
EL MINISTERIO PÚBLICO Y SUS ATRIBUCIONES EN EL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL

JESUS MARINA MARTÍNEZ-PARDO*

Como dice Candido Conde, Teniente Fiscal del Tribunal Supremo español, el Ministerio Público es una institución fruto de la historia. Las necesidades pragmáticas y las construcciones técnico jurídicas han configurado su naturaleza y funciones mas que las concepciones doctrinales preestablecidas. Estas necesidades han hecho del Ministerio Público algo sumamente esencial en los Estados de Derecho, una verdadera pieza clave.

Cualquier estudio de su evolución histórica nos hace ver que el Ministerio Público evoluciona conforme evolucionan las formas de Gobierno y en su evolución influye el carácter de los pueblos, el estado de sus costumbres y el orden social. Y como dice Petrocelli, cuando la evolución de una institución, al menos en sus grandes líneas, se desenvuelve históricamente en una dirección determinada y de modo uniforme, quiere esto decir que su evolución responde a principios lógicos.

El Fiscal surge en el derecho moderno como consecuencia de la transformación penal habida en el siglo XIX. Con la implantación del principio acusatorio formal, en el proceso penal se distinguen dentro del Estado como titular del *ius puniendi*, dos órganos estatales, diferenciados, uno que ejercita o pone en marcha el mecanismo procesal para perseguir el delito y otro que manifiesta la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. El Estado en cuanto juzga no investiga, y en cuanto investiga no juzga para conservar así la independencia (dice Gomez Orbaneja).

Así surge el Ministerio Público y una vez creado el órgano, como advierte el procesalista Guasp, su carácter técnico atrae hacia él funciones de asesoramiento al Juez, de vigilancia y hasta de representación (esto en favor de los incapaces).

El Ministerio Público va adquiriendo un carácter expansivo, sin mengua de conservar su núcleo de actividad originaria, como es promover la actividad jurisdiccional encaminada al ejercicio del *ius puniendi*.

Poco a poco se convierte en guardian de la legalidad democrática, custodio de los derechos ciudadanos y continúa en fase creciente de expansión de funciones.

* Magistrado español. Professor de Direito Civil em Saragosa, Espanha. Professor na Escola Superior da Magistratura em Madrid, Espanha.

La evolución ha sido distinta, según los sistemas. Los países que como Francia concibieron el Ministerio Público como un órgano monocrático, jerarquizado y dependiente del ejecutivo, han llegado también a tener en la actualidad un órgano con un grado de independencia a tono con las necesidades del Estado de Derecho.

Como ha dicho Petrocelli en su trabajo *O ministero público*, órgano de Justicia, en la para ustedes conocida *Revista Justitia*, del vecino São Paulo: "es inútil tratar de disimular, todo se podrá hacer en el estado actual de la civilización y de los ordenamientos jurídicos menos impedir que el Ministerio Público, en el momento de proferir su parecer sobre la imputación sometida a juicio, declare si esa fuera la verdad, que el acusado es inocente".

La misma evolución tendente a hacer al Ministerio Público defensor de la legalidad e independiente del poder ejecutivo, se advierte en los sistemas italianos.

Hasta España llegó también la noticia de las aspiraciones brasileñas de conseguir un Ministerio Público con organización singular por cada estado de la federación y como se pretendía que la Ley marco, común a todos, fijara los presupuestos institucionales mínimos para asegurar el futuro de una organización uniforme y que garantice a los funcionarios su "status funcional".

En España, recientemente, el Fiscal Sr. Aparicio, ha formulado una definición descriptiva del Ministerio Público que es la conclusión final de su trabajo sobre el tema *El ministerio público y la constitución*, y es en definitiva una especie de conclusión o síntesis de toda su tarea investigadora.

Para este autor, el Ministerio Público, es un órgano estatal, constitucional y de justicia, pero no del ejecutivo, integrado con autonomía funcional en el poder judicial, para cumplir, bajo los principios de legalidad e imparcialidad y por medio de órganos propios, ordenados jerárquicamente, los fines que la constitución y las leyes le atribuyen: *velar* por la independencia de los tribunales y que la función judicial se ejerza eficazmente; *defender* (con fundamento en la justicia, principio básico del orden constitucional) la ley, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, considerado como bien común general y no como intereses públicos de la administración; y, *procurar* la satisfacción del interés social para que sean efectivas las condiciones de libertad e igualdad de los individuos y de los grupos, como valores superiores del ordenamiento jurídico-constitucional, para la plenaria realización de éste en un Estado social y democrático de derecho.

