en ese ambiente que en 1990 se convoca a la elección de una Asamblea Constituyente que promulga una nueva constitución en 1991. En esta constitución sale notablemente reforzado el Poder Judicial, se crea una Corte Constitucional y se fortalece el M.P en un amplio capítulo titulado “De la Fiscalía General de la Nación” en el que se consagra su rango e independencia.¹

Sección IV. El M. P en el Sistema del Common Law

Con el propósito de hacer un contraste con los sistemas nacionales expuestos hasta ahora, todos provenientes de Europa Continental y América Latina, voy a exponer en esta sección un ejemplo tomado del sistema de Common Law; y particularmente de Inglaterra y Gales.

La organización de los órganos de acusación de Inglaterra y Gales, es género único en el mundo. En Europa Continental, el M.P, es el único legitimado para perseguir los delitos; monopoliza la acusación y está sometido al poder estricto de

¹Palacios M. y Safford F., 2002; pág. 654

ejercitar la acción penal. Pero en el particular sistema inglés esto no existe; pues se le encarga esa tarea a varios órganos. Generalmente la policía es la que se ocupa de todo los actos de investigación y de acusación; excepto en algunos casos que resultan ser muy importantes y muy difíciles, los cuales son asumidos por los “Law Officers of the Crown”, cuyas figuras dominantes son el “Attorney General” y el “Director of Public Prosecutions”, y realizan todos los actos propios del ejercicio de la acción penal.¹

En el caso del “Director of Public Prosecutions”, cumple la importante función de órgano consultivo para órganos de acusación y da una dirección unitaria a la función penal; sin embargo sus atribuciones acusadoras son muy escasas pues prioritariamente se ocupa de ello los cuerpos de policía. Pero cabe indicar que este importante órgano está sometido jerárquicamente al máximo órgano acusador, el “Attorney General”. Además el poder de ejercicio de la acción penal, está en manos de los ciudadanos, órganos administrativos y asociaciones. Entonces la función acusadora si bien es prioritariamente labor de la policía, no se limita a un solo órgano; sino que está en manos de diversos órganos, con lo cual se denota que la función acusadora no está representada por una determinada figura y que no existe un órgano en el sistema inglés, que pudiéramos decir, es el equivalente al Fiscal General de nuestro sistema. Ahora bien, con respecto a estos órganos que se encargan de llevar a cabo el ejercicio de la acción penal en el sistema del Common Law, es necesario hablar de un tema fundamental, el cual es el grado de independencia de que gozan los órganos de acusación dentro de este sistema. Tanto en Inglaterra como en Escocia, los órganos acusadores son independientes de los poderes del Estado, y junto con la aplicación de un amplio principio de oportunidad, caracterizan fuertemente al sistema del Common

¹Huber B., 1984; pág. 1

Law; aunque cabe indicar que este aspecto tan importante no se encuentra definido por principios legislativos, en razón de que no existe constitución escrita ni en Inglaterra ni en Escocia, que lo estipule claramente, sino que se desprende de la observación de la realidad o de manera genérica de algunas leyes parlamentarias.¹

Lo anterior indica que la independencia con la cual actúan los órganos de acusación del Common Law, no se ordena por así decirlo, por una disposición de rango constitucional, sino que es la convicción de quienes llevan a cabo esta función, y la práctica reiterada en este sentido, lo que hace prioritariamente, que los órganos acusadores actúen con una amplísima discrecionalidad (Derecho Consuetudinario).

Entre los órganos de acusación, el de más alto rango es el “Attorney General”, quien tiene rango de ministro; es miembro del gobierno y su consultor jurídico; pero no es parte de su gabinete. Tiene además como acusador, la importante misión de representar a la Corona en procesos penales por delitos de alta traición, políticos y constitucionales; y con una nota relevante que es su poder de veto, o sea, que puede pedir el archivo de cualquier proceso penal siempre que no sea sumario. Tiene el “Attorney General” un poder discrecional, libre e independiente, para decidir cuales delitos persigue; sin embargo, en delitos de carácter político pide ser aconsejado por los ministros del gobierno. En el caso del “Director of Public Prosecutions”, este tiene un importante rango, pero está subordinado al “Attorney General”, y actúa bajo la dirección de este para sostener o tramitar procesos penales; no está sujeto a influencias políticas, excepto a las que sean emanadas del “Attorney General”. Cabe mencionar que el “Director of Public Prosecutions” también actúa con independencia con respecto de los demás órganos acusadores; pero se diferencia del “Attorney General” porque no posee ese rango ministerial, ni tampoco posee poder de veto. Pero no se puede dejar de considerar uno de los más altos órganos acusadores. Por su parte, la policía tampoco tiene previsto en la ley su grado de independencia, pero su evolución histórica como

¹Huber B., *ibídem*; pág. 3

“Local Police”, hace ver que es independiente del Poder Ejecutivo en sus tareas penales; no se encuentra sometido al Ministerio del Interior, y sólo se le puede responsabilizar ante la ley. El “Chief Constable”, jefe regional de policía, solo debe dar un informe anual sobre la actividad desarrollada; debe fijar los criterios generales de la política criminal y decide acerca del ejercicio de la acción penal.¹

Es evidente entonces, que en este sistema del Common Law no es necesario que los órganos de acusación tengan establecida su independencia; ya que en la práctica ha sido así y jamás se somete al Poder Ejecutivo ni a los demás órganos acusadores en la realización de sus funciones, o sea, actúan con criterio propio, y se mantienen muy alejados de las influencias políticas.

Otro aspecto importante de considerar en el tema de los órganos de acusación, es su posición profesional. Específicamente en lo que refiere a la policía, es necesario distinguir entre la decisión de ejercer la acción penal y sustentar la acusación en el debate de Justicia. En casos leves, tanto el ejercicio de la acción como las tareas de acusación, eran ejecutados por policías de rango inferior, o sea un mero agente sin formación jurídica superior. Por su parte, en los casos más graves, la acusación la sustenta siempre un procurador legal de la policía o abogados litigantes. Y ya en procedimientos formales ante las “Crown Courts” la sustenta un procurador legal o “Barrister”, encargado por la policía o por el “Director of Public Prosecutions” (que es un jurista experto, al igual que el “Attorney General”); pero de todas maneras el ejercicio de la acción penal siempre queda a discreción del funcionario policial.²

Nótese entonces, que el ejercicio de la acción penal, que generalmente está a cargo de la policía, según sea el nivel de importancia o de dificultad del asunto por procesar, se tendrá a cargo de un funcionario de más alto rango, tal es el caso del “Director of Public Prosecutions”; y por supuesto con una sólida formación académica, que le dé las condiciones necesarias para asumir el caso con el dominio que requiere.

¹ Huber B., *ibídem*; pág. 4

² Huber B., *ibídem*; pág. 5

Siguiendo con los órganos de acusación, es necesario analizar la posición que adoptan estos, con respecto a las instituciones que ejercen funciones ministeriales de justicia. Lo más importante que se debe indicar con respecto a la función ministerial de justicia, es que curiosamente, no existe en Gran Bretaña la figura del Ministro de Justicia; y al igual que con la función acusadora, las que en otros países corresponden a dicho ministerio son asignadas a diferentes órganos; tales como el llamado “Lord Chancellor”, los “Law Officers” de la Corona, y el Ministro del Interior. No existe una ley que regule la posición de los órganos acusadores, frente a estos otros órganos; todo se basa en la práctica adoptada consuetudinariamente, que define las atribuciones y la posición de cada uno. El “Lord Chancellor”, es la cabeza del sistema de justicia británico. Nombra a los jueces y empleados de las Cortes, es miembro del Gobierno y portavoz de la Cámara Alta; está totalmente desvinculado de los órganos acusadores.

Entonces, cabe resaltar que entre los dos más altos órganos acusadores, el “Attorney General” y el “Director of Public Prosecutions”, existen muchos elementos en común, inclusive se dice que están al mismo nivel; pero en realidad, estos se da en cuanto a la naturaleza de sus funciones, porque en el caso del “Attorney General”, su rango ministerial le da supremacía, y su poder de veto también. Entonces a pesar de que en el sistema británico, no existe esa jerarquización que si existe en nuestro sistema; siempre se da ciertos elementos que van a diferenciar a los órganos que se encargan de la función acusadora, del ejercicio de la acción penal.

Ahora bien, en lo que refiere a la figura del Ministro del Interior, viene a ser propiamente, el encargado de las funciones que son las propias del Ministro de Justicia en otros estados de Gran Bretaña. Se encarga básicamente de asesorar a la Corona en los asuntos de gracia, de la organización burocrática, el funcionamiento práctico de los órganos de justicia penal, centros penales; realiza además, reformas de derecho procesal penal y derecho penal., sistema sancionatorio, derecho penitenciario. El Ministro del Interior, nombra al “Director of Public of Prosecutions”. Además, en lo que respecta a la Policía en su posición frente al Ministro del Interior, cabe indicar que al jefe de la

Metropolitan Police, lo nombre la Corona, con base en la designación del Ministro del Interior. El ministro controla a la Metropolitan Police organizativamente y responde por las actuaciones de esta, ante el Parlamento; aunque no puede inmiscuirse en el ejercicio de la acción penal que ejerce la Metropolitan Police. Con respecto a la policía local, esta puede nombrar al jefe de la unidad de policía, el “Chief Constable”, con sólo la aprobación del Ministro del Interior, el cual puede influir sobre la dirección, la organización burocrática y el funcionamiento de la unidad de policía, limitarle los recursos financieros y exigir informes a los jefes de las unidades.¹

Finalmente, está el asunto de la posición que adoptan los órganos de acusación frente al poder legislativo, y es que la relación de los órganos de acusación con el Parlamento, se dan a través del “Attorney General” en lo que se refiere al ejercicio de la acción penal; y en lo relacionado con cuestiones organizativas y burocráticas. El “Attorney General, miembro del Poder Ejecutivo por ser un supremo “Law Officer of the Crown” responde frente a la cámara de comunes por sus decisiones discrecionales; también debe hacerse políticamente responsable por las actividades que realiza el “Director of Public Prosecutions”; o sea, que luego de un proceso penal concluido, debe estar presto a informar de inmediato al Parlamento.²

Es posible ver como el sistema del Common Law, le da a sus órganos acusadores la mayor independencia posible, con lo cual dichos órganos logran actuar de manera objetiva; ya que no están sujetos a ningún poder estatal. Y resulta sumamente interesante, que dicha independencia concedida a los órganos acusadores no se otorga mediante ley alguna, sino que es producto de la tradición formada y alimentada por la ideología imperante en los países que componen dicho sistema.

¹ Huber B., *ibídem*; pág. 5

² Huber B., *ibídem*; pág. 6

CAPÍTULO III

El M.P EN COSTA RICA

Sección I. Historia: (Análisis de los cambios en los distintos códigos, así como la ley orgánica del M.P)

En Costa Rica, el M.P ha sido una institución que ha sufrido cambios muy importantes, como consecuencia de la instauración de nuevos sistemas de administración de justicia a través del tiempo; esto se ha podido apreciar por medio de los diferentes códigos de procedimientos penales, así como la Ley Orgánica del M.P; viendo como cada vez, al M.P se le va otorgando un papel más activo dentro del proceso penal y conquistando ámbitos de acción que antes eran acaparados por la figura del juez. A continuación se verán las leyes que han regulado a dicha institución.

Por remisión del Pacto Social Fundamental de 1821 (Pacto de Concordia) y ante la ausencia de normativa propia dada la insipiente del Estado costarricense, esta Carta inicial dispone la aplicación de las leyes españolas; entre ellas: La Ley Orgánica de Audiencias y Juzgados de Primera Instancia del 9 de octubre de 1812. En este documento se establecía el número de Fiscales y Promotores que cada Tribunal debía tener.¹

Posteriormente, en el Código General del año 1841 (Código de Carrillo) se puede observar el proceso inquisitorio puro en el que el juez asume todos los papeles, inclusive el de defensor. Una característica relevante de este proceso es el papel poco significativo del promotor fiscal, que no ostenta la titularidad de la acción penal y se limita a actuar cuando el juez lo requiere, en el cierre de las etapas principales del proceso: sobre la prueba, sobre la sentencia, sobre la apelación, etc. La práctica era que cuando el juez iniciaba un proceso de oficio, entonces el fiscal presentaba una acusación que generalmente era un breve escrito fundado en la prueba recogida por el juez. Esa práctica duró hasta la derogatoria del código de 1910.²

¹ Sitio oficial del M.P de Costa Rica. Fecha de acceso: martes 6 de noviembre de 2012

² Entrevista a Walter Antillón Montealegre. Fecha: Miércoles 5 de diciembre de 2012. Hora: 11:0 a.m.

A partir del año 1887, en el que se derogan la parte civil y procesal civil del código de Carrillo y se promulgan nuevos códigos en dichas materias, también se habla en ese año de la necesidad de sustituir la parte del procedimiento penal por otra más moderna; y poco tiempo después se encarga de esa tarea al joven abogado don José Astúa Aguilar, quien también elaboraría el proyecto para un nuevo código penal.¹

En ese mismo año, el 27 de diciembre, se crea la primera Ley Orgánica del M.P; la cual fue reformada luego por una ley del 14 de junio de 1895. Establece la siguiente composición del M.P: Promotor Fiscal, Fiscal de Corte, Agentes Fiscales, Procuradores Fiscales, Fiscales Específicos. Excepto el Fiscal de Corte que era nombrado en instancias judiciales; los demás fiscales los nombraba el Poder Ejecutivo. También establece las siguientes funciones del Promotor Fiscal: ser jefe del M.P, representar judicialmente a la Hacienda Pública, con poder para delegarla en los Agentes Fiscales, representar los intereses públicos en todo negocio contencioso administrativo, funciones asignadas por Ley ante el Supremo Tribunal de Justicia; representar ante el Supremo Tribunal a las Corporaciones Municipales, de Instrucción Pública y de beneficencia, cuando no se tenga representación propia y sea para ello requerido. Por su parte para los Agentes Fiscales establece: promover el juzgamiento de los delitos públicos que se cometan en su provincia, representar la vindicta pública en las causas que se sigan ante los tribunales de su residencia, representa ante el Supremo Tribunal a las Corporaciones Municipales, de Instrucción Pública y de beneficencia, cuando sean para ello requeridos; representa judicialmente a la Hacienda Pública cuando le ha sido delegada por el promotor, las funciones que la ley le señale. Para el fiscal de Corte estableció; representar la vindicta pública ante el Supremo Tribunal de Justicia. Para el Procurador Fiscal establece: donde no hay Agente Fiscal se nombrará un procurador para cada caso concreto por la autoridad judicial. Sobre los Fiscales específicos: según las leyes y el nombramiento hecho.²

¹ Entrevista a Walter Antillón Montealegre. Fecha: Miércoles 5 de diciembre de 2012. Hora: 11:0 a.m.

²Sitio oficial del M.P de Costa Rica. Fecha de acceso: martes 6 de noviembre de 2012

Como anteriormente indiqué, vino luego la reforma del 14 de junio de 1895, la Ley N° 35, Ley Orgánica del M.P. Establece la siguiente composición: Promotor Fiscal, Sub- Promotor Fiscal, Fiscal de Corte, Agentes Fiscales, donde haya juez de Primera Instancia; Procuradores Fiscales, Fiscales Específicos. Establece además, que el nombramiento y remoción de los funcionarios del M.P corresponde a la Secretaría de Justicia. Por su parte, las funciones de cada uno son básicamente las mismas asignadas en la ley anterior, excepto por el Sub- Promotor fiscal; para el cual estableció lo siguiente: representa a la Hacienda Pública en denuncias de tierras y minas; adquisición de porciones de milla marítima; ventas voluntarias y demás negocios administrativos con tramitación judicial; calificar las garantías de excarcelación; cobrar multas en causas por contrabando; representar la Hacienda Pública con autorización de la Secretaría en las escrituras de los funcionarios de justicia, notarios y empleados de Hacienda; suplir al Promotor fiscal en sus ausencias. Por su parte, para el Fiscal de Corte estableció lo siguiente: representa al Ministerio Público en todas las causas criminales ante las Salas de la Corte Suprema de Justicia; representa a las Corporaciones Municipales; representa ante el Supremo Tribunal a las Corporaciones Municipales, de Instrucción Pública y de beneficencia, cuando sean para ello requeridos. En el caso del Agente Fiscal son básicamente las mismas funciones, pero ahora también deben residir en el lugar donde esté el juzgado de primera instancia.¹

Posteriormente, en el año 1898 Astúa presenta oficialmente sus proyectos, pero los acontecimientos políticos de ese tiempo impidieron que los mismos se convirtieran en leyes. Por esa razón, no es sino hasta 1906, en la administración de don Ricardo Jiménez, cuando el proyecto procesal de Astúa se convierte en el Código de Procedimientos Penales de Costa Rica, que entra en vigencia en 1910.²

El Código de Procedimientos Penales del año 1910, surgió en un sistema inquisitorial. Mencionaba al M.P, que aunque era un poco menos limitado que el M.P

¹ Sitio oficial del M.P de Costa Rica. Fecha de acceso: martes 6 de noviembre de 2012

² Entrevista a Walter Antillón Montealegre. Fecha: Miércoles 5 de diciembre de 2012. Hora: 11 a.m.

del Código de Carrillo, siempre se trataba de una figura muy débil, casi invisible; y es que había una cuestión fundamental, que el juez podía iniciar de oficio los actos procesales en sustitución del ejercicio de la acción penal; o sea, el juez era quien tenía la titularidad de la acción penal, era un juez que podía iniciar el proceso de oficio, o sea, no necesitaba que nadie le instara para iniciar un proceso penal, era un juez inquisitorial.¹

El procedimiento de oficio, era regulado en el Código de Procedimientos Penales de 1910; establecía que, siempre que por impresión personal, por avisos confidenciales, pública voz o por otro conducto cualquiera, llegara a conocimiento del Juez la realización de un hecho punible de los que daban lugar a la acción pública, mandaba sin más trámite a instruir sumaria de oficio.²

Además el M.P no era en ese tiempo, un órgano del Poder Judicial, como hoy se le conoce; sino que las funciones del M.P eran en ese tiempo, parte de las atribuciones de la Procuraduría General de la República, y era una figura, se podría decir casi innecesaria, ya que en la mayoría de los casos quien intervenía era el Procurador y al M.P se le veía aparecer sólo en los casos y del modo en que ella se lo indicara. Otro problema que se daba en torno a la figura del M.P, era que al carecer de importancia, los fiscales asignados por los procuradores eran muy pocos; con lo cual a pesar de su limitada importancia, los fiscales se veían recargados, pues habían cientos de juicios a cargo de un solo funcionario, por lo que además la figura del fiscal resultaba aún más inútil, puesto que nada más se designaba, se hacía presente en el proceso mediante un documento que acreditaba su intervención, señalaba a la Procuraduría para recibir las notificaciones; a eso se limitaba su participación dentro del proceso penal, puesto que no intervenía en ninguno de los actos que lo componían. Así pues, se nota que el M.P era una figura que apenas se mencionaba, era simbólico y que en teoría, debía cumplir alguna función, pero que en la realidad resultaba enérgicamente limitado, tanto así que

¹ Entrevista a Walter Antillón Montealegre. Fecha: Miércoles 5 de diciembre de 2012. Hora: 11 a.m.