Las facultades del Ministerio Público están definidas genericamente en su estatuto orgánico, en los artículos tercero y cuarto. Vamos a prescindir de su lectura y su enumeración genérica, porque genérica es la enunciación de las funciones y exige después el análisis de las leyes concretas donde se determina la llamada al Fiscal.

Si que hay decir que las funciones se podían clasificar en funciones de postulación o ejercicio de acciones ante los tribunales, funciones de tutela o vigilancia de derechos y libertades, funciones de representación (de menores o abandonados) y funciones de custodia del ordenamiento jurídico en general. Esta sería una clasi-

ficación por la naturaleza de la intervención del Ministerio Público, pero nosotros vamos a tratar de explicar las funciones del Ministerio Público dividiendo o separando los distintos órdenes jurisdiccionales o materias jurídicas sobre las que versa.

La intervención del Ministerio Público en el orden civil español, no obedece a principios procesales ni a criterios técnicos de común aceptación. Tampoco el legislador se ha cuidado de establecer una ordenación unitaria de la intervención del Ministerio Público en el proceso ni en las situaciones jurídicas civiles, que pudiendo dar lugar al nacimiento, modificación o extinción de derechos subjetivos privados, tengan también mezcla de intereses públicos o sociales que justifiquen su intervención o se aprecien razones de orden público que aconsejen su defensa, por carecer de capacidad de obrar o de representación, los sujetos titulares de los derechos.

La vieja ley de 1870 y también el estatuto ya derogado de 1926, recogen un principio general que destaca al interés público, al mantenimiento del orden jurídico y a la satisfacción del interés social como pautas determinantes de la actuación del Ministerio Público, pero tan general formulación no delimita la función civil del Ministerio Público.

El viejo estatuto, también estableció que el Fiscal debía intervenir en cuantos pleitos afectaren a los intereses sociales, cuando lo ordenaren las leyes o el Gobierno estimare conveniente su intervención.

Como dice Hernandez Gil, esta fórmula no es excesivamente expresiva y además está ya superada la dependencia de la institución al Gobierno, pero es interesante en cuanto vuelve a recordar el interés social y con ello que el Ministerio Público no es un mero valedor del ordenamiento jurídico.

En el nuevo estatuto de 1981 tampoco hay delimitación detallada de las materias civiles que permitan u obligaren al Ministerio Público a actuar. Habla sí, de las bases de su actuación, que son como para todos los órdenes jurídicos, promover la justicia, defender la legalidad, el interés público tutelado por la ley, la defensa de los derechos fundamentales, la satisfacción del interés social y de las libertades públicas, siempre actuando con objetividad, independencia e imparcialidad.

Estas bases de actuación aparecen con marcada significación en las relaciones jurídicas de derecho civil y justifican por tanto la actividad fiscal.

Cabe estudiarlas respecto al derecho de personas, al derecho de familia, derechos de cosas o derechos reales y derecho de obligaciones. Espigando entre todo el ordenamiento jurídico se obtienen referencias concretas exigidas por las leyes concretas que no vamos a detallar para no hacer excesivamente farragosa la exposición.

Si la gran protagonista de todo el ordenamiento jurídico es la persona y el derecho civil se ocupa de ella y de su *status* desde el momento del nacimiento, existe un interés público en juego, cuya tutela corresponde al Ministerio Fiscal.

Por ello, se asume la representación y defensa de los que por carecer de capacidad no pueden actuar por sí mismos, o fomenta y promueve la representación de los que carecen de representación legal.

Protege la intimidad civil el honor, hasta la imagen de las personas fallecidas cuando carecen de persona designada (ley de 1982).

Actúan en defensa de los que se hallan en ignorado paradero (emigrantes, ausentes, etc.).

Interviene en la habilitación para comparecer en juicio.

Solicitan declaración de incapacidad de los locos o enajenados, de los sordomudos, les defiende cuando otros sean quienes solicitan la declaración. Puede demandar, en defensa de los derechos fundamentales de la persona, o actuar, para oponer-se, cuando se produzca el litigio.

En derecho de familia, está presente en los pleitos sobre nulidad de matrimonio, separación y divorcio. En los convenios reguladores, previos a la separación o divorcio (de contenido patrimonial o personal). Cuestiones de filiación, patria potestad, adopción y tutela, ausencia y declaraciones de fallecimiento, así como en cuestiones de alimentos entre parientes.