² Código de Procedimientos Penales de Costa Rica.1910.Artículo 171.

resultaba inútil e innecesario para el desarrollo del proceso ya que casi se puede decir, no se le veía desarrollar función alguna; y era el juez, quien estaba autorizado legalmente para acusar, defender, juzgar, condenar o absolver, según que se le antojara.

Luego, se crea la Ley Orgánica del M.P del 1° de diciembre de 1928, establece la siguiente composición del Ministerio Público: un Jefe, dos Promotores Fiscales, un Fiscal de Corte, Agentes Fiscales; Procuradores Fiscales, Fiscales Específicos. Dispuso que cualquier solicitud de los miembros del M.P al Poder Ejecutivo deba ser canalizada por conducto de su Jefe. Además declara incompatible los cargos entre sí; y se introducen las siguientes prohibiciones: dirigir los supremos poderes, otros funcionarios públicos, o corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos; solo podían emitir el voto en las elecciones nacionales. Esta ley fue mucho más exhaustiva en las funciones y deberes de los Fiscales e inclusive estableció un régimen disciplinario.¹

Posteriormente, la Junta Fundadora de la Segunda República (que fue el gobierno de facto que tuvo Costa Rica del 8 de mayo 1948 al 8 de noviembre de 1949, con ocasión del derrocamiento del presidente constitucional Teodoro Picado Michalski, por parte de un grupo de revolucionarios encabezados por José Figueres Ferrer), dispone que en tanto se crea la Ley de la Procuraduría General de la República debe emitirse un decreto (N° 39) que la crea temporalmente adscrita al Ministerio de Justicia; las competencias del M.P son delegadas en ella y se define a este último como un órgano consultivo y directivo de los asuntos jurídicos. Luego, mediante el decreto N° 40, se cambia el nombre de Jefe del M.P por el de Procurador General, tanto en materia civil como en materia penal. Años más tarde, la Ley 3848 del 10 de enero de 1967, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, establece las competencias del M.P: intervenir en los procesos de acción pública, promover y vigilar el juzgamiento de los mismos.²

¹Sitio oficial del M.P de Costa Rica. Fecha de acceso: martes 6 de noviembre de 2012

²Sitio oficial del M.P de Costa Rica. Fecha de acceso: martes 6 de noviembre de 2012

Posteriormente se crea la Ley N° 5377 del 19 de octubre de 1973, la cual promulga el Código de Procedimientos Penales. Se separó al M.P de la Procuraduría General de la República y se le traslada al Poder Judicial. Este Código fue aprobado por la Asamblea Legislativa a los 8 días del mes de octubre de 1973. El ejecútese y publíquese por el Presidente de la República fue dado a los 19 días del mes de octubre de 1973.

Ya en el año 1975 se da un cambio, con la entrada en vigencia el nuevo Código de Procedimientos Penales, promulgado en 1973. Como ya se dijo, se crea una fiscalía independiente de la Procuraduría y se promulga la Ley Orgánica del M.P. El M.P no pertenece más a la Procuraduría, por lo que se reforma su ley orgánica, se le quita a esta las funciones de M.P y se le asignan a un nuevo ente estatal, encabezado por un órgano llamado Fiscal General de la República. El M.P al independizarse de la Procuraduría, deja de pertenecer al Poder Ejecutivo y pasa a ser un órgano del Poder Judicial. Pero a pesar de los cambios, el proceso inquisitorial continuó; porque el juez inquisidor siguió presente en el código mixto, al contemplar este la figura del juez instructor. El fiscal era colaborador del juez instructor, entonces estaba al servicio de este; y así, aunque el fiscal deja de ser sombra insustancial en el proceso, el peso de la investigación del delito, recae sobre el juez instructor como regla general.

Con esta reforma al código de procedimientos penales, se elimina el procedimiento de oficio o sea que ya no podía el juez iniciar el proceso cuando él lo considerara necesario; sino que debía, necesariamente darse un requerimiento fiscal, o bien, una prevención o información policial, limitándolo además sólo a los hechos sobre los cuales el requerimiento fiscal o en su caso la información policial, hiciera mención; esto está contemplado en el Código de Procedimientos Penales de 1975, en su artículo 187.

Ahora bien, el modelo de M.P cambia y, se diferencia en varios aspectos, del establecido con el Código de 1910. Así, se da la implementación del necesario requerimiento fiscal o información judicial; pero aun así, existían elementos que lo

seguían anclando al anterior sistema, el que respondía a un modelo procesal inquisitorio. Hago referencia a la etapa del proceso llamada Instrucción Judicial; quien realizaba esa fase investigativa era el juez instructor, haciendo todas las diligencias necesarias para comprobar la existencia de un delito; esto era regulado por el artículo 184 del código de procedimientos penales. El M.P era entonces un ayudante del juez instructor. Se ve de tal manera, cómo el juez se desempeña por una parte como investigador y por otro lado, como juzgador; esto anulaba la posibilidad de que se diera un debido proceso, ya que al ser los resultados de la investigación la base para el razonamiento del juez y el fundamento para el posterior dictado de sentencia, debía darse la investigación de manera objetiva; pero siendo que el juez iba a dictar sentencia con base en una investigación que había sido realizada bajo sus propias convicciones, ya estaría de ese modo prejuiciado y el fallo no se daba de manera objetiva, con lo cual las partes corrían un gran riesgo de que sus intereses y sus derechos no fueran protegidos debidamente.

Véase entonces lo que pasó con el Código Procesal Penal de 1975, que es el que se crea por influencia de la reforma de Córdoba; el M.P se separa de la Procuraduría General de la República. Así, el M.P pasa a ser una dependencia del Poder Judicial, que va a tener a su cargo el ejercicio de la acción penal, además de la práctica de la información sumaria previo a la citación, y también el ejercicio de la acción civil en los casos previstos por ley.¹

Posteriormente, el 25 de octubre de 1994, se crea la Ley Orgánica del M.P, ley 7442; la cual a su vez, fue modificada por la Ley N° 7728 de Reorganización Judicial. Con esto, el M.P, queda constituido como un órgano del Poder Judicial, regido en el ejercicio de sus funciones por los principios de unidad de las actuaciones y dependencia jerárquica (explicados más adelante en detalle).²

Por su parte, la Procuraduría General de la República, queda constituida como órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública, y como

¹Código de Procedimientos Penales de Costa Rica; 1975. Artículo 39.

²Ley Orgánica del Ministerio Público. Ley N° 7442. Artículo 1

representante legal del Estado en las materias propias de su competencia; con independencia funcional y de criterio en el desempeño de sus atribuciones. Dichas atribuciones son: representar al Estado en los negocios de cualquier naturaleza, que se tramiten o deban tramitarse en los tribunales de justicia; emitir informes, dictámenes, pronunciamientos y asesoramiento que, acerca de cuestiones jurídicas, le soliciten el Estado, los entes descentralizados, los demás organismos públicos y las empresas estatales. Además, puede, de oficio, reconsiderar sus dictámenes y pronunciamientos; debe también representar al Estado en los actos y contratos que deban formalizarse mediante escritura pública; poner en conocimiento de los jefes respectivos de la Administración Pública cualquier incorrección de los servidores públicos que encuentre en los procedimientos jurídico-administrativos, y hacer las recomendaciones que estime convenientes; intervenir en las causas penales, de acuerdo con lo que al efecto disponen esta ley y el Código de Procedimientos Penales; interponer el recurso de revisión contra las sentencias de los tribunales del país, y contestar las audiencias que se le otorguen en los recursos de inconstitucionalidad, conforme con las disposiciones de la ley; cumplir con las actuaciones, facultades y deberes que el Código de Procedimientos Civiles y otras leyes atribuyen al Ministerio Público, exceptuando las materias de índole penal; defender a los servidores del Estado, cuando se siga acción penal contra ellos por actos o hechos en que participaran en el ejercicio de sus funciones, siempre que no hayan cometido delito en contra de los intereses de la Administración Pública, o que hayan violado los derechos humanos; actuar en defensa del patrimonio nacional, de los recursos existentes en la zona marítimo-terrestre, el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Tomar las acciones legales procedentes en salvaguarda del medio, con el fin de garantizar el derecho constitucional de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Velar por la aplicación correcta de convenios, tratados internacionales, leyes, reglamentos y otras disposiciones sobre esas materias. Investigar, de oficio o a petición de parte, toda acción u omisión que infrinja la normativa indicada; ser tenida como parte, desde el inicio del

procedimiento, en los procesos penales en que se impute la comisión de una infracción o la violación de la legislación ambiental y de la Ley sobre la Zona Marítimo terrestre, para lo cual, podrá ejercitar la acción penal, de oficio, sin estar subordinada a las actuaciones y las decisiones del Ministerio Público; podrá interponer los mismos recursos que el Código de Procedimientos Penales concede al M.P y ejercer la acción civil resarcitoria; también podrá coordinar acciones con instituciones públicas y privadas, especialmente con municipalidades, asociaciones de desarrollo comunal y organismos ambientales de carácter no gubernamental, con el fin de desarrollar proyectos y programas de información jurídica sobre la protección del ambiente, la zona marítimo-terrestre, la zona económica exclusiva y la plataforma continental para tutelar los recursos naturales, mediante actividades preventivas que involucren a las comunidades del país; intervenir, en representación de los intereses del Estado, en todos los demás asuntos que señalen las leyes del país.¹

Finalmente, en el Código de Procedimientos Penales de 1998, se da un cambio sumamente importante para la figura del M.P; ya que se deja el anterior modelo y, se pasa a un modelo acusatorio en el que se elimina el juez instructor y las funciones de instrucción de la investigación preliminar hasta la interposición de la acción penal, le corresponden al M.P. Así se logra dejar atrás los rasgos predominantes del modelo inquisitivo dejando además por fuera de la investigación al juez, quien pasa así a encargarse, como debe ser, únicamente de la función juzgadora y garantizando desde luego, una mayor objetividad en la realización de los procesos penales.

La investigación preliminar queda a cargo únicamente del M.P, el cual debe realizar todas las diligencias pertinentes y útiles que le permitan determinar la existencia del hecho delictivo. El M.P tiene a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo necesiten. Los miembros del M.P, deben formular sus requerimientos y conclusiones en forma específica y motivada.²

Este es el panorama que se observa actualmente del M.P y de la Procuraduría

¹ Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de Costa Rica. Ley 6815. Artículos 1y 3.

²Código Procesal Penal de Costa Rica. Ley N° 7594. Artículo 62.

General de la República; dos órganos que durante mucho tiempo estuvieron estrechamente vinculados, pero que finalmente, en un momento dado, se separan; y desde entonces cada uno se encarga de manera independiente respecto del otro, de funciones, de naturaleza diversa entre sí. Y que a través del tiempo, van realizando más y más modificaciones, que les presentan a ambos órganos, tal y como hoy les conocemos.

Ahora bien, sobre el tema particular del M.P, cabe indicar que, este, como un órgano con mayor número de poderes y deberes y como portador del interés público en la aplicación de la ley penal, se separa la función juzgadora, de las funciones investigativa y acusadora. Anteriormente el juez asumía la función acusadora porque a pesar de la existencia del M.P, este era débil y el juez terminaba se situaba sólo frente al imputado, ejerciendo funciones que no son propias a la naturaleza del funcionario juzgador. Con la venida del nuevo sistema procesal, el sistema acusatorio, se le da la función acusadora a un órgano público, el M.P, la cual es desarrollada sobre la posibilidad de que un sujeto pudo haber violado el ordenamiento penal, pero a tal actividad se contrapone la defensa, ante la posibilidad de que pueda lesionarse el derecho de libertad del imputado y todas sus garantías, a raíz de una interpretación y aplicación erróneas de las normas penales y procesales penales.

La actividad requirente del M.P, resulta imprescindible para activar el aparato jurisdiccional; con ella se garantiza en gran medida, la independencia e imparcialidad del juez, ya que no va a asumir más la función de parte. La separación de las funciones de acusar y de juzgar, asegura una mayor objetividad en el ejercicio de la función jurisdiccional. Lo anterior tiene su fundamento en un principio racional que emana de la propia idea de justicia; y es que para que la justicia triunfe, es necesario que sea administrada por una persona distinta de la que hace valer la pretensión jurídica sobre cuyo fundamento debe ella pronunciarse.

Sección II. Actualidad

A) Regulación constitucional del M.P: El M.P costarricense no es un órgano de rango constitucional, es decir, nuestra Constitución Política no contiene ningún artículo que mencione al M.P ni que establezca sus atribuciones. Todo en materia de M.P, es regulado por ley; tanto en el Código Procesal Penal, como en su ley orgánica. A raíz de la falta total de regulación constitucional del M.P, se dan ciertas consecuencias graves, porque la figura del M.P queda sometida a los vaivenes políticos que tomarían forma en la legislación ordinaria. Hoy día se reconoce la importancia de una configuración estable del M.P, lo cual se consigue en gran medida constitucionalizando la figura. Existe la necesidad de que ciertos principios queden sustraídos a la legislación ordinaria. Lo anterior en razón de la condición de derechos fundamentales que tienen los preceptos que garantizan la independencia del M.P con respecto a cualquier otro órgano de poder dentro del Estado.

Pero mientras la independencia del M.P no sea garantizada a nivel constitucional, siempre va a existir influencia política sobre el Fiscal General y desde luego, sobre el resto del M.P; porque no se puede olvidar que la manera en que es nombrado el Fiscal General, sirve como filtro de múltiples intereses políticos. Esto sucede en razón de que el máximo jerarca del M.P es nombrado por los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los cuales a su vez, son nombrados por la Asamblea Legislativa, quien se ocupa frecuentemente de satisfacer los intereses de los sectores políticos mediante leyes que les favorece, sectores que están conformados en ocasiones por aquellas personas que ostentan el poder desde el gobierno; es aquí precisamente, donde se da la interferencia, no sólo del Poder Legislativo sino también del Poder Ejecutivo. Entonces claramente se ve como el Fiscal General (y desde luego que tampoco sus subordinados) no puede ejercer sus funciones en todos los casos, de manera objetiva, imparcial e independiente; ya que si en un momento dado sus actuaciones van a tocar de manera perjudicial los intereses de algún sector político influyente, el Fiscal General va a recibir presión por parte de quienes tienen el poder de

nombrarle y removerle, porque estos van a estar recibiendo a su vez presión por parte de quienes integran el Poder Legislativo, valiéndose del poder de nombramiento y remoción que tienen sobre los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Entonces, es evidente que existe una enorme necesidad de garantizar la independencia al M.P de manera tal que ningún otro poder estatal, económico o político intervenga ni le manipule para conducir sus actuaciones. Esto sólo es posible garantizándole al M.P su independencia en la Constitución Política, elevándolo al mismo rango de los miembros de los Supremos Poderes, como sucede con el Tribunal Supremo de Elecciones, que goza de esta protección en virtud del artículo 9, párrafo 3 de la Constitución Política. De esta manera se podría proteger al Fiscal General contra acusaciones manipuladas políticamente.

Pero cómo lograr tal grado de independencia para el Fiscal General siendo el M.P un órgano del Poder Judicial?

Independencia implica precisamente la no sujeción, así que resulta absolutamente necesario desvincular al M.P por completo de los poderes estatales para que pueda gozar de total independencia. Pero para ello habría que pensar en una solución con respecto al tema de la designación del Fiscal General, que desde luego no puede ser la tesis propuesta por el actual Fiscal General, Jorge Chavarría; la cual plantea la posibilidad de constitucionalizar al M.P y darle igual rango que a los Supremos Poderes, pero que continúe el Fiscal General siendo designado por la Corte Suprema de Justicia. Lo anterior me parece impropio, porque mientras el nombramiento del Fiscal General siga dependiendo de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el M.P, jamás va gozar de total independencia.¹

Me parece digna de tomar en consideración, la tesis propuesta por el jurista costarricense y profesor emérito de la Universidad de Costa Rica, Walter Antillón Montealegre; la cual consiste en que debería ser el pueblo quien decida a quien designar como Fiscal General y sea el mismo pueblo quien se encargue de removerlo en cuanto

¹Segundo Foro Institucional. 2011. Universidad de Costa Rica. “*Poder Judicial, Democracia y Estado de Derecho*”

no proteja sus intereses. Aunque cabe indicar que él enfatiza en la necesidad de que exista un amplio desarrollo de la cultura cívica del pueblo, para que eso funcione bien; pero que se está muy lejos de tener esa cultura en Costa Rica, por lo que aún esto no se podría aplicar. Indica que, siempre con respecto al M.P., es indispensable abogar por su constitucionalización, a fin de que su rango, su autonomía y sus funciones no queden librados al vaivén de la política. Señala además que para conseguir la independencia total al menos del Fiscal General, es preciso que su nombramiento y remoción procedan de un ente ad hoc, sustraído a la influencia de la oligarquía y las cúpulas políticas, siguiendo el modelo del Consiglio Superiore della Magistratura italiano. Y que además, en último término sea el control popular el que prevalezca sobre dicha institución.¹

B) Independencia orgánica (externa e interna) y funcional del M.P: En el aspecto orgánico (externo) cabe indicar que el M.P no posee independencia, no goza de autonomía, puesto que es un órgano del Poder Judicial; así lo establece la Ley Orgánica del M.P en su artículo 1. Además el Fiscal General de la República y el Fiscal General Adjunto son nombrados por la Corte Suprema de Justicia; los magistrados que integran la Corte, tal y como se dijo, son nombrados por la Asamblea Legislativa. De esta manera, se ve cómo no sólo el M.P no es autónomo por pertenecer a uno de los poderes del Estado, sino que existe cierta intromisión por parte de los otros poderes; y me atrevo a decir otros, ya que no sólo el Poder Legislativo condiciona al M.P en el ejercicio de sus funciones por su facultad de nombramiento de los magistrados de la Corte, sino que el Poder Ejecutivo le dice a la Asamblea Legislativa cómo actuar, para que las decisiones de esta, convengan a los intereses caprichosos de quienes se encuentran en la cúpula política, los cuales son precisamente miembros del Ejecutivo; bien sea el presidente de la República, o sus servidores más cercanos. Así las cosas, la cúpula conducirá las actuaciones del M.P hacia la protección y realización de sus intereses, que desde luego no son los intereses generales de la ciudadanía y tampoco tienen relación con la objetividad con que debe actuar el M.P en el ejercicio de sus funciones.

¹ Entrevista a Walter Antillón Montealegre. Fecha: Miércoles 5 de diciembre de 2012. Hora: 11 a.m.

Por su parte, con respecto al M.P en el aspecto orgánico (interno), entran a jugar un papel de suma importancia, los principios fundamentales que lo rigen, los cuales son unidad y jerarquía; según se desprende de lo establecido en la Ley Orgánica del M.P en su artículo 1. De acuerdo con el primer principio, el M.P es uno solo; el segundo principio, parte de que a diferencia de los jueces, el M.P se organiza de forma monocrática. De tal manera, cada miembro del M.P actúa por el todo, por una parte; y por otro lado, el Fiscal General de la República da las instrucciones generales y especiales con respecto a la interpretación de la ley y a las políticas de persecución penal del M.P. El Fiscal General da las instrucciones a sus subordinados, para mantener precisamente la unidad de acción, según el artículo 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Así, los funcionarios subordinados, siempre van a actuar por delegación y dependiendo de lo que ordene el Fiscal General, según el artículo 15 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Entonces se ve como hay una clara y total sujeción a lo interno del M.P. por parte de sus funcionarios, con respecto a la figura del Fiscal General.

Finalmente, debe tomarse en consideración el tema de la independencia funcional del M.P; regulada en su Ley Orgánica, en el artículo 3, el cual estipula lo siguiente: *El Ministerio Público tendrá completa independencia funcional en el ejercicio de sus facultades y atribuciones legales y reglamentarias y, en consecuencia, no podrá ser impelido ni coartado por ninguna otra autoridad, con excepción de los Tribunales de Justicia en el ámbito de su competencia*”.¹

La independencia funcional del M.P, le otorga a dicho órgano la posibilidad de realizar cualquier acto que considere pertinente y necesario para comprobar o descartar la existencia de un hecho delictivo; sin que existan interferencias ni limitaciones por parte de los otros poderes estatales, ni de ningún órgano o autoridad. Solamente los tribunales penales, cuando el M.P se aparte de su deber de actuación objetiva, y haya razón suficiente para frenarle o para dirigir sus actuaciones en una dirección que resulte más beneficiosa para un curso adecuado del proceso penal, que permita averiguar la

¹ Ley Orgánica del Ministerio Público de Costa Rica. Artículo 3.

verdad real de los hechos y concluir en una sentencia justa; podrán limitarle la independencia funcional del M.P.

Ahora bien, en torno a los hechos ocurridos en fechas recientes que reflejan el verdadero estado de las relaciones entre el Fiscal General, la Corte Suprema de Justicia y la Cúpula Política; cabe mencionar que más que verse la independencia funcional del M.P limitada, se ve por completo violentada y contaminada, en todos esos casos en que la Corte Suprema de Justicia le dice al Fiscal General si debe abordarlos y de qué manera hacerlo, así como cuales asuntos no debe investigar, dependiendo de que hayan o no involucrados personajes del mundo político; esto ocurre precisamente al poder de nombramiento de la Corte sobre el Fiscal General, pero a su vez esta presión por parte de la Corte, obedece al nombramiento que de sus magistrados hace la Asamblea Legislativa, la cual mayoritariamente vela por intereses que nada tienen que ver con los del pueblo que los eligió, y se encargan más bien de proteger y beneficiar a quienes ostentan el poder político y económico, que como ya se dijo anteriormente, suelen ser miembros del Poder Ejecutivo.

Tales trasgresiones a la independencia del M.P, demuestran además de la violación en el aspecto funcional de la misma, también violenta en enorme medida su naturaleza orgánica, como órgano adscrito al Poder Judicial, ya que aunque de manera indirecta, el Poder Legislativo y también el Poder Ejecutivo, condicionan y conducen las actuaciones del M.P, para que a sus integrantes les sean garantizados intereses personales; o sea el M.P, puesto al servicio de intereses particulares y no del interés general . Lo anterior nos indica la urgencia que existe por replantear seriamente la cuestión de la auténtica independencia del instituto, independencia tanto en el aspecto funcional como en el orgánico.

Prueba de las interferencias y la presión que ejercen quienes ostentan el poder político en Costa Rica, sobre el M.P, la constituyen los escándalos ocurridos en los últimos años; en los cuales, se han visto involucrados magistrados, ministros, candidatos a la presidencia de la República, así como también algunos diputados. En

estos casos, se pueden observar algunos problemas en común; como lo es la actuación tímida por parte del Ministerio Público, sobreseimientos definitivos favoreciendo a los políticos imputados inmerecidamente; intromisión de algunos personajes políticos, que nada tiene que ver con el desempeño del M.P, y que desde luego, de manera ilegal, le sugieren, es decir, le ordenan no iniciar la investigación, o bien frenarla, para no ser alcanzados por la justicia. Y por si fuera poco la evidente corrupción de los políticos, el alto grado de sometimiento del M.P a las órdenes de los personajes política y económicamente dominantes; los medios de comunicación, transmiten las noticias de estos asuntos muy ligeramente, no revelan la verdad de los actos de corrupción y de este modo, el pueblo no toma conciencia de las verdaderas dimensiones de esta problemática. Por ello, no se puede aún dejar atrás esa mentalidad permisiva y sometida, que va desde el ciudadano común, hasta las más altas instancias de poder; y así, legitimamos a diario los actos de corrupción, y lo que es peor ni siquiera preocupa la deficiencia del aparato de justicia costarricense, y específicamente del M.P, que en resumen es el órgano que nos debería garantizar a cada uno de los habitantes de este país, el acceso a la justicia y la protección de los derechos humanos. La impunidad está presente a diario, y de este modo le permite a funcionarios corruptos salir avante con sus actos de corrupción, inclusive de cierto modo, les garantiza no quedar desacreditados ante la opinión pública, y de tal manera les seguimos entregando la representación del pueblo en las manos, para que continúen deshonorándolo, traicionándolo y colocándolo en verdadero estado de opresión e indefensión.

Las tentativas de influenciar un órgano de tan importante como el M. P., siempre existen, lo importante es si dichos intentos logran permear las decisiones y políticas de persecución que se toman a lo interno de dicho órgano de persecución. Los acontecimientos de los últimos ocho años, han transformado al M. P., de un ente desconocido para muchos, a una entidad codiciada por los más diversos intereses políticos y económicos. No cabe duda, de que la persecución y posterior juzgamiento de dos ex Presidentes de la República, se convirtió en detonante de este fenómeno.

Desde ahí que, muchas de las decisiones que debieran resolverse en el ámbito político, terminan ante el M. P para que sea este ente quien cargue con la difícil tarea de decidir si las batallas políticas deben continuar en los estrados judiciales. Esto sin duda, ha transformado al Ministerio Público en un ente influenciado por la política nacional y por intereses económicos de gran envergadura.¹

Otro caso es el de la fundación “Arias para la Paz” (creada por el ex presidente de la República Óscar Arias Sánchez), y la donación que recibió de la firma minera de capital canadiense Industrias Infinito; la cual pretendía explotar la mina de oro Crucitas, en Cutris de San Carlos, pero que el Tribunal Contencioso Administrativo, el 24 de noviembre del año 2010 le anuló la concesión del proyecto minero, por encontrar ilegalidades en los permisos para extraer oro, así como daño ambiental causado por la tala de almendros. Los hechos investigados, tuvieron lugar en el año 2008, cuando el empresario canadiense Ronald Mannix, socio de Infinito Gold (dueño de la mina Crucitas); ofreció una colaboración de \$250.000 a la fundación “Arias para la Paz”, a través de su fundación “Norlien”. Pero es en el 2011 cuando el M.P, inicia la investigación en relación con la fundación “Arias para la Paz”.²

Otro caso es el de la indagatoria realizada a Rodrigo Arias Sánchez, en un proceso penal que investiga el manejo de fondos proveniente del Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE). A Rodrigo Arias se le acusó de peculado, fraude de ley, y de reconocimiento ilegal de beneficios laborales. La causa se relaciona con la donación de \$ 2.4 millones que el BCIE hizo al gobierno de Costa Rica, cuando Rodrigo Arias era Ministro de la Presidencia, durante el gobierno de su hermano Óscar Arias Sánchez (período 2006-2010). Rodrigo manejó los fondos al margen del presupuesto oficial, de manera discrecional, para pagar asesorías a personas cercanas al gobierno. Pero en el día 8 de octubre del año 2010, el Fiscal General Jorge Chavarría, decide frenar la investigación; la cual estaba a cargo de la ex fiscalía Lilliam Gómez, quien dijo el 30 de marzo del año 2011, haberlo hecho por orden del Fiscal General. La

¹Entrevista a funcionario público anónimo. Fecha: Martes 8 de enero de 2013. Hora: 2 p.m.

²**Diario Digital La Nación**; 28 de abril de 2011.

investigación fue frenada por presiones políticas, supuestamente ejercidas por Rodrigo Arias, quien influyó indebidamente en el proceso judicial; también estuvo involucrado supuestamente, José María Tijerino, ex ministro de seguridad, por lo que renunció a su cargo el 25 de abril del año 2011. Rodrigo Arias fue condenado moralmente por dictamen de mayoría el día 24 de mayo del año 2011, por una comisión legislativa interpartidaria; aunque los diputados del Partido Liberación Nacional, lo eximieron de responsabilidades.¹

En este caso un juez dictó sobreseimiento definitivo en favor de Rodrigo Arias; pero queda pendiente la resolución de una apelación.²

Existe otro caso en el que se ve involucrada la fundación “Arias para la Paz”. A dicha fundación se le investiga por supuestamente desviar hacia sus fondos, \$ 1 millón de una donación hecha por el gobierno de Taiwán al gobierno de Costa Rica. El M.P pretende determinar si el millón de dólares es parte de una donación de \$ 2.4 millones para el Ministerio de Vivienda, con el fin de que desarrollara algunos proyectos. En febrero del año 2007 se dio el traslado de esos fondos por parte del gobierno de Taiwán al BCIE, a través de un fideicomiso; pero el banco sólo recibió \$ 1.4 millones de los 2.4 que en total debía haber recibido. A mediados del año 2007, Óscar Arias rompió relaciones con Taiwán, para establecerlas con China; por ello el M.P, amparado en la Convención de Viena, gestionó un trámite mediante un tercer país, para solicitar información a Taipei, sobre dicha donación que el gobierno de Taiwán hizo al gobierno de Costa Rica.³

Otro caso es el de la investigación realizada por el M.P al ex magistrado Moisés Fachler. A Fachler lo investigaron por el filtrado del borrador de sentencia que debía dictar la Sala Primera sobre el caso de la mina Crucitas. Figuró como imputado por incumplimiento de deberes, y divulgación de secretos. La investigación fue dirigida a determinar la o las personas responsables de filtrar el borrador de sentencia. Fachler

¹Noticias Digitales Al Día; 31 de mayo de 2011.

²Diario Digital El País; 22 de noviembre de 2012.

³Diario Digital El País; 22 de noviembre de 2012.

fungió como magistrado suplente de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, hasta el 15 de noviembre del año 2011, cuando trascendió la investigación.¹

En junio del año 2012, el M.P solicitó el sobreseimiento definitivo en favor de Moisés Fachler. Posteriormente, fue abierto en contra de Fachler, un proceso disciplinario por este mismo caso; esa investigación disciplinaria, estuvo a cargo de la magistrada Julia Varela Araya. La magistrada, concluyó que Fachler sí incurrió en conducta gravísima, al divulgar el proyecto de sentencia que aún no estaba finalizado (el cual ratificaba el fallo del tribunal Contencioso Administrativo de anular la concesión a la empresa minera); por lo que recomendó se anotara en el expediente del Departamento de Personal y de la Asamblea Legislativa. La Corte Plena aceptó el informe y acordó de manera unánime acoger la declaratoria de falta gravísima; también ordenó hacer el comunicado a la Asamblea Legislativa, a la Fiscalía de Ética, y poner en conocimiento del M.P, los hechos que el órgano disciplinario tuvo como probados.²

Posteriormente, el M.P anunció una nueva investigación sobre Fachler por el caso de la mina Crucitas. En esta investigación será indagado por supuesta divulgación de secretos relacionados con este caso; esto con base en el procedimiento administrativo dirigido por la magistrada Julia Varela. Se sospecha que Fachler estuvo participando como informante de la minera, que pretendía con la filtración del borrador de sentencia de la Sala Primera, traerse abajo la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo. El Fiscal General manifestó que aunque se dictó sobreseimiento definitivo en favor de Fachler, el informe de la Corte Suprema de Justicia, solicita al M.P investigar el interés poco usual del ex magistrado en el caso de la mina Crucitas, esto derivado del informe de la magistrada Julia Varela; esta investigación es más amplia y abarca períodos anteriores a la extracción y filtración del borrador de sentencia que estudiaban los magistrados titulares de la sala Primera en el caso de la mina Crucitas. La investigación disciplinaria menciona la insistencia de Fachler en preguntar sobre la sentencia. Señala además la existencia de indicios de una confabulación con la empresa minera para

¹**Diario Digital La Nación;** 16 de noviembre de 2011.

²**Diario Digital La Nación;** 12 de noviembre de 2012.

suministrar información nueva; lo cual constituye un hecho distinto.¹

Otro caso es el del candidato a la presidencia de la República, y actual alcalde del cantón de San José, Johnny Araya; en su contra existen ocho denuncias, y sólo en el 2012 se presentaron seis del total de denuncias en su contra. Las causas son investigadas por la Unidad Especializada de Delitos Varios del M.P. Se le investiga por delitos de prevaricato, enriquecimiento ilícito y peculado, a raíz de las denuncias presentadas por dos hombres de apellidos Quirós y Herrera, así como una organización llamada Pro Muni. También existe una denuncia por supuestamente recaudar fondos de campaña durante una cena que él mismo organizó.²

Otro caso es el del diputado del Partido Renovación Costarricense, Justo Orozco; a él se le investigó por un supuesto cobro inflado de la deuda política de dicho partido. El Tribunal Supremo de Elecciones denunció al diputado por falsificación de documentos públicos, falsedad ideológica, y uso de documentos falsos; y llevó el caso ante el M.P, tras concluir que el Partido Renovación Costarricense, le cobró diecinueve contratos de trabajo político con personas que afirmaron haber sido contratadas por montos menores a los indicados en la liquidación de gastos de campaña política. El M.P dijo que el diputado no tuvo participación en los hechos investigados, que él sólo firmó el documento para cobrar la deuda política; el Fiscal General descartó presentar la acusación en contra del diputado. El martes 25 de diciembre del año 2012, el Fiscal General le solicitó a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, desestimar la denuncia presentada al respecto en contra del diputado Orozco, a mediados del año 2011. El Fiscal General dijo que solicitó el desestimiento definitivo en favor de Justo Orozco, porque los testimonios recolectados y el análisis de la prueba, determinaron que las personas que actuaron directamente sobre este tema, están claramente identificadas, y que el diputado sólo firmó el documento de presentación ante el Tribunal Supremo de Elecciones. El Fiscal General dio a conocer que si bien solicitó desistimiento definitivo en el caso contra Orozco, se mantendrá una investigación abierta en torno a la

¹**Diario Digital El País**; 12 de diciembre de 2012.