En todos estos temas, se trata de cuestiones personales o patrimoniales que ponen en juego intereses que permiten prescindir de los principios procesales rígidos de rogación, instancia y disposición. Se trata de cuestiones normalmente irrenunciables, de derechos fuera de la esfera de la libre disposición y por consiguiente cuestiones en las que la averiguación de la verdad material debe prevalecer sobre la verdad formal (no cabe el "da mihi factum dado tibi jus" ni el "quod non est in actis non est in mundo") y el Ministerio Fiscal debe colaborar con el órgano decisorio en averiguar la verdad y determinar el interés superior digno de protección preferente.

En materia de sucesiones, interviene en las declaraciones de herederos, abintestato, y en los procesos de testamentaria, así como en la protocolización de testamentos ológrafos y de otros extraordinarios, cuentas de los albaceas e incluso en la repudiación de herencia hecha por las asociaciones, corporaciones y fundaciones.

Más escasa es su intervención en materia de obligaciones, donde prácticamente se reduce la llamada expresa de las leyes a los procesos concursales (suspensión de pagos y quiebras).

Como defensores de la legalidad, tienen gran campo de actividad en las leyes de procedimiento. Cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales, vela por la pureza del procedimiento, porque se administre justicia pronto y cumplidamente. Interviene en los recursos de casación y de revisión. En la ejecución de sentencias extranjeras. En todos los actos de jurisdicción voluntaria.

El gran problema de la intervención del Fiscal en lo civil se centra en saber si tiene la cualidad de parte, con los mismos poderes y cargas que las demás partes, o es un simple interviniente adhesivo litisconsorcial o un órgano quasi jurisdiccional (preclusión, responsabilidad, etc.).

La intervención del Ministerio Fiscal en materia contencioso administrativa, ha sufrido una evolución absolutamente paralela con la evolución hacia la plenitud del estado de derecho.

En el antiguo régimen administrativo, el defensor de la administración era el Ministerio Público. Cuando el respeto al principio de legalidad se hace incompatible con la defensa del Estado, surge un cuerpo especial de defensores del Estado, que es el de abogado del Estado.

Cuando además de la legalidad, se conquista por el estado de derecho la imparcialidad para la actuación del Ministerio Público, tan necesaria en el ámbito de la administración de justicia, singularmente en las contiendas con la administración, deja de ser el Fiscal un abogado más de la parte Estado y se convierte en guardián del buen funcionamiento.

En 1956, cuando se publicó la ley de la jurisdicción contenciosa, que se ha puesto modelo entre todas las legislaciones y que significó el triunfo del estado de derecho sobre el privilegio de la administración, prescindió del Ministerio Público en esta jurisdicción.

A pesar de la calidad de la ley, se prescindió del Fiscal, acaso por no calar bien en cual sea la verdadera esencia de la institución, ni consiguientemente en cuales deberían ser las funciones, según su estatuto, en la referida jurisdicción contenciosa.

Martín Granizo, ha dicho que la ley utilizó una técnica que en medicina se llamaría de resección del órgano.

Según la Ley de 1956, no tendrían más llamada expresa el Fiscal a intervenir, que en los recursos extraordinarios de revisión por aplicación de las normas del enjuiciamiento civil.

Con el nuevo estatuto y la Constitución, se propugna la intervención del Ministerio Público como órgano del Estado que tiene a su cargo la defensa de la legalidad ante los tribunales de justicia, porque debe velar por la función judicial, por el cumplimiento de resoluciones judiciales que afectan al interés público.

Hoy se propugna su intervención más amplia, con fundamento en el artículo 1, 2º y b de su estatuto. Pero sobre todo porque siendo uno de los litigantes la administración pública, es más necesario cuidar la legalidad. La legalidad es pilar fundamental de todo el contencioso administrativo. Y a esta jurisdicción le afectan los principios recogidos en el estatuto fiscal.

Hay, eso sí, algunos procesos especiales, regulados por normas especiales y cuya naturaleza contencioso administrativa no tiene duda, que ya da presencia e intervención al Ministerio Fiscal: ley de procedimiento administrativo (recurso de lesividad), ley de expropiación forzosa, leyes electorales. Procesos electorales. Recursos que tengan por objeto la impugnación de disposiciones de carácter general de la administración central. Casos en que la administración acuerde la suspensión o inexecución del fallo (hoy sujeto a discusión). Ley de 26 de diciembre de 1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (expresión, reunión, asociación, secreto de correspondencia, libertad religiosa, inviolabilidad de domicilio, detenciones ilegales y derecho al honor). Actos administrativos contrarios a estos derechos (actos de la administración sujetos al derecho administrativo). (Aquí tienen verdadero carácter de parte, alegan, se instruyen, piden etc.)