²**Diario Digital La República**; 6 de octubre de 2012.

liquidación de campaña del Partido Renovación Costarricense, de lo cual se encargará la Fiscalía de Probidad y Transparencia, pues se investiga a personas que no tienen inmunidad constitucional, ya que todo lo relacionado con la recolección de fondos, respaldos contables, y recolección de contribuciones, fueron realizadas por dirigentes políticos provinciales y cantonales.¹

Otro caso es el de la investigación realizada al diputado Jorge Angulo, con la cual se sienta un precedente en la historia de la política costarricense; esto por tratarse del primer diputado al cual, por solicitud de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y del M.P, se le elimina el fuero de inmunidad para que se le investigue. Angulo fue denunciado a mediados del año 2011, por presunta extorsión, por Jorge Sandoval, dueño de la empresa adjudicataria de la licitación para la construcción del Colegio Italtú Costarricense en la Zona Sur, COINJRK; y su esposa Rosibell Did, vicepresidenta de la empresa. Los denunciantes, indicaron que Angulo les cobró una partida de diez millones de colones por cada desembolso de la Junta Administrativa del Colegio para el pago de la construcción de obras en el centro educativo; pero en un momento dado, dicha cantidad no le fue dada a Angulo, y por ello los amenazó con anularles la licitación.²

Otro caso es el de la investigación realizada al diputado Óscar Alfaro, en enero del año 2012; en este caso la denuncia la interpuso Douglas Caamaño, por el supuesto cobro de unos cheques de transporte utilizados en la campaña electoral del año 2010, al Tribunal Supremo de Elecciones, y que al parecer se utilizaron para otros fines. En abril del año 2012, el Tribunal Supremo de Elecciones, elevó ante el M.P una investigación donde se constató la denuncia. El manejo de los cheques se dio en la campaña del cantón central, al cual representaba el actual diputado Óscar Alfaro, quien según declaraciones de su ex funcionaria Érica Piedra, dio la orden de utilizar el mecanismo de cobro de cheques de transporte; orden que además se extendió a otras localidades. En este caso, se investigó también al diputado Antonio Calderón, quien fungía como

¹**Diario Digital El País**; 26 de diciembre de 2012.

²**Noticias Crhoy.com**; 27 de setiembre de 2012.

secretario del Partido Liberación Nacional en el período electoral; en este proceso se investigó el tema del Club de Campaña “La Casa de la Victoria”, propiedad de la sociedad Chicharrín S.A, cuyo presidente es Alfaro. Al respecto, el 27 de febrero del año 2012, el Tribunal Supremo de Elecciones ya había presentado ante el M.P una investigación que había iniciado el Departamento de Partidos Políticos, recomendando investigar una supuesta donación en especies por parte de Chicharrín S.A al Partido Liberación Nacional. El Fiscal General, dijo que no existe acusación, que se mencionan en la investigación, pero que no hay elementos para sustentar la acusación; y que sólo resta esperar a que la Fiscalía Anticorrupción, indique la existencia de elementos para poder sustentar la acusación, y proceder de inmediato.¹

Finalmente, debo mencionar otro caso, en el cual se le investiga al diputado Justo Orozco y al presidente de la Asamblea Legislativa Víctor Emilio Granados; ambos comenzaron a ser investigados a partir del allanamiento que el Organismo de Investigación Judicial hizo a la Universidad del Sur, donde ambos diputados se graduaron de sus carreras. A esta universidad se le investiga por supuesta falsificación de títulos de carreras, falsedad ideológica, y admisión de estudiantes sin contar con el título de bachillerato. El allanamiento fue realizado el día 21 de setiembre del año 2012, por una denuncia reciente de varias falsificaciones de títulos; pero ellos no habían sido mencionados, sólo que al secuestrar los expedientes, aparecieron los de estos dos diputados, y entonces a partir de ese momento se les inicia la investigación. Por este caso, también se cuestionó al diputado Óscar López, presidente del Partido Accesibilidad Sin Exclusión; quien supuestamente ingresó a dicha universidad sin haber finalizado los estudios de bachillerato.²

También se ha dado influencia de estos grupos de interés, con la participación directa de autoridades de la Embajada de los Estados Unidos de América y de la Oficina del Tesoro de esa nación en las investigaciones que tramita la Fiscalía por delitos de lavado de dinero, como lo fue su actuación en la investigación contra el señor Pascall

¹Noticias Crhoy.com; 27 de setiembre de 2012.

²Noticias Crhoy.com; 27 de setiembre de 2012.

Howden, en donde incluso en el debate hubo presencia de dichos funcionarios y su creciente interés en la investigación de los delitos relacionados con temas de tutela de propiedad intelectual.¹

Así como se muestra anteriormente, el actuar del M.P es generalmente muy tímido ante los casos en que se involucran personajes política y económicamente poderosos; esto se debe a la falta de protección de la cual adolece la institución, al no estar protegido constitucionalmente; puesto que queda muy expuesto a los vaivenes políticos.

C) Política de cooperación del M.P con organismos represivos e investigativos, nacionales e internacionales: Como ya se ha dicho, los principios de imparcialidad y objetividad del M.P costarricense (proclamados por el artículo 63 del Código Procesal Penal), no suelen aplicarse plenamente en la realización de sus funciones, esto por razones de diversa índole; por un lado, porque existe una ideología represiva en los fiscales (misma que en los jueces), por otro lado, la misma ley los sujeta a instrucciones de sus superiores jerárquicos, quienes son permeables a campañas de orden gestadas y desarrolladas por las instancias de policía.²

No resulta extraño (aunque sumamente perjudicial) que los fiscales vean en los imputados desde el primer momento, enemigos de la sociedad, por lo que de inmediato comienzan a actuar en favor de los buenos y a buscar la forma de inmovilizar a los malos, de someterlos y de reprimirlos; cuando es sabido, porque esos mismos principios que está quebrantando al tomar tal postura, son los que le ordenan actuar de manera tal que se consigan los elementos de prueba que permitan confirmar la existencia del hecho delictivo, o por el contrario, los elementos que eximan de culpabilidad al imputado. Pero esa imparcialidad con que deben actuar el M.P en realidad no se da; en razón de que ha venido tomando partido en los operativos realizados por la Policía Judicial, el Ministerio de Seguridad e inclusive, la DEA, con el fin de integrar equipos

¹Entrevista a funcionario público anónimo. Fecha: Martes 8 de enero de 2013. Hora: 2 p.m.

²Antillón Montealegre W., *ibídem*; pág. 337

investigativos y de elaborar las políticas, planes y programas del Consejo Nacional de Drogas.

Las coordinaciones entre el M.P y los distintos cuerpos policiales, los cuales son de naturaleza totalmente distinta, resultan ser en primer lugar, un error conceptual; en razón de que si el M.P debe ejercer objetiva e imparcialmente sus funciones, no puede comprometerse en campañas tomando partido, porque si es un órgano objetivo e imparcial, no puede colocarse del lado de quienes luchan para combatir el mal; ya que además el concepto de “mal” se utiliza en muchos casos para catalogar todos aquellos actos que van en contra de una serie de intereses que además de no ser humanitarios, no son de carácter general, además de que se centran contra grupos o personas concretas. En segundo lugar, son el resultado de una cultura aberrante; en razón de que si es imparcial y objetivo, no debe sentirse ni actuar como parte de los aparatos gubernamentales, ni debe solidarizarse con ellos, ya que no pertenece el M.P al Poder Ejecutivo, sino que es un órgano del Poder Judicial.

La confusión se ha generado quizás, porque la Constitución le atribuye al Poder Ejecutivo el mantenimiento del orden, la tranquilidad, la defensa y la seguridad de la Nación; y que por su parte el ejercicio de la acción penal pública en manos del M.P haya sido apreciado como una actividad tendiente también a conseguir el orden. Pero en realidad son dos cosas distintas, ya que no corresponde al M.P perseguir presuntos delincuentes, drogadictos y otros, sino que debe investigar en concreto hechos presuntamente delictivos y plantear las acciones correspondientes; por lo tanto, no necesita el M.P para cumplir con sus funciones, coordinar ni entenderse con cuerpos policiales del Poder Ejecutivo. Lo que debe hacer el M.P, es apartarse de tales personajes para poder tener la suficiente distancia crítica, para juzgar los actos de dichos cuerpos de policía, cuando deban ser investigados; por lo que no deberá revestir de legalidad toda clase de brutalidades cometidas por dichos cuerpos, como consecuencia de la solidaridad mantenida durante tales operativos.¹

¹Antillón Montealegre W., *ibídem*; pág. 340

Resulta claro, que tales alianzas entre los cuerpos de policía y el M.P, ha traído y sigue trayendo consecuencias nefastas para el ejercicio de las funciones del M.P, la realización de un debido proceso penal garante de los derechos humanos y para la obtención de la justicia. Por lo tanto, la no cooperación o complicidad (como quiera que se le deba llamar) en los operativos entablados por los cuerpos policiales, por parte del M.P, resulta indispensable, ya que le garantiza a dicha institución, la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de sus funciones.

CAPÍTULO IV

COMPARACIÓN ENTRE DIVERSOS SISTEMAS DE M.P:

Sección I. Tres Sistemas escogidos

A) Sistema Tradicional: El Ministerio Fiscal en España.

Antes de iniciar el estudio de la institución del Ministerio Fiscal (en adelante M.F) en España, resulta indispensable conocer la evolución histórica del mismo, para entenderle desde que fuera instituido hasta la actualidad.

El contexto político que precede al establecimiento del Estado español, partiendo de la sobresaliente época de la derrota de los Comuneros de Castilla en el año 1521, señala la entronización de la monarquía absoluta en España, que encabeza Carlos I (Carlos V de Alemania). El modelo absolutista es ejercido por las dinastías Habsburgo y Borbón y sólo es abandonado a la muerte de Fernando VII en 1838. Sin embargo, los partidos de tendencia conservadora en España continúan manteniendo sus ideas básicas: una monarquía con poderes fuertes y la subordinación de las instituciones al rey.¹

Las Cortes de Cádiz, que sesionaron entre 1807 y 1812 y promulgaron una Constitución Liberal que sirvió de inspiración a muchos países de América Latina durante el siglo XIX, son una especie de paréntesis humanista y liberal en un país donde el poder de los dueños de la tierra y la hegemonía de la iglesia católica inclinan

¹Maravall J.A., 1984; págs. 76 y siguientes.

fuertemente la balanza en sentido conservador. Así las cosas, nada tiene de extraño que el M.F sea concebido en España como un instrumento al servicio de la clase gobernante.¹

Ya para 1814, se impone la obligatoriedad de que el fiscal se haga presente, aunque exista parte acusadora. Más adelante en 1835, la concepción institucional del M.F español varió, puesto que se adoptó el principio de obligatoriedad de la acción penal en los delitos de la acción penal pública y el deber de defender los intereses de la corona; aunque se reconoció al M.F la independencia de sus integrantes para expresar sus opiniones, en lo cual se encuentra el origen de los principios de legalidad e imparcialidad, pero siguió siendo el M.F dependiente del Poder Ejecutivo y mantuvo su estructura jerarquizada. Dicha dependencia y estructura continuaba aún en el año 1870, pero fue por primera vez que se le dio un tratamiento institucional al M.F.

En 1926 se crea un estatuto, el cual se aprueba en medio de la dictadura del General Primo de Rivera; preserva rasgos generales del régimen anterior y le da al M.F la función de órgano de representación del gobierno ante los tribunales. En 1931 mediante el texto Constitucional Republicano, se le reconoció al M.F iguales garantías que al Poder Judicial. Pero ya abolido el régimen republicano por el golpe de Estado franquista, durante el período dictatorial, en el año 1958, mediante el Reglamento Orgánico del M.F, se constituye dicha institución en un cuerpo regido por el principio de unidad, orden jerárquico y dependencia respecto del ministro de justicia. Muerto Franco, en el año 1975 se establece que el M.F es un órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, el cual debía promover la acción de la justicia para asegurar la defensa de los intereses públicos que la ley regula; se reafirma además la subordinación y dependencia jerárquica en relación con el Poder Ejecutivo.²

Ahora bien, es necesario hablar de lo sucedido en España a raíz de la creación de la Constitución de 1978, la cual simboliza el fin de una era dictatorial, la era franquista que acaba en el año 1976. Los constituyentes españoles de 1978 que diseñan la

¹Tomás y Valiente F., 1983; pág. 437.

²Amaral Machado B., 2007; pág. 201

institución del M.P se encuentran en la siguiente situación: España está saliendo apenas de un período de 40 años de dictadura, en la que los derechos ciudadanos estaban sometidos, en última instancia a la voluntad del dictador; son 40 años de gobierno autoritario unipersonal. Esa situación no era ninguna novedad en la historia de España, por el contrario, como vimos, estaba respaldada por cuatro siglos de monarquía absoluta bajo las dinastías Habsburgo y Borbón (La República del año 1931 a 1938 fue sólo un paréntesis breve). En esas condiciones los constituyentes de 1978, idearon una constitución que, a pesar de la proclamación de democracia, libertades y autonomías conserva rasgos de autoritarismo centralista. Dentro de ese cuadro lo que cabe es un M.F permeable a la influencia del Poder Ejecutivo, a fin de no debilitar la posición de este; y un M.F estrictamente limitado a la función de acusar.¹

En dicha transición democrática, no hubo un movimiento fuerte y unificado de fiscales para defender un determinado modelo de M.F; las asociaciones de fiscales en la época franquista fueron prohibidas, igual como ocurrió con las de los jueces; sólo hubo unas pocas asociaciones ilegales en dicho período. Algunos pocos magistrados, fiscales y secretarios judiciales se asociaron en un conocido movimiento al cual llamaron *Justicia Democrática*, el cual reclamaba una justicia organizada a partir de principios democráticos y también planteaban la necesidad de eliminar la subordinación del M.F al Poder Ejecutivo, garantizándole de tal modo su independencia. En este proceso de cambio hacia el nuevo modelo de M.F en el período de transición democrática, se puede notar entonces que los fiscales no tuvieron gran influencia²

Finalmente, el nuevo texto constitucional estableció en materia de M.F, que dicho órgano tiene la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por ley, de oficio o a petición de parte; estipuló además que debía velar por la independencia de los Tribunales y procurar que ante ellos se diera la satisfacción del interés social. Aseguró

¹ Entrevista a Walter Antillón Montealegre. Fecha: Miércoles 5 de diciembre de 2012. Hora: 11 a.m.

² Amaral Machado B., *ibídem*; pág. 201

además, el ejercicio de las funciones del M.F por medio de órganos propios, regido por los principios de unidad de las actuaciones, dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad. Así mismo, estableció que el Estatuto Orgánico del M.F sería regulado por ley; y finalmente, en el tema del nombramiento, estipuló que el Fiscal General sería nombrado por el rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial. Al darse la consolidación del Estatuto Orgánico del Poder Judicial, e implantar los cambios generados con la nueva constitución en materia de M.F, se nota que existen ambigüedades que deben ser solucionadas, tal es el caso de la naturaleza jurídica del M.F; a la cual se le encuentra la solución de integrar la organización, con autonomía funcional, en el Poder Judicial.¹

Se puede ver como el M.F español era un órgano bastante confuso, porque era un operador judicial, que servía a la administración de justicia; estaba integrado en el Poder Judicial como un auxiliar, pero con autonomía respecto de dicho poder. Pareciera ser entonces que el M.F español no era un órgano del Poder Judicial, sino que le colaboraba en la misión de administrar justicia; su autonomía consistía en que no dependía de ningún juez ni magistrado. Ahora bien, respecto del Poder Ejecutivo, había una sujeción, ya que al Fiscal General lo nombraba el rey, a propuesta del gobierno y oído el Consejo Superior del Poder Judicial; además lo podía remover el Consejo de Ministros, o sea el gabinete presidencial. Entonces al encontrarse vinculado a estos dos poderes, el M.F español, no podía ser un órgano imparcial, a pesar de que dicha condición estaba prevista en el texto constitucional; así, el ejercicio de sus funciones se vio afectado, en el sentido de que se daba de una manera conducida por el Poder Ejecutivo y por ello parcializada.

Ahora bien, es necesario referirse a la división que se hace entre misión, funciones y atribuciones del M.F y al ámbito de acción que actualmente posee el M.F, luego de algunas modificaciones a su Estatuto Orgánico; y que en la medida que pasa el tiempo, ha sido ampliado en cierta medida a raíz de las necesidades que van surgiendo.

¹ Amaral Machado B., *ibídem*; pág. 206

La misión del M.F es la razón de ser de dicho órgano, la cual consiste en promover la justicia en defensa de la legalidad. En lo que respecta a las funciones como defensor de la legalidad, debe velar porque la función jurisdiccional se dé eficazmente; debe garantizar el respeto a las instituciones constitucionales; defender la legalidad y el interés público en los procesos que se relacionan con el estado civil; intervenir en los casos ante el tribunal Constitucional en defensa de la legalidad; defender la legalidad en los procesos contenciosos-administrativos; velar porque las resoluciones judiciales que afectan el interés público sean cumplidas (EOMF de 1981); en defensa de los intereses de los ciudadanos debe velar por el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas, garantizar la defensa judicial y extrajudicial de menores e incapaces sin representación legal, interponer recurso de amparo.¹

Establecidas las funciones, para que puedan ser llevadas a cabo por el M.F, a este órgano se le otorga una serie de facultades, tales como el poder de requerir informaciones sobre el estado de procedimientos civiles, criminales o administrativos, además de información acerca del cumplimiento de penas privativas de libertad; además se le faculta para solicitar auxilio de autoridades públicas; se le faculta para dar instrucciones a la Policía y para informar a la opinión pública acerca del contenido de los procedimientos, eso sí, respetando el secreto del sumario y los derechos fundamentales de las personas involucradas en los procedimientos.²

Cabe resaltar que al M.F español, se le perfila prioritariamente como defensor de la legalidad; nótese que el cumplimiento de sus funciones siempre se encamina a que se cumplan las estipulaciones legales hechas en los diferentes campos de acción en que debe intervenir dicho órgano; es pues el principal promotor de la justicia en defensa de la legalidad. Ahora bien, resulta necesario aclarar un punto de suma importancia, el cual trata precisamente de que el M.F es promotor, acusador, no se trata de un órgano investigador, ni mucho menos juzgador; puesto que de estos roles se encarga el poder

¹Amaral Machado B., *ibídem*; pág. 216

²Amaral Machado B., *ibídem*; pág. 216

Judicial. Pero además, resulta ser que el M.F no tiene el monopolio de la función acusadora, ya que existe la acción popular. Parece ser que las funciones asignadas al M.F, siempre se ubican dentro del ámbito de la defensa de la legalidad; por esa razón (y precisamente partiendo de las crecientes necesidades sociales) me surge la idea de que al M.F debe asignársele funciones más allá de la defensa de la legalidad, ya que las necesidades sociales trascienden de lo que las leyes estipulan. Un órgano que deba resguardar los derechos de los ciudadanos, debe encontrarse en capacidad de llegar más a fondo y no quedarse limitado en el ejercicio de la promoción de la justicia.

Al parecer resultaría más conveniente que quien debe activar la justicia, conozca a profundidad el caso, lo cual considero se puede lograr investigando; por lo que se puede decir que el M.F español, sería mejor garante de los derechos fundamentales, asumiendo la función investigativa que está en manos del Poder Judicial, que sea él directamente el que se nutra de la información arrojada por la investigación y que sustente la acusación con una percepción de los hechos más cercana a la realidad; y desde luego que el Poder Judicial se encargue sólo de la función juzgadora; porque además, si los jueces son quienes dictan sentencia en los procesos, pero al igual que los fiscales también deben ser imparciales en el ejercicio de su función, resulta adverso para la obtención de sentencias objetivas, la realización de la investigación del presunto hecho delictivo por parte del juez; ya que este tiene entonces la posibilidad de formarse una idea prejuiciada con respecto a una de las partes involucradas y tomar partido en contra de uno y en favor del otro. No debe entonces el juez conocer del caso en su estado hipotético, sino hasta que haya certeza de que efectivamente hubo un hecho delictivo; y a partir de ahí valore lo investigado y todo lo actuado, junto con el elenco probatorio, para que se forme un criterio objetivo e imparcial, el cual va a expresar como decisión final en el texto de la sentencia.

Finalmente, tenemos que advertir que en vez de avanzar por el camino de fortalecer la independencia del M.F, desvinculándolo del Poder Ejecutivo, en una enmienda constitucional del 2003, se establece que el Fiscal General es nombrado por el

Gobierno por un plazo indefinido y con posibilidad de ser cesado en su cargo en cualquier momento. El modelo de organización del M.F español establece diferentes niveles de control, inclusive de carácter político; al ser el Fiscal General nombrado por el Gobierno y al existir la dependencia jerárquica, se facilita enormemente la manipulación y la conducción de las actuaciones del M.F para la satisfacción de los intereses gubernamentales; situación que además permite que supuestos aliados políticos del gobierno de turno, no sean investigados cuando se les vincule a un hecho delictivo. Se puede decir, que a través del control que ejerce el Gobierno sobre el M.F mediante la forma de nombramiento y remoción del Fiscal General, se podría llegar inclusive a “legitimar actos de corrupción”. El M.F pasa a ser el brazo derecho del partido político en el Gobierno, su funcionario de confianza; razón por la cual va a quedar descalificado por completo prácticamente. Es la designación directa de un sirviente del gobierno.

B) Sistema Innovador: El M.P en Brasil.

Antes de entrar a conocer aspectos detallados en lo que a las funciones que posee el M.P brasileño se refiere, resulta necesario ocuparse del proceso histórico que hay detrás de dicha institución, en el estado que hoy se le conoce; y de lo que ha sido la evolución institucional de esta figura desde sus orígenes hasta la actualidad, así como la manera en que ha alcanzado la ampliación en el número y la naturaleza de sus funciones, además de las nuevas perspectivas que despliega en relación con la defensa del interés público.

El origen del M.P brasileño, se relaciona de manera directa con el derecho portugués. Según la tradición visigótica el rey se miraba indistintamente del Estado, o sea, como si el rey fuera el propio Estado; pero cabe mencionar que a pesar de esa situación, el monarca no tenía la posibilidad de disponer libremente de sus bienes. Para la protección de los bienes, en Portugal se instituye dos importantes figuras *Procuradorias da Coroa y da Fazenda Pública*. El *Procurador do Rei* se instituye de forma permanente en el año 1289; pero es posterior a este hecho que se definen las

funciones del *Procurador do Rei y del Procurador de Justiça*; es decir, se diferencia la función de promover en nombre del Rey, de la de promover la justicia; pero es hasta en 1521, cuando se menciona por primera vez el *promotor de justicia* (fiscal), esto mediante las *Ordenaciones Manuelinas*.¹

Otro dato que resulta importante conocer es el hecho de que en Brasil la figura del *promotor de justicia* fue prevista con la creación del Tribunal *Relação da Bahia*, pues hasta el año 1609 existía solamente la justicia de primera instancia y no existía un órgano especializado como el M.P. Los procesos criminales, se iniciaban de oficio o por iniciativa de la víctima. Luego, en 1751 crean la *Relação da cidade do Rio de Janeiro*, que más adelante va a pasar a ser la *Casa de Suplicação do Brasil* en 1808; en dicho tribunal se separan los cargos de *promotor de justiça, procurador da Coroa y da Fazenda Pública*, los cuales a partir de entonces, van a ser ocupados por distintas personas. Más tarde, con el Código Procesal Penal del Imperio de 1832, se establece que la función acusadora no es exclusiva de los abogados, que puede ser ejercida por cualquiera que esté en capacidad de fungir como jurado. En 1851, se da una alteración en la forma de nombrar al *promotor de justiça*, la función pasó a ser ejercida por tiempo indeterminado y los nombramientos le correspondían al *Imperador de la Corte* y los presidentes de las Provincias, sin que las Cámaras Municipales tomaran partido en ello; con lo cual el poder de nombrar y cesar al integrante del M.P es poseído exclusivamente por el Poder Ejecutivo.²

Con la proclamación de la República el M.P fue reestructurado, en 1890, se presentó al M.P como órgano indispensable para defender y mantener el orden democrático y el correcto desempeño del sistema de administración de justicia, sin embargo, esto no trajo consigo una reforma estructural y las funciones siguieron siendo desempeñadas por integrantes del Poder Judicial. Pero el M.P tuvo un crecimiento institucional importante en el siglo XX, a raíz de la codificación iniciada en 1917 con el

¹Amaral Machado B., *ibídem*; pág. 33

²Amaral Machado B., *ibídem*; pág. 34

Código Civil; y ya en 1934, se menciona por primera vez al M.P en un texto constitucional, estableciendo que el nombramiento del *procurador-geral da República* debía hacerlo el *presidente da República*, aprobado por el Senado.

En el período que va de 1937-1945, se encontraba en la presidencia de Brasil, Getulio Vargas, un mandatario populista y autoritario. Posteriormente asume el poder el General Dutra; y luego regresa Vargas para un nuevo período, que va del año 1950-1954, fecha de su muerte. Luego viene a asumir la presidencia Josselino Cuvichec en el año 1955; sucedido por Geanio Cuadros, quien renuncia; y es su vicepresidente Joao Goulart quien asume la presidencia en el año 1961 (siendo el último de los presidentes constitucionales); ya que en el año 1964, los militares le dan un golpe de estado y se quedan en el poder durante 21 años, es decir, hasta el año 1985, apoyados por E.U.¹

En 1977 se da una enmienda constitucional, en la cual se ve lo que en cierto modo va a comenzar a ser una victoria para los integrantes del M.P, la cual consistió en la previsión de normas uniformes para el M.P de los estados miembros; además comienza a consolidarse el movimiento asociativo de fiscales. En los últimos años de la dictadura, el M.P influyó en el contenido de ciertos proyectos de ley, tal es el caso de la que instituyó la *ação civil pública*; el interés por la representación de intereses difusos y colectivos puso de manifiesto la necesidad de crear un proceso civil adecuado a dichos intereses y en razón de la imposibilidad de que todos los titulares comparecieran a juicio, se hizo necesaria la creación de un representante adecuado que en principio fue el M.P; pero luego, basándose en la experiencia extranjera, específicamente en la italiana, se empieza a encontrar inconvenientes para que dicha misión se le encargara al M.P, básicamente en razón de su lazo histórico con el Poder Ejecutivo. Por esa razón se piensa en un órgano especializado para la tutela de dichos intereses, se legitima para ello a las asociaciones privadas y a personas físicas. Finalmente, luego de muchos debates, al M.P se le quita el monopolio de la *ação civil pública*. Ahora bien, el M.P quedó siempre aventajado sobre las asociaciones civiles, con el llamado *inquérito civil*

¹ Da Silva J.A., 2005; págs. 81 y siguientes.

público, el cual consistía en el poder conferido al M.P de realizar labor investigativa, recolección de informaciones, documentos y pericias; todo esto en defensa de los intereses difusos y colectivos, tales como el medio ambiente, patrimonio histórico, derechos del consumidor y otros.¹

En el año 1985, el gobierno militar no logra sostenerse más. Entonces a raíz de todo el sufrimiento y la opresión en que vivió Brasil durante los períodos dictatoriales y militares, surge un sentimiento democrático que intensifica la necesidad de cambiar su sistema de justicia y en particular, la figura del M.P. Así, tres años después de la caída de la junta militar, en el año 1988, se promulga la actual Constitución, la cual va a crear al M.P brasileño independiente y le va a otorgar una serie de funciones novedosas, algunas de ellas inclusive ajenas a la justicia penal.

Esta última Constitución, llega a dar la autonomía al M.P; dicho órgano fue definido como una institución permanente, necesaria para la función jurisdiccional del Estado, que deberá encargarse de defender el orden jurídico, régimen democrático y los intereses sociales e individuales; al M.P se le define como órgano independiente de los poderes estatales, con total autonomía funcional e institucional, equiparables a las del Poder Judicial.

Se puede apreciar entonces como a través de la historia del surgimiento y evolución del M.P brasileño, dicha institución ha atravesado una serie de variaciones que le han colocado unas veces en una posición estrictamente dependiente del Poder Ejecutivo, otras veces se ha tornado más flexible, pero que finalmente a raíz del surgimiento de nuevos intereses y necesidades y con ellas la encomienda al M.P de funciones que se alejaban cada vez más de su actuación tradicional; surge la necesidad ineludible de realizar un cambio de suma importancia en la institución del M.P, el cual consiste en la desvinculación completa en relación con los poderes estatales, con lo que llega a tornarse autónomo y también idóneo para proteger imparcialmente los intereses

¹Amaral Machado B., *ibídem*; pág. 38

que se le han encomendado. El M.P brasileño es bastante independiente, pues no está adscrito a ningún poder estatal.

Ahora bien, en lo que refiere a la estructura del M.P brasileño, este engloba al M.P de la Unión y los M.P de los estados. El primero incluye al M.P Federal, M.P Militar, M.P de Trabajo y M.P del Distrito Federal y Territorios. El M.P de Brasil, está integrado por diversos órganos, unos son de administración, otros de ejecución y otros auxiliares (entre estos dos últimos no se establece distinción). Los de administración se subdividen en, de administración superior y administrativos simples. En los órganos de administración superior se encuentran la *Procuradoria Geral*, *Colégio de Procuradores*, *Conselho Superior do M.P* y *Corregedoria del M.P*. El primero de esta lista, el *procurador-geral da República*, es nombrado por el presidente de la República entre los integrantes del M.P de la Unión después de la aprobación por mayoría absoluta del Senado; y pierde su cargo únicamente por condena en delito *de responsabilidad*, o por el cese ante iniciativa del presidente de la República debidamente autorizado por la mayoría absoluta del Senado en decisión secreta. Por su parte los *procuradores-gerais*, son nombrados por los gobernadores de cada estado, a partir de una terna creada con los candidatos electos por los *promotores de justicia* y *procuradores de justicia*.¹

Ahora bien, conociendo ya la situación orgánica del M.P brasileño, así como su estructura interna, cabe indicar que este modelo de M.P que instaura la Constitución del año 1988, obedece al surgimiento del modelo moderno del Estado Constitucional de Derecho, fenómeno al que en la doctrina internacional se le conoce con el nombre de “*Constitucionalismo de Tercera Generación*”; antecedida de una segunda etapa de las *Constituciones rígidas de la segunda posguerra* (italiana, alemana y española) y esta a su vez, antecedida por una primera etapa que abarca los siglos XVIII y XIX con las constituciones liberales y flexibles.

Esta etapa de constitucionalismo de tercera generación se inicia en Brasil inmediatamente después de que acaba, en 1985, la última dictadura militar; y en ella se

¹Amaral Machado B., *ibídem*; pág. 50

trata de asegurar real e institucionalmente las libertades y la democracia. Esta fase del constitucionalismo que, en realidad, se había iniciado en la Constitución Portuguesa de 1976, como culminación de la llamada “Revolución de los Claveles”, concluye en la Constitución Brasileña de 1988, que toma por modelo a la primera.¹

La Constitución Brasileña del año 1988, contiene un sistema institucional de garantías muy complejo, que cuenta con normas notablemente rígidas; las cuales prevén la separación de poderes y la tutela de derechos fundamentales; establecen el control de constitucionalidad por omisión, así como la diversidad de vías de acceso y activación de la jurisdicción constitucional; garantiza los derechos políticos, mediante la creación de tribunales electorales. También protege otros derechos de suma importancia, tales como el derecho al ambiente, al trabajo, a los bienes comunes; y lo que resulta completamente novedoso: el establecimiento de deberes presupuestarios que llegan a fijar una cuota mínima del gasto público que se debe destinar a satisfacer derechos sociales y más específicamente, el derecho a la salud y a la educación. En razón de la importancia de esta innovación, es que se logra que la ausencia de normas legales que protejan dichos derechos o la aplicación incorrecta de las que los prevén, sea una trasgresión reparable en sede judicial por iniciativa del M.P, como violación a la Constitución.²

Las nuevas funciones que esta tercera etapa del constitucionalismo viene a otorgar al M.P brasileño, superan la función tradicional del ejercicio de la acción penal pública; van más allá en razón de los derechos fundamentales y de los intereses colectivos que se consagran constitucionalmente, las cuales han impuesto límites al poder público. Se trata, pues, de funciones de garantía que obligan a hacer un replanteamiento teórico y un reforzamiento de la institución del M.P y hasta del propio constitucionalismo; de lo cual se va a extraer un órgano de garantía que pueda accionar eficazmente la tutela de dichas funciones. Según Luigi Ferrajoli, estas funciones vienen a realizar el postulado teórico fundamental del Estado de Derecho, el cual dice lo

¹Ferrajoli L., 1992 ; pág. 1

²Ferrajoli L., ibídem ; pág. 2

siguiente: “*El sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos, debe estar siempre integrado por un juez, pero además debe haber un órgano en grado de activarlo...*”; y en la Constitución de Brasil, ese órgano es el M.P.

Como ya se dijo, con estas nuevas funciones se da un replanteamiento de la figura del M.P y con ello se perfila como órgano institución de garantía, de los bienes, los derechos y los intereses fundamentales; pasa a ser un órgano público poseedor de un papel novedoso que se agrega a la tradicional función de la acusación penal; es más, va a dar un sentido más garantista a dicha función tradicional. Ahora bien, entre todas las nuevas funciones del M.P brasileño, tres de ellas requieren especial mención: *Control de constitucionalidad, Garantía de Derechos Fundamentales y M.P de la Defensa*. De estas funciones anteriormente mencionadas la primera y la segunda, no son propias del sistema penal, en cambio, obviamente la tercera función que se destaca sí lo es.

En lo que atañe al *Control Constitucional*, cabe mencionar que se trata de instituir dentro del M.P un Procurador General el cual va a poseer la titularidad de la acción de inconstitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal, que tiene a su cargo el control centralizado de constitucionalidad, según el modelo italiano de anulación de la ley inválida, que se prevé en Brasil junto al llamado control difuso, por desaplicación por parte del juez ordinario (siguiendo el modelo estadounidense). En realidad ese poder de actuación ante la jurisdicción constitucional le corresponde en Brasil no sólo al procurador general federal, sino a otros sujetos, tales como, el Presidente de la República, la Presidencia de las Cámaras, los Gobernadores de los Estados e incluso los partidos políticos representados en el congreso y los sindicatos con representación nacional. Finalmente, sobre el doble control constitucional, cabe indicar que es reproducido a nivel de cada uno de los Estados Federados; el M.P de cada uno de ellos, posee el poder de solicitar junto a la defensa, la desaplicación de las leyes inválidas, pero además, tiene la titularidad de la acción de inconstitucionalidad que promueve el control concentrado por obra de las Cortes Supremas de los distintos Estados.¹

¹Ferrajoli L., *ibídem*; pág. 3

En lo que respecta al *M.P como órgano de garantía de los derechos fundamentales*, la Constitución brasileña en su artículo 129 le atribuye además del ejercicio de la acción penal y el control sobre la actividad de policía; varias funciones que no son propias del proceso penal, tales como *cuidar de que los poderes públicos y los servicios de utilidad pública respeten los derechos constitucionalmente establecidos; realizar la investigación y la acción civil pública en tutela del patrimonio público y social, del ambiente y de los otros intereses difusos y colectivos; promover la acción de inconstitucionalidad, defender en juicio, los derechos e intereses de las poblaciones indígenas.*¹

Con esta diversidad de funciones y en vista de la materia que cada una se encarga de proteger, se puede decir que el M.P brasileño, es una institución de garantía de los derechos sociales y de la dimensión social de la democracia constitucional. El M.P brasileño viene a colmar el faltante de garantías secundarias de los derechos sociales, queda habilitado para hacer valer en juicio las violaciones de los derechos sociales, a raíz de los incumplimientos del poder público, que van desde las inejecuciones legislativas de los deberes presupuestarios, hasta las inejecuciones administrativas en relación con los ciudadanos. De tal manera propone transformar el viejo Estado Social Burocrático, en un Estado Social de Derecho. Ahora bien, esta diversidad y complejidad de las funciones que posee el M.P. ha implicado que se dé una extraordinaria complejidad de su estructura organizativa; que según el artículo 128 de la Constitución Brasileña, se fragmenta no sólo en el M.P de la Unión y el M.P de los Estados, sino que también debe hacerlo en el número de sectores en los cuales interviene y que además debe contar con gran número de colaboradores y consultores técnicos, e inclusive debe contar con una Universidad del M.P.²

Ahora bien, con respecto al *M.P de la Defensa*, cabe indicar que se introduce dicha figura junto al M.P titular de la acción penal (a requerimiento del imputado), es el “*Defensor del Pueblo*”. Esta tercera función es desarrollada en el ámbito de la justicia

¹Constitución Política de Brasil; 1988. Artículo 129.

²Ferrajoli L., *ibídem*; pág. 4

penal, pero es distinta y separada; encomendada a una institución diversa y contrapuesta al M.P acusador. Esta nueva función tiene varios fundamentos axiológicos, necesarios de ser mencionados. En primer lugar, los principios de igualdad y de defensa, siendo derechos fundamentales de todos, deben ser garantizados a todos por la esfera pública, cuando el imputado no escoja un defensor de su confianza. En segundo lugar, se trata de tutelar el interés público, que no sólo se compone de la necesidad de condenar a quienes sean culpables de un hecho delictivo, sino también importa la necesidad de tutelar a las personas inocentes; ya que a esta los cubre ante todo, la presunción constitucional de inocencia. Y como tercer fundamento, tenemos que la legitimación de la jurisdicción consiste en la comprobación de la verdad procesal, pero para ello se necesita la igualdad de las partes en el contradictorio; así como es necesario que las hipótesis acusatorias sean debidamente probadas y acreditadas a través de la efectiva exposición de las mismas a las refutaciones y contrapruebas aportadas por una defensa fuerte y poseedora de poderes equivalentes a los de la acusación pública.¹

Además cabe mencionar que la institución del M.P de la defensa, encuentra su sentido en el hecho de que si el estado lleva a juicio a una persona a través del M.P de la acusación y este siendo presuntamente inocente, resultaría injusto que deba además de enfrentar el desagrado moral y la ofensa de su reputación, también asumir (a pesar de su derecho fundamental a la defensa) los gastos del proceso, que además puede ser termine en una sentencia absolutoria. Es por esta razón que se dice que la defensa pública en manos de un magistrado, constituye una garantía del debido proceso; porque de no darse de ese modo, su falta haría vanas las demás garantías penales y procesales, al desarrollarse el proceso conducido por una clara desigualdad económica, al no poseer el acusado los recursos dinerarios para pagar un defensor de confianza, lo cual finalmente se traduce en una disminución de la dignidad de la persona del acusado.

Finalmente, con respecto a estas nuevas funciones del M.P brasileño, es importante mencionar los rasgos fundamentales que comparten entre ellas; tales como,

¹Ferrajoli L., *ibídem*; pág. 5

que se trata no de funciones innovadoras como la legislativa, sino de conservación del orden existente; y que se encargan de dar sanción y reparación a las violaciones de la ley penal; otro rasgo común es que se constituyen en una garantía secundaria de las garantías primarias (derechos fundamentales) violadas por la legislación y la administración pública; y el último rasgo común es la exigencia a estas funciones, de separación e independencia frente a los poderes políticos gubernamentales.¹

El alto grado de independencia del M.P brasileño, la amplitud en el número y la diversidad en la naturaleza de sus funciones, hacen de esta institución un verdadero guardián de los derechos de los ciudadanos, dentro del moderno Estado de Derechos Humanos. Situación que logra colocarlo en un plano de superioridad con respecto a los M.P de muchos países de América y el mundo; y que desde luego lo convierte en un modelo digno de ser imitado e implantado por cualquier Estado que verdaderamente respete la dignidad humana.

C) Sistema Costarricense: Posición intermedia.

Este sistema constituye la posición intermedia entre los dos sistemas anteriores, pues no se trata ni de lejos de un sistema tan diversificado en sus funciones como el brasileño; pero tampoco es tan limitado como el español.

En el sistema costarricense no se puede afirmar que el M.P goce de independencia orgánica; dicho cuerpo de órganos, según lo establece su Ley Orgánica en el artículo 1º, pertenece al Poder Judicial. A la cabeza del M.P se encuentra el Fiscal General, el cual es nombrado, según el artículo 23 ibídem, por mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Corte Plena. En conclusión, el M.P es, en principio, dependiente del Poder Judicial, puesto que se encuentra articulado orgánicamente en él y, además, el nombramiento de su máximo jerarca es realizado por el propio Poder Judicial.

Ahora bien, es de pensar que, por la manera en que la Corte Suprema de Justicia es constituida en Costa Rica, se podría generar una intromisión del Poder Legislativo, o

¹Ferrajoli L., ibídem; pág. 6

aún del Poder Ejecutivo, en el nombramiento del M.P; lo anterior en razón de que (según se desprende de los artículos 121, inciso 3) y 157 de la Constitución, y 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) los magistrados de la Corte Suprema de Justicia son designados por, y se juramentan ante la Asamblea Legislativa. Entonces pareciera ser que en cierto modo las condiciones en las que se produce el nombramiento del Fiscal General (quien deberá trazar las líneas que definen la política del M.P) pueden dar lugar al ejercicio de una influencia que, aunque indirecta, puede ser muy fuerte por parte de aquellos poderes; lo cual en mi opinión, podría impedir un funcionamiento objetivo del M.P.

Por otra parte, es necesario mencionar los principios que rigen al M.P en Costa Rica, que son fundamentalmente “unidad de las actuaciones” y la “dependencia jerárquica”: La “unidad de las actuaciones” (artículo 1 de la LOMP) consiste en el manejo unificado de las acciones y la creación de un criterio unitario en la interpretación de las leyes por parte de cada uno de los integrantes del M.P (fiscales de los distintos rangos), a partir de las instrucciones generales y especiales emitidas por el Fiscal General (artículo 13 de la LOMP); y la “dependencia jerárquica”, que consiste en la estructura piramidal del ente en cuya cima está el Fiscal General, del M.P, quien además es su representante en todo el territorio costarricense; del cual, los demás fiscales son sus subordinados, es decir: están sometidos a su poder disciplinario y deben acatar sus orientaciones generales e instrucciones dadas (artículo 14 de la LOMP).

Con respecto al tema de la independencia del M.P, como ya se dijo, dicho órgano no goza de independencia orgánica, aunque sí de independencia funcional; la cual consiste en el libre ejercicio de sus facultades y atribuciones legales y reglamentarias por parte del M.P (artículo 3 de la LOMP); libre en el sentido de que no puede ser coartado ni impelido por ninguna otra autoridad, excepto por los Tribunales de Justicia en el ámbito de su competencia, que es la Justicia Penal.

Finalmente es necesario hacer referencia al tema de las funciones del M.P, al cual según el artículo 2 de la LOMP, le compete el requerimiento ante los tribunales

penales de la aplicación de la ley, a través del ejercicio de la acción penal, además de encargarse de la investigación preparatoria en los delitos de acción pública. Además debe intervenir en el procedimiento de ejecución de la pena en la defensa civil de la víctima y demás funciones que la ley le otorga. También entre las atribuciones del M.P se encuentra el establecimiento de directrices y prioridades que deben ser acatadas por el Organismo de Investigación Judicial (de quien se sirve el M.P para realizar la investigación preliminar) para el correcto desarrollo de la investigación. Inclusive en los casos que sea necesario, se hará servir de la policía administrativa, para llevar a cabo la investigación de los delitos.

Sección II. La comparación permite apreciar las diferencias

A) Entre España y Brasil: Resaltaría la precariedad del sistema español y la abundancia del sistema brasileño.

El M.F español, pertenece al Poder Ejecutivo; es nombrado de manera directa por el Gobierno, nombrado en su cargo por tiempo indefinido y removido en cualquier momento; el Consejo de Ministros, tiene a su cargo el poder disciplinario sobre el M.F. Por su parte el M.P brasileño es bastante independiente de cualquier otro poder; porque como ya se dijo, a pesar de ser el *Procurador Geral*, nombrado por el presidente de la República, éste debe hacerlo escogiéndolo entre los integrantes del M.P de la Unión, después de la aprobación por mayoría absoluta del Senado; y además tiene la garantía de que su remoción se da únicamente por condena en delito *de responsabilidad*, o por el cese ante iniciativa del presidente de la República debidamente autorizado por la mayoría absoluta del Senado.. La anterior comparación se refiere entonces al aspecto orgánico del M.F español y del M.P brasileño.

Ahora bien en el aspecto funcional cabe mencionar que al M.F español le concierne promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público; también velar por la independencia de los tribunales y la satisfacción ante estos del interés social; es titular en el ejercicio de la acción penal, pero no se encarga de la investigación; pues esta es función del Juez Instructor, quien la

dirige y se sirve de la Policía Judicial para la realización de la misma. Esto puede llegar a ser sumamente perjudicial, porque si lo que se busca es que se den procesos penales justos, que tutelen correctamente los derechos de los ciudadanos, no debe el juez encargarse de la investigación, pues va a adquirir de tal modo una idea prejuiciada que va a impedir que el proceso se dé de manera objetiva e imparcial, porque además va a ser extensiva a todos sus colegas; en razón de esta situación, no se constituye el M.F español en un verdadero guardián de los derechos humanos. Por su parte, el M.P brasileño tiene una gran diversidad de funciones, es investigador, se encarga del ejercicio de la acción penal, de la acción civil pública; además, como funciones totalmente novedosas, tiene a su cargo el “control de constitucionalidad”, el cual consiste en que los actos parlamentarios sean acordes al espíritu de la Constitución y respeten lo garantizado constitucionalmente; es también “garante de los Derechos Fundamentales”, por lo que debe cuidar de que los poderes públicos y servicios de utilidad pública respeten los derechos tutelados en la Constitución, teniendo entonces el poder de interponer la “acción de inconstitucionalidad” ante todos aquellos actos que resulten violatorios de los derechos fundamentales de los ciudadanos; finalmente, tiene como innovación, la figura del “M.P de la Defensa”, que se encarga de garantizar igualdad a las partes en el proceso, o sea, que ambos tengan garantizada su defensa, lo cual es además garantía del debido proceso.

La limitación del modelo de M.P español en el número y naturaleza de sus funciones, respecto del M.P brasileño, lo sitúa en una abismal desventaja; son modelos completamente antagónicos. Uno muy reducido en el número de funciones, con un desempeño tradicional en el ámbito único de la justicia penal, es decir, con la única función de ejercer la acción penal y sujeto al Poder Ejecutivo, o sea carente de independencia y objetividad, que es el caso del M.F español; el otro, con una vasta lista de funciones, de las cuales muchas trascienden el ámbito de la justicia penal, las cuales hacen del M.P brasileño un verdadero garante de los derechos humanos.

Ahora bien, en este punto se hace necesario aludir, aunque sea de modo somero,

a las diferencias históricas y políticas que han determinado la existencia de ambos modelos. Y es que en el caso de España, ese modelo de M.F totalmente dependiente del Poder Ejecutivo y con escasas de funciones, instituido en la Constitución de 1978, obedece a varios siglos en que a excepción de dos pequeños períodos de vida republicana, lo que ha existido es un sistema monárquico, donde los ciudadanos han estado completamente sometidos a la autoridad del Rey; pero fue determinante además ese largo período dictatorial, los 40 años de la dictadura franquista; en la que los derechos ciudadanos estaban sometidos a la voluntad del dictador. Así, esa última Constitución, fue promulgada con muy pocos cambios y sin conquistar independencia para la institución del M.F; se continuó en la misma línea de sometimiento, pues ello es producto de una tradición que España ha sabido conservar fielmente, a pesar de que ha sido y sigue siendo muy perjudicial para el reconocimiento y tutela de los derechos humanos.¹

Muy diferente ha sido lo sucedido en Brasil, que a raíz de todo el sufrimiento y la opresión en que vivió durante los períodos dictatoriales y militares, surge un sentimiento democrático que intensifica la necesidad de cambiar su sistema de justicia y muy especialmente, la figura del M.P, que se constituye en su principal puerta de acceso. Así, tres años después concluir el último período militar, en el año 1988, se promulga la actual Constitución, la cual va a crear al M.P brasileño independiente y le va a otorgar una serie de funciones novedosas, algunas de ellas inclusive van más allá del ámbito de la justicia penal.²

Así pues, han sido muy distintos la historia y el desarrollo político de cada uno de estos países, por ende, muy distinto el resultado en relación con una institución estratégica como el M.P; y muy desproporcionado el tratamiento y protección que cada sistema ofrece a los derechos humanos de sus ciudadanos. El M.P brasileño es, en el plano normativo, ejemplo de respeto y garantía de la condición humana; por el

¹Entrevista a Walter Antillón Montealegre. Fecha: Miércoles 5 de diciembre de 2012. Hora: 11 a.m.

²Entrevista a Walter Antillón Montealegre. Fecha: Miércoles 5 de diciembre de 2012. Hora: 11 a.m.

contrario, el sistema español acentúa en sus normas la hegemonía y la dominación del Poder Ejecutivo, inclusive muy por encima de sus ciudadanos.

B) Entre España y Costa Rica: Se resaltaría la precariedad del Sistema Español.

El M.F español, pertenece al Poder Ejecutivo; por su parte el M.P costarricense pertenece al Poder Judicial. En el caso de España el Fiscal General es nombrado de manera directa por el Gobierno, por tiempo indefinido y con posibilidad de ser cesado en su cargo en cualquier momento y, su régimen disciplinario se encuentra en manos del Consejo de Ministros. En el caso de Costa Rica el Fiscal General es nombrado por el Poder Judicial, a través de la Corte Suprema de Justicia; aunque debemos recordar, como antes quedó expuesto, que los magistrados que la componen son nombrados por los diputados, con lo cual nos encontramos ante la posibilidad real de una interferencia indirecta del Poder Legislativo sobre el M.P.

La anterior comparación se refiere entonces al aspecto orgánico del M.F español y del M.P costarricense. Pero además es necesario hacer la comparación en el aspecto funcional del órgano en estudio, en los dos países:

- a) En el caso de España al M.F le concierne promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público; velar por la independencia de los tribunales y la satisfacción ante estos del interés social; de modo que el M.F es titular de la acción penal; pero no se encarga de la investigación, ya que esta es función del Juez Instructor, quien la dirige y se sirve de la Policía Judicial para la realización de la misma.
- b) Por su parte, Costa Rica tiene un M.P encargado del ejercicio de la acción penal pública; pero además se encarga este de la realización de la investigación preliminar, sirviéndose para ello de la Policía Judicial.

Entonces nótese que España posee un M.F que se limita a la función de ejercicio de la acción penal en defensa de la legalidad; pero no se trata de un órgano investigador, por lo que quien va a tener los poderes para hacer llegar al proceso los

elementos de convicción es el juez instructor.

Resulta inconveniente la anterior situación, básicamente por dos razones: a) quien acusa debe estar convencido por su propio conocimiento de que hay suficientes elementos para el ejercicio de la acción, cabe insistir, convencido, no simplemente informado; b) porque si lo que se busca es que se dé un proceso justo, que tutele eficientemente los derechos de los ciudadanos, no debe el juez dirigir la investigación, pues podría contaminar el ambiente judicial e inducir en sus colegas una idea prejuiciada con respecto a la participación del imputado en el hecho investigado; y así se estaría colocando a éste en desventaja. En suma, con la investigación en manos de un miembro de la judicatura, parece ser que los derechos de los ciudadanos no están suficientemente garantizados. Es en lo anteriormente expuesto que radica la desventaja del M.F español respecto del M.P costarricense; además de la desventaja en el aspecto orgánico, que como ya se dijo en el caso de España el M.F es un sirviente del partido político que se encuentra en el Gobierno, al ser designado directamente por éste; lo cual no ocurre con el M.P costarricense.

C) Entre C.R y Brasil: Se resaltaría la amplitud de funciones del M.P brasileño, en comparación con el M.P costarricense.

En el caso del M.P brasileño, en su aspecto orgánico este goza de un alto grado de independencia, respecto de los demás poderes; pues a pesar de ser el *Procurador Geral*, nombrado por el presidente de la República, éste debe hacerlo escogiéndolo entre los integrantes del M.P de la Unión, después de la aprobación por mayoría absoluta del Senado; y además tiene la garantía de que su remoción se da únicamente por condena en delito *de responsabilidad*, o por el cese ante iniciativa del presidente de la República debidamente autorizado por la mayoría absoluta del Senado. En el caso de Costa Rica, el M.P es un órgano perteneciente al Poder Judicial y sometido al poder disciplinario del Consejo Superior del Poder Judicial y de la Corte Plena. En este sentido, el M.P brasileño se sitúa en clara ventaja respecto del M.P costarricense, al tener garantizado un alto grado de independencia y, con ello también de objetividad y de imparcialidad en

el ejercicio de sus funciones; no así el M.P costarricense, en el cual el Fiscal General es nombrado como antes lo expliqué; con lo cual (aunque indirectamente) hay la posibilidad de una intromisión interna o externa sobre la actividad del M.P, situación que eventualmente puede facilitar la parcialización en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, en el aspecto funcional, cabe indicar que el M.P brasileño tiene una amplísima gama de funciones; lo cual no ocurre con el M.P costarricense, el cual se limita básicamente a las funciones investigativa y acusadora. El M.P brasileño se encarga de la investigación; del ejercicio de la acción penal; de la acción civil pública; además, como funciones totalmente novedosas, se encarga del “control de constitucionalidad”, el cual consiste en que los actos parlamentarios sean acordes al espíritu de la Constitución y respeten lo garantizado constitucionalmente; es también “garante de los Derechos Fundamentales”, por lo que debe cuidar de que los poderes públicos y servicios de utilidad pública respeten los derechos tutelados en la Constitución, teniendo entonces el poder de interponer la “acción de inconstitucionalidad” ante todos aquellos actos que resulten violatorios de los derechos fundamentales de los ciudadanos consagrados en la Constitución.

Finalmente, la Constitución Brasileña tiene como innovación, la figura del “M.P de la Defensa”, el cual se encarga de garantizar igualdad a las partes en el proceso, o sea, que ambos tengan garantizada su defensa, lo cual es además garantía del debido proceso.

En efecto, la Constitución de Brasil adopta un concepto amplio sobre el Ministerio Público, abarcando en el mismo lo que nosotros regulamos por aparte bajo el nombre de “Defensa Pública”. Ya Luigi Ferrajoli, señalaba lo acertado de esa concepción amplia, que se funda en el significado de la expresión Ministerio Público, que es el de servicio público, lo cual admite tanto las funciones de acusación, de defensa y otras más. En vista de ello, Costa Rica deberá realizar una reforma constitucional que incluya la idea de constitucionalizar también la función pública de la Defensa bajo el concepto de “Ministerio Público de la Defensa”, contrapuesto

simétricamente al “Ministerio Público de la Acusación”.

Esta diversidad de funciones del M.P brasileño, lo sitúa en clara ventaja respecto del M.P costarricense, en beneficio de todas las personas que habitan el territorio del Estado.

Habrà quienes se pregunten si estas innovaciones conducen a una hipertrofia del M.P que pudiera ser contraproducente; pero a mí me parece que el significado de esos cambios responde al propósito de aumentar y mejorar las garantías de cumplimiento de los objetivos del Estado Democrático y Constitucional de Derecho, garantías que en muchos países sólo existen en el papel precisamente porque no hay ni en el pueblo ni en los gobernantes una fuerte conciencia de su necesidad. Si Costa Rica aspira seriamente a ser ese Estado Democrático y Constitucional de Derecho que todos repiten, es preciso considerar seriamente las posibilidades que ofrece una reforma institucional, como la que consagra la Constitución de Brasil, que por una parte amplía las funciones del M.P en tutela de los derechos de las personas, y por otra parte refuerza notablemente las garantías de su independencia.

Conclusiones

1. El modelo de M.F español, sufre de graves deficiencias, derivadas de su sometimiento al Poder Ejecutivo, al depender del Gobierno el libre nombramiento y remoción de su Fiscal General; y al ostentar este una jefatura vertical sobre los restantes funcionarios.
2. El modelo de M.F español es tradicional, está condicionado por los intereses gubernamentales, por lo que podrían cuestionarse su imparcialidad y objetividad; lo cual refleja que los intereses de los ciudadanos no están debidamente protegidos.
3. El M.F español, es limitado en su campo de acción, pues se reduce a varias formas de ejercicio de la acción en el proceso (principalmente la acción penal) en defensa de la legalidad, pero carece de potestades investigativas, las cuales pertenecen al juez instructor.
4. El modelo de M.P brasileño es abundante en el número de sus funciones: es investigador; es acusador, pues ejerce la acción penal; ejerce la acción civil pública; pero además tiene las funciones novedosas (algunas inclusive ajenas al ámbito de la justicia penal) del “control de constitucionalidad”, de garante de los derechos fundamentales” y de “M.P de la Defensa”.
5. El M.P brasileño es bastante independiente, puede decirse que está considerablemente libre de presiones por parte de otros poderes.
6. El modelo de M.P brasileño es innovador; y sirve de ejemplo para otros Estados, en la misión de redefinir la institución en su aspecto orgánico; pero también en la diversidad de sus funciones.
7. Por su parte el modelo de M.P costarricense se ubica en una posición intermedia respecto de los modelos español y brasileño. No es tan limitado ni tan dependiente como el modelo español, pero tampoco es tan amplio e innovador como el brasileño.

8. Más específicamente, el modelo costarricense es desventajoso respecto del modelo brasileño en su aspecto orgánico, en razón de que depende del Poder Judicial; y en su aspecto funcional, en tanto que es investigador y acusador en el proceso penal, pero de hecho se agota en dichas funciones, pues su campo de acción no trasciende a otros ámbitos dentro de la legalidad constitucional y la tutela de los derechos fundamentales.
9. Pero en cambio es ventajoso respecto del modelo español: en su aspecto orgánico porque no depende del Poder Ejecutivo, al contrario de España, como hemos visto; y en su aspecto funcional, Costa Rica presenta la ventaja de que su M.P no sólo es acusador, sino que además es investigador.
10. En vista de los resultados que han quedado someramente descritos, me parece razonable sugerir que conviene a Costa Rica, para determinar los cambios a realizar en la institución en estudio, apartarse en la mayor medida posible del modelo español, el cual influiría únicamente para limitarle y dejarle en verdadero rezago; y estudiar atentamente las innovaciones que en el plano normativo presenta el modelo brasileño, para analizar la viabilidad de la incorporación y adaptación de las mismas al modelo costarricense, diversificándolo en sus funciones y garantizándole su independencia; para convertirlo en un mejor garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos.
11. Concluyendo pues, de la comparación entre los modelos normativos de M.P de Brasil, de Costa Rica y de España, surge en mi criterio un convencimiento razonable de que Costa Rica se vería beneficiada si tomara como ejemplo al modelo de M.P de Brasil, para realizar los cambios, en verdad necesarios que permitan convertir a nuestro M.P en un verdadero protector de la dignidad y los derechos fundamentales de las personas; y en un eficaz propiciador del acceso de todos a la justicia.
12. También, es necesario resaltar un aspecto positivo que poseen tanto el modelo

brasileño como el español de M.P; del cual carece el modelo costarricense. Y es que en Brasil y en España, al M.P se le regula dentro de la Constitución, con lo que se le otorga una fisonomía, rango y funciones estables, no dependientes de los vaivenes políticos.

RECOMENDACIONES

De acuerdo con lo que hemos considerado en este trabajo, y que ha quedado resumido en las conclusiones, me parece necesario recomendar una reforma constitucional para introducir en el texto de nuestra Carta Fundamental un nuevo título a continuación del XI que se refiere al Poder Judicial, con el articulado relativo al Ministerio Público, sobre las siguientes bases:

1. Es preciso en primer lugar, hacer notar una diferencia de estilo entre Brasil y Costa Rica: El artículo 127 de la Constitución brasileña contiene algo así como una definición del Ministerio Público, lo cual no corresponde al estilo de nuestra Constitución, que no da definiciones sobre los órganos del Estado; y entonces me parece que debemos empezara regular el Ministerio Público sin definirlo previamente.
2. La Constitución de Brasil adopta un concepto amplio sobre el Ministerio Público, abarcando en el mismo lo que nosotros regulamos por aparte bajo el nombre de “Defensa Pública”. Ya Luigi Ferrajoli, señalaba lo acertado de esa concepción amplia, que se funda en el significado de la expresión Ministerio Público, que es el de servicio público, lo cual admite tanto las funciones de acusación, de defensa y otras más. En consecuencia, mi propuesta acoge la idea de constitucionalizar también la función pública de la defensa bajo el concepto de “Ministerio Público de la Defensa”, contrapuesto simétricamente al “Ministerio Público de la Acusación”.
3. Un artículo inicial del propuesto título XII de la Constitución señalaría el rango del Ministerio Público dentro de la organización del Estado,

atribuyéndole las características de independencia, la unidad, la indivisibilidad y asignándole la función general que se le atribuye.

4. Deberá existir un Fiscal General que ejerza la coordinación de todos los miembros del organismo; pero ello sin perjuicio de la independencia de criterio de los fiscales. Las políticas de la institución serán fijadas colectivamente, en asambleas que en forma periódica convocará el Fiscal General.
5. El nombramiento de los fiscales, así como su remoción, promoción, traslados y régimen disciplinario estará a cargo de un Consejo Superior de la Fiscalía, integrado en forma heterogénea, pero con prevalencia del voto de los miembros electos por el cuerpo de fiscales de la República.
6. Otro artículo describiría a grandes líneas la organización del ente, haciendo en primer lugar una distinción neta entre “Ministerio Público de la Acusación” y “Ministerio Público de la Defensa”.
7. Un artículo muy importante será el que defina las funciones del Ministerio Público. En esto me parece conveniente seguir parcialmente el ejemplo de Brasil, incorporando entre las funciones que le corresponden, además de las tradicionales, la titularidad de la acción por inconstitucionalidad de la ley, así como la tutela de los derechos humanos y, como dije anteriormente, la Defensa Pública.

Así las cosas, el texto de la propuesta para una reforma constitucional, deberá quedar de la siguiente manera:

ARTÍCULO 1: Se reforma la Constitución Política para que se inserte un nuevo Título XII que dirá así:

TÍTULO XII

DEL MINISTERIO PÚBLICO

Artículo 168°

El Ministerio Público es un organismo autónomo, independiente de todo otro Poder, tanto en su aspecto orgánico como en su aspecto funcional; está instituido para la defensa del orden jurídico, el régimen democrático y los intereses sociales e individuales indisponibles.

Artículo 169°

El Ministerio Público se rige por los principios de unidad e indivisibilidad. Además no tendrá un sistema de jerarquía interna.

Artículo 170°

El Ministerio Público está integrado por el Ministerio Público de la Acusación y el Ministerio Público de la Defensa.

Artículo 171°

El Ministerio Público tendrá a cargo las siguientes funciones:

- a) Realizar la investigación preparatoria en el proceso penal.
- b) Ejercer la acción penal pública y la acción civil resarcitoria en favor de la

- víctima conforme a la ley.
- c) Ejercer la acción por inconstitucionalidad de la ley.
 - d) Tutelar los derechos humanos.
 - e) Ejercer la Defensa Pública.
 - f) Las demás que disponga la ley.

Artículo 172°

El nombramiento, remoción, promoción, traslado, y régimen disciplinario de los fiscales y defensores, corresponderá a un Consejo Superior del Ministerio Público, integrado de manera de garantizar su total independencia. La mayoría de sus miembros serán electos en votación directa y secreta por el cuerpo de fiscales y defensores de la República.

Artículo 173°

El Ministerio Público gozará de presupuesto separado; y elaborará anualmente su proyecto de presupuesto de acuerdo con la ley.

Artículo 174°

El Organismo de Investigación Judicial, está adscrito al Ministerio Público.

ARTÍCULO 2: Córrese la numeración de los títulos y artículos sucesivos.

ARTÍCULO 3: Rige a partir de su publicación.

BIBLIOGRAFÍA

1. Amaral Machado Bruno. (2007) Fiscalías: su papel social y jurídico-político. Barcelona, España. Anthropos.
2. Andrés Ibáñez Perfecto. “Por un Ministerio Público Dentro de la legalidad”. Revista Nueva Doctrina Penal. B. 1998.
3. Antillón Montealegre Walter. (2001). Teoría del Proceso Jurisdiccional. San José, Costa Rica. Investigaciones Jurídicas S.A.
4. Bergalli Roberto. (1999). Hacia una Cultura de la Jurisdicción: Ideologías de Jueces y Fiscales. Buenos Aires, Argentina. AD.HOC.
5. Binder Alberto. “Ideas para iniciar un debate acerca de la reforma del sistema de justicia en América Latina”. Revista de ciencias penales. 2009.
6. Chénon Émile. (1929). Historia General del Derecho Francés Público y Privado. Tomo II. Paris, Sirey.
7. Código de Procedimientos Penales de Costa Rica de 1910.
8. Código de Procedimientos Penales de Costa Rica de 1975.
9. Código Procesal Penal de Costa Rica de 1998.
10. Compte Massach Teresa. “Profundizando en el Modelo Constitucional del Ministerio Fiscal”. Revista Jueces Para La Democracia. 23. 1994.
11. Constitución Política de Brasil de 1988.
12. Constitución Política de Colombia de 1991.
13. Constitución Política de Costa Rica de 1949.
14. Diario Digital el País.
15. Diario Digital La Nación.

16. Diario Digital La República.
17. Da Silva José Alfonso. (2005). Curso de Direito Constitucional Positivo. Brasil. Malheiros Editores.
18. Esmein Adhemar. (1969). Historia del Procedimiento Criminal en Francia. Frankfurt am Main. Sauer & Auvermann KG.
19. Ferrajoli L. (1992) Por un Ministerio Público como Institución de Garantía.
20. Fix-Zamudio Héctor. (2004). Función Constitucional del Ministerio Público. México. UNAM.
21. Granados Francisco. (1989). El Ministerio Fiscal (del Presente al Futuro). Madrid. Tecnos S.A.
22. Helie Faustine. (1877). Tratado de Instrucción Criminal o Teoría del Código de Instrucción Criminal. Tomo I. Paris, Francia. Marchal Billard.
23. Huber Bárbara. “La Posición de los Órganos de Acusación en Gran Bretaña”. Revista Ministerio Público)y Acusación Penal. Problemas y Perspectivas de Reforma. 1984.
24. Ley del Ministerio Público de Argentina. **Ley N° 24.946**
25. Ley Orgánica del Ministerio Público de Costa Rica.
26. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de Costa Rica.
27. Llobet Javier. (1998). Proceso Penal Comentado. Costa Rica. UCI.
28. Maier Julio. (1989). Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo 1b. Buenos Aires, Argentina. Hammurabi.

29. Manzini Vincenzo. (1958). Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Egea.
30. Maravall José Antonio. (1984). Las Comunidades de Castilla. Madrid, España. Alianza Editorial.
31. Muhm. R. “Dependencia del MP del Ejecutivo en la República Federal Alemana”. Revista Jueces Para La Democracia. 22. Feb. 1994.
32. Nicod Jean Claude. “El MP en Francia”. Revista Jueces Para La Democracia. 18. 1993.
33. Nobili Massimo. “Acusación y Burocracia”, en “Ministerio Público y Acusación Penal. Problemas y Perspectivas de Reforma”. 1984. (A cargo de Giovanni Conso).
34. Noticias Digitales Al Día.
35. Noticias Digitales Crhoy.com.
36. Palacios Marco y Safford Frank. (2002) Colombia País Fragmentado, Sociedad Dividida. Su Historia. Bogotá, Colombia. Norma.
37. Pizzorusso Alessandro. “Relaciones Entre los Órganos Constitucionales Políticos y el Ministerio Público”. Revista Ministerio Público y Acusación Penal. Problemas y Perspectivas de Reforma. 14. 1984. (A cargo de Giovanni Conso).
38. Pizzorusso Alessandro. (1987). Curso de Derecho Comparado. Barcelona, España. Ariel.
39. Scaparone Metello: “Ministerio Público”. (1988). En Enciclopedia del Diritto. Tomo 37.

40. Schwartz Bernard. (1948). Jurisdicción Penal Federal y Persecución Discrecional. Stanford.
41. Sitio Oficial del Ministerio Público de Costa Rica.
42. Tomás y Valiente Francisco. (1983). Manual de Historia del Derecho Español. Madrid, España. Tecnos.

ANEXOS

ANEXO 1: ENTREVISTA A WALTER ANTILLÓN MONTEALEGRE.

FECHA: miércoles 5 de diciembre de 2012 HORA: 11 a.m.

PREGUNTA 1: *¿Cómo ve usted el desarrollo del M.P en la historia de C.R?*

R/ Empezando por el principio, en el Código General del año 1841 (Código de Carrillo) se puede observar un ejemplo del proceso inquisitorio puro, en el que el juez puede asumir todos los papeles, inclusive el de defensor. Y correlativamente una característica relevante de este proceso es el papel poco significativo del llamado Promotor fiscal, que no ostenta la titularidad de la acción penal y se limita a actuar cuando el juez lo requiere, especialmente en el cierre de las etapas principales del proceso: sobre la prueba, sobre la sentencia, sobre la apelación, etc. La práctica era que cuando el juez iniciaba un proceso generalmente lo hacía “de oficio”, entonces el fiscal presentaba una acusación que casi siempre consistía en un breve escrito fundado en la prueba recogida por el juez.

PREGUNTA 2: *¿Esa situación que usted acaba de describir, cambia en el código de 1910?*

R/ Podemos sintetizar diciendo que dicha práctica inquisitorial a que me referí en la respuesta anterior duró hasta la derogatoria del código de 1910, que ocurrió en 1975. Pero conviene explicar las cosas: a partir del año 1887, en el que se derogan la parte civil y procesal civil del Código de Carrillo y se promulgan nuevos códigos en dichas materias. También se habla en ese año de la necesidad de sustituir la parte de aquel Código dedicada al procedimiento penal por otra más moderna; y entonces, poco tiempo después de la reforma de 1887 se encarga de esa tarea al joven abogado don José Astúa Aguilar, quien también elaboraría el proyecto para un nuevo Código Penal. Posteriormente, en el año 1898, Astúa, junto con el licenciado Luis Anderson, presenta oficialmente sus proyectos, pero los acontecimientos políticos de ese tiempo impidieron que los mismos se convirtieran en leyes. Por esa razón, no es sino hasta 1906, al final de

la administración de don Ascensión Esquivel, cuando el proyecto procesal de Astúa se convierte en el Código de Procedimientos Penales de Costa Rica que, sin embargo, entra en vigencia en 1910.

Como dije antes, el Código de Procedimientos Penales del año 1910, continuó la tradición inquisitorial consagrada en el Código General de 1841; y esto merece destacarse, porque cuando don José Astúa y don Luis Anderson se pusieron a trabajar, ya estaba vigente en España la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, de corte liberal y garantista; pero ellos prefirieron copiar otro modelo, también español, pero inquisitorio: la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, promulgada durante el breve reinado de Amadeo de Saboya.

El Código de Procedimientos Penales de 1910 regulaba en unas pocas normas al M.P, el cual aunque aparecía un poco menos limitado que el M.P del Código de Carrillo, siempre se trataba de una figura muy débil, casi invisible en la práctica; y es que había una cuestión fundamental: que el juez podía iniciar de oficio los actos procesales en sustitución del ejercicio de la acción penal; o sea, el juez era quien tenía la titularidad de la acción penal, era un juez que podía iniciar el proceso de oficio, o sea, no necesitaba que nadie le instara para iniciar, tramitara y fallara el proceso penal.

PREGUNTA 3: ¿Podría usted hablarme del Código de procedimientos penales de la provincia de Córdoba, Argentina, y de su influencia en el resto de América Latina, y en particular en C.R?

R/ La nueva visión del proceso jurisdiccional que se origina en la polémica entre Windscheid y Muther en 1856, producto de la teoría y los métodos de los Pandectistas, penetra en el campo penal en la primera década del Siglo XX, con las obras de Birkmeyer, Beling y Rosenberg en Alemania, y las de Lucchini, Florian, Manzini y Carnelutti en Italia; y un producto de esa nueva visión es el Código de Procedimiento Penal italiano de 1930, llamado “Código Rocco”; tildado de fascista por el momento y

lugar en que nació, pero con mejoras técnicas indudables respecto a la mayoría de los códigos de la época.

Mientras tanto, en América Latina predominaba aún el modelo inquisitorial, aunque algunas voces críticas, como la de Tomás Jofré en Argentina, presagiaban el cambio. Y fue precisamente en Argentina, en la Provincia de Córdoba, donde ese cambio se produjo cuando los profesores Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde hicieron promulgar en 1939 un código nuevo, inspirado en el modelo italiano. En los veinte años que siguieron, varias provincias de la República Argentina y varios países latinoamericanos renovaron su legislación procesal penal siguiendo el modelo cordobés.

Entre esos países que se inspiran en el modelo de Córdoba está la propia Costa Rica. En la década de los 50, el presidente de la Sala penal, don Máximo Acosta visitó la Argentina y regresó con la iniciativa de que adoptáramos el modelo de Córdoba en nuestra legislación; diez años después, la magistrada Dora Guzmán retomó dicha iniciativa e invitó al profesor cordobés Martínez Bas, a impartir un ciclo de conferencias sobre la codificación del proceso penal; y la culminación de estos esfuerzos fue que la comisión redactora de la Corte invitó al profesor Alfredo Velez Mariconde (padre de la reforma de Córdoba) para que la asesorara. Así las cosas, en poco tiempo, Vélez dejó listo un anteproyecto de ley que fue básicamente nuestro código de procedimientos penales de 1975.

PREGUNTA 4: Es sabido que la madre patria ha ejercido una fuerte influencia en todos nuestros países. En materia de M.P, ejerció España alguna influencia sobre dicha institución en el derecho costarricense?

R/ Es evidente que España ha ejercido una fuerte influencia en sus ex colonias de América, las cuales, en materia legislativa, incluso después de independizadas de la Madre Patria, pasaron varios decenios rigiéndose todavía por muchas de las leyes del Período colonial.

Ahora bien, en lo que atañe al M.P., es necesario hablar de lo sucedido en España a raíz de la creación de la Constitución de 1978, la cual simboliza el fin de una era dictatorial: la era franquista que acaba en el año 1976 con la muerte del Dictador. Los constituyentes españoles de 1978 que diseñan la institución del M.P se encuentran en la siguiente situación: España está saliendo apenas de un período de 40 años de dictadura, en la que los derechos ciudadanos estaban sometidos, en última instancia a la voluntad del dictador; son 40 años de gobierno autoritario unipersonal. Esa situación no era ninguna novedad en la historia de España, por el contrario, como vimos, estaba respaldada por cuatro siglos de monarquía absoluta bajo las dinastías Habsburgo y Borbón (La República del año 1931 a 1938 fue sólo un paréntesis breve). En esas condiciones los constituyentes de 1978, idearon una constitución que, a pesar de la proclamación de democracia, libertades y autonomías, conserva rasgos de autoritarismo centralista. Dentro de ese cuadro lo que cabe es un M.F permeable a la influencia del Poder Ejecutivo, a fin de no debilitar la posición de este; y un M.F estrictamente limitado a la función de acusar.

Pregunta 5: Cambiando un poco el tema, es conocido que usted sostiene la idea de un M.P electo popularmente. Como se trata de un punto de vista que se separa mucho de las opiniones mayoritarias en este tema, podría usted explicarme en qué consiste su tesis sobre el particular y en qué razones se fundamenta?

R/ Desde hace años he sostenido esa idea, junto con otras que en general no gusta a mucha gente, como es el caso del jurado. Es decir, he sostenido que debería ser el pueblo quien decida a quien designar como Fiscal General y sea el mismo pueblo quien se encargue de removerlo en cuanto no proteja sus intereses. Pero hay que aclarar las cosas: en principio estimo que lo ideal es que los ciudadanos ejerzan directamente el poder, como es el caso del jurado; o que designen por votación a los altos funcionarios, tal como ocurre ahora con los presidentes, diputados, etc.; pero ampliando la lista a los jueces, fiscales, etc. Repito: ese es el ideal para mí: el gobierno del pueblo, por el pueblo

y para el pueblo. Pero se necesita un amplio desarrollo de la cultura cívica del pueblo para que estas cosas funcionen bien; y estamos muy lejos de tener esa cultura en Costa Rica.

Por el momento, y siempre con respecto al M.P., tenemos que abogar por su constitucionalización, a fin de que su rango, su autonomía y sus funciones no queden librados al vaivén de la política. Ahora bien, para conseguir la independencia total al menos del Fiscal General, es preciso que su nombramiento y remoción procedan de un ente ad hoc, sustraído a la influencia de la oligarquía y las cúpulas políticas, siguiendo el modelo del Consiglio Superiore della Magistratura italiano. Y que además, en último término sea el control popular el que prevalezca sobre dicha institución.

ANEXO 2: ENTREVISTA REALIZADA A UN ALTO FUNCIONARIO PÚBLICO ANÓNIMO.

Fecha: Martes 8 de enero de 2013. Hora: 2 p.m.

“CUESTIONARIO ACERCA DE LA SITUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN COSTA RICA”

PREGUNTA 1: La Ley Orgánica del Ministerio Público dispone que el Fiscal General, en el ejercicio de sus funciones, es independiente de todo Poder. Esa independencia: a) ¿es tan importante como lo es la del juez, para garantizar los derechos de los ciudadanos?

R/ En efecto, resulta impensable acceder a una justicia pronta y cumplida en materia penal, cuando el órgano encargado por la ley para la promover que los jueces impartan justicia penal, depende de los más variados intereses. De esta forma, tendríamos un Ministerio Público que persigue intereses de ciertos grupos (por ejemplo, la tutela de la propiedad intelectual), y se podría estar dejando de lado la persecución de asuntos que no interesa a dichos grupos que se investiguen (por ejemplo, la persecución de actos de corrupción, lavado de dinero, formas de trata de personas).

b) ¿para garantizarla real y efectivamente frente a los poderes institucionales del Estado y demás entes públicos, y frente a los poderes fácticos, es suficiente esa normativa?

R/ Considero que la normativa para garantizar la independencia del Ministerio Público frente a otros poderes del Estado y otros poderes fácticos, se ha quedado corta. Tenemos un Ministerio Público que en la teoría tiene una independencia funcional, pero en la práctica, dicha independencia se ve mermada porque depende jerárquica y administrativamente de la Corte Suprema de Justicia, que son quienes también designan al Fiscal General de la República cada cuatro años.

PREGUNTA 2: Considera usted que el M.P está influenciado por personas política y económicamente poderosas?

R/Las tentativas de influenciar un órgano de tal importancia como el Ministerio Público siempre existen, lo importante es si dichos intentos logran permear las decisiones y políticas de persecución que se toman a lo interno de dicho órgano de persecución.

Los acontecimientos de los últimos ocho años, han transformado al Ministerio Público, de un ente desconocido para muchos, a una entidad codiciada por los más diversos intereses políticos y económicos.

Sin duda, la persecución y posterior juzgamiento de dos ex Presidentes de la República, se convirtieron en detonante de este fenómeno. Desde entonces, muchas de las decisiones que debieran resolverse en el ámbito político, terminan ante el Ministerio Público para que sea este ente quien tome el toro por los cuernos y decida si las batallas políticas deben continuar en los estrados judiciales. Esto sin duda, ha transformado al Ministerio Público en un ente influenciado por la política nacional y por intereses económicos de gran envergadura.

PREGUNTA 3: ¿En cuáles formas se da esa influencia?

R/ Datos revelados en la prensa han dado a conocer, que el Ministro de Seguridad José María Tijerino llamó a la fiscalía Emilia Navas, quien se encontraba liderando una investigación contra el ex Ministro de la Presidencia Rodrigo Arias, con el fin de averiguar la razón de una citación para recibirle declaración indagatoria. Simultáneamente, en una reunión privada entre la saliente Fiscalía General interina, Liliam Gómez y el actual Fiscal General, Jorge Chavarría, se decidió echar marcha atrás a la diligencia de indagatoria, comunicándole a los fiscales encargados que la declaración indagatoria del señor Rodrigo Arias se suspendía, con el fin de que el nuevo Fiscal General estudiara el asunto. Estos hechos, revelan de forma clara que la influencia del poder político ha permeado a lo interno del Ministerio Público, restándole poder de decisión al ente persecutor de una forma directa.

También se ha dado influencia de estos grupos de interés, con la participación directa de autoridades de la Embajada de los Estados Unidos de América y de la Oficina del Tesoro de esa nación en las investigaciones que tramita la Fiscalía por delitos de

lavado de dinero, como lo fue su actuación en la investigación contra el señor Pascall Howden, en donde incluso en el debate hubo presencia de dichos funcionarios y su creciente interés en la investigación de los delitos relacionados con temas de tutela de propiedad intelectual.

Otra forma más sutil de influencia, se ha evidenciado en casos como el de la investigación por el delito de prevaricato, que se inició contra el ex Presidente de la República Oscar Arias Sánchez, en donde a pesar de que la causa se abrió desde el día siguiente a que se dio el cuestionado “Decreto de Conveniencia Nacional”, la investigación entró en un letargo, que hubiese acabado en el archivo del asunto, de no ser por la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de testimoniar piezas contra el ex Presidente de la República, el ex Ministro del Ambiente y varias personas más. Si bien es cierto, en este caso no se tiene noticia de influencia directa, si se aprecia cierto recelo para actuar contra personajes tan influyentes política y económicamente, como es el caso del ex Presidente Arias, quien hasta la fecha no ha sido intimado sobre los cargos que se le siguen en esa causa.

PREGUNTA 4: ¿Cree usted que el M.P., al no estar protegido mediante instituciones como la inamovilidad y la inmunidad, ha sido objeto de interferencias tanto de los Poderes estatales como de poderes fácticos?

R/ En efecto, pareciera que más que la necesidad de darle al Ministerio Público potestades constitucionales, debería dotarse a la figura del Fiscal General de la garantía de inamovilidad en su cargo y el resguardo de la inmunidad, para garantizar que pueda desempeñar sus funciones con total libertad e independencia.

Recientemente, ante una investigación suscitada por la noticia de que algunos magistrados de la Sala Tercera podrían haber recibido influencias de personas cercanas al ex Presidente Rafal Angel Calderón para que la decisión que debía tomarse en el caso Caja-Fischel resultara favorable a los intereses del ex gobernante, la Corte Plena decidió iniciar un proceso disciplinario contra el Fiscal General, lo que pone en evidencia, como el estatus de removible y la falta de inmunidad, constituye un grave problema para que se desarrolle de forma efectiva la persecución penal sin importar ante quien deba darse la misma.

PREGUNTA 5: ¿Cree usted qué es necesario garantizar la independencia del M.P en la Constitución, con una clara delimitación de las funciones de los fiscales; y elevarlo al mismo rango y privilegios de los Supremos Poderes?

R/ Tal postura sería deseable, aunque resulta poco realizable en la coyuntura política existente, como recientemente ha sido puesto en evidencia en la Corte Plena al discutirse un proyecto de ley propuesto por la Fiscalía General. Tal como lo indiqué anteriormente, bastaría con las garantías de inamovilidad e inmunidad para los fiscales del Ministerio Público en su ámbito funcional.

PREGUNTA 6: Además de garantizársele plena independencia orgánica al M.P, cree usted que debe también eliminarse la jerarquía interna dentro de la institución?

Las jerarquías responden a modelos organizacionales impropios a los Estados democráticos, pues supeditan la estructura a una persona ungida de poderes recibidos de divinidades y por ende incuestionables.

En efecto, pareciera que la independencia orgánica debería llevar aparejada la eliminación de ese carácter jerarquizado del Ministerio Público, en donde más bien las decisiones de política de persecución respondan a criterios funcionales y a la defensa de la legalidad.

PREGUNTA 7: En caso de eliminarse la jerarquía interna del M.P, cómo se debe realizar el nombramiento de los fiscales; y a quién debe corresponderle el régimen disciplinario?

R/ Considero que los fiscales deben ser nombrados por el Ministerio Público y no por entes ajenos, pero su nombramiento debe ir aparejado de una reforma que implemente la carrera fiscal, en donde los nombramientos respondan a criterios técnicos y de méritos, y no por favoritismos o amiguismos con el jerarca. Un órgano de reclutamiento y selección es necesario dentro del Ministerio Público, cuyas decisiones sean respaldadas por una especie de Consejo Fiscal, presidido por el Fiscal General, que avale todo el proceso.

En el caso del Fiscal General, parece que lo prudente es blindar su nombramiento de toda injerencia política o económica, para lo cual debería instaurarse un ente colegiado,

integrado por diversos sectores que valoren la trayectoria, atestados, conocimiento jurídico y solvencia ética de los proponentes, pudiendo tener participación del Colegio de Abogados, la Corte Suprema de Justicia, la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y del Consejo Fiscal.

En cuanto al régimen disciplinario, igualmente debe encontrarse dentro del seno del propio Ministerio Público, y las decisiones que impliquen la aplicación del régimen disciplinario deben ser refrendadas por un ente colegido y no como actualmente se da, pues es el Fiscal General quien tiene la última palabra, aún en casos donde ha sido él mismo quien ha dado la orden de instruir un procedimiento disciplinario.

PREGUNTA 8: En caso de dársele independencia orgánica al M.P pero continuar con la jerarquía interna, cuál cree usted que debe ser la manera de elegir al Fiscal General?

R/Me parece que la forma indicada en la pregunta anterior, debe ser el mecanismo para el nombramiento de un puesto tan delicado como el de Fiscal General en ambos supuestos.

PREGUNTA 9: ¿Cree usted que existe influencia de las cúpulas políticas a través del Poder Ejecutivo, la Asamblea Legislativa o la Corte Suprema para conducir las actuaciones de dicho órgano a la satisfacción de los intereses de aquellas cúpulas?

R/Como lo indiqué anteriormente, los intentos por influir en el órgano de persecución penal siempre van a estar latentes, y los órganos estatales mencionados, resultan idóneos para materializar las influencias de sectores diversos, pues en nuestro sistema jurídico no garantiza de forma efectiva la independencia de poderes, desde que es el poder político quien nombra a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y el Poder Ejecutivo, es la encarnación de ese poder político en el Presidente de la República.

Los ejemplos que mencioné al referirme a las preguntas N° 3 y N° 4, dejan claro que esos intereses han tratado de influir las decisiones del Ministerio Público.

PREGUNTA 10: ¿De qué manera ejercen su influencia aquellos Poderes sobre el M.P.?

R/ Como ya lo indiqué, las formas pueden ser sutiles o directas. Estas últimas pocas veces son conocidas, sino es por la denuncia de algunas personas que se enteran del asunto, y que se rehúsan a tolerar dichas influencias. Las formas sutiles, son aquellas donde no se requiere referirse explícitamente a una decisión, sino que se aprovechan foros indirectos para enviar mensajes, como lo es la utilización de discursos y medios de prensa para señalar que ciertas investigaciones son “una pérdida de tiempo”, que dan una mal señal a los inversionistas, o que se trata de afectar la honra de ciertas personas y que el Ministerio Público se presta para el juego. El juego mediático juega un papel importante en las formas de influencia que sutilmente realizan estos grupos.

PREGUNTA 11: ¿Considera usted que la manera en que actualmente se nombra al Fiscal General afecta su independencia y le condiciona en sus actuaciones, restándole independencia?

R/ Según lo expuesto anteriormente, sí. No puede pensarse en un Fiscal General independiente, cuando sabe que lo han nombrado los magistrados a quienes por disposición legal tiene la obligación de investigarlos si el caso lo amerita, y éstos esperan lealtad por su nombramiento. La prueba de ello es que recientemente se quiso sancionar al Fiscal General por una investigación iniciada contra varios magistrados.

PREGUNTA 12: Si la respuesta a es afirmativa ¿Cree usted que este condicionamiento se extienda a los otros fiscales?

R/ Si el jerarca del M.P. no se encuentra protegido ante las influencias internas y externas, mucho menos sus subalternos, que ejercen la acción penal por delegación del Fiscal General.

PREGUNTA 13: ¿Cuál cree usted que sea la causa por la que en muchos casos el M.P no aborda tenazmente los asuntos en que se encuentran involucrados personajes política y económicamente poderosos?

R/ Creo que las respuestas que se han dado anteriormente, hacen alusión a las causas para el no abordaje tenaz de asuntos donde se involucra a este tipo de personas.

La falta de mecanismos que brinden independencia al M. P. para ejercer la acción penal, provocan que a la postre los esfuerzos que se realicen sirvan únicamente para generar un efecto simbólico ante la ciudadanía, respecto a que el Ministerio Público aplica por igual la ley a todos los ciudadanos, cuando finalmente las causas terminan archivadas por existir la fortaleza para abordar las investigaciones contra este tipo de personas.