Conclusión relativa a la intervención del Ministerio Fiscal en la jurisdicción contencioso-administrativa es la que está llamada a sufrir el impacto de la nueva concepción constitucional del Ministerio Fiscal, que provocará un carácter expansivo de aquella intervención.

Es obvio que en el actual ordenamiento jurídico debe ser rechazado el concepto de representación cuando se trate de explicar relaciones jurídicas que median entre el Ministerio Fiscal y el poder ejecutivo. La imagen de un Ministerio Fiscal dependiente es incompatible con las funciones que tiene asignadas. Si la jurisdicción contencioso-administrativa constituye el más claro exponente de la división de poderes, en un Estado moderno caracterizado por el incremento de las atribuciones del poder ejecutivo, un poder judicial inamovible e independiente es el medio más adecuado para revisar la actuación de la administración. Pero junto a él y en cuanto afecte al interés público debe estar el Ministerio Fiscal *defensor legis* por excelencia.

El orden penal, es el núcleo originario de las facultades del Ministerio Público que nace para contribuir al ejercicio del *jus puniendi* del Estado, que nace con el triunfo del sistema acusatorio formal en el que su gran virtud es la separación de la instrucción y el fallo. El Estado en cuanto juzga no acusa y en cuanto acusa no falla.

En todo caso, en el principio acusatorio, sin acción no hay proceso y sin acusación no hay juicio, por lo que los tribunales, faltando la calificación de los hechos como delito, no pueden producir una sentencia condenatoria.

En España, sin embargo, aunque el sistema sea el acusatorio formal, no existe monopolio para su ejercicio. Cabe que todos los ciudadanos pueden ejercitar la acción pública, ello en virtud de normas que no son novedad en nuestro sistema jurídico puesto que ya estaban recogidas en la vieja Ley de 1882 que fundamentalmente sigue vigente.

La acusación se puede formular por:

- 1º. Norma General. Por el Ministerio Público en los delitos públicos.
- 2º. Por todos los perjudicados, ejercitando lo que en España se llama acusación particular.
- 3º. Por todos los ciudadanos, mediante la acción pública, que exige querrela y fianza o caución, para evitar las acciones más o menos inmediatas.

El sistema de acción pública está expresamente reproducido en nuestra Constitución y se vé en ella una participación del pueblo del que, dice la Constitución, emana la justicia. Una participación en su administración, una vía para rectificar los posibles errores de la actuación del Ministerio Público y en definitiva una posibilidad de control del Ministerio Público y del Gobierno.

En el derecho español, la actuación del Ministerio Público está totalmente acomodada al principio de legalidad. Conforme a este principio el encargado de la acusación carece de facultades para dejar de perseguir un hecho que tenga apariencia de delito. Existe pues persecución obligatoria. Ello no quiere decir que el

Ministerio Fiscal haya de acusar siempre que se inicie un proceso, sino sólo cuando por el resultado de la investigación se da un caso en que, de estimarse probado, obligaría al tribunal a dictar una sentencia condenatoria.

Nuestro sistema, pues, el de legalidad, muy lejos del sistema americano que está presidido por el criterio de oportunidad y lejos también del nuevo sistema alemán que admite la "oportunidad" de la intervención siempre que ésta esté prevista por la ley.

Para los alemanes, el Ministerio Público no puede disponer caprichosamente de la acusación, pero sí aprovechar opciones que la Ley proporciona, razones legalmente preestablecidas y que permiten aceptar que es más beneficioso para el interés común dejar de acusar que obtener el castigo de un hecho concreto.

No se trata pues de admisión de la discrecionalidad absoluta sino de una conexión de la legalidad con la oportunidad. Cuando la oportunidad no está reglada se corre el peligro de que el Ministerio Público pueda actuar por motivaciones de oportunidad política y no de pura oportunidad jurídica.

Para los alemanes los criterios de oportunidad previstos taxativamente en su ordenanza pueden ser entre otros:

La contravención cuando la culpa del infractor es leve, a no ser que el interés público aconseje perseguir y castigar.

Los delitos, cuando la culpa sea leve, siempre que no exista interés público para la persecución.

Los supuestos en que el Ministerio Público aprecie que el tribunal podrá dejar de aplicar la pena porque concurra y se aplique anticipadamente una causa de justificación, o de inculpabilidad o de impunidad.

Hechos cometidos en el extranjero por un alemán o en el país por un extranjero, cuando el proceso pueda dañar a intereses públicos.

Delitos políticos, mediando razones de seguridad del Estado.

Supuestos de arrepentimiento activo, etc.

Vemos que en estos casos hay razones fundadas en la gravedad del hecho o la culpa. "Minima non curat praetor", en la economía procesal, en la falta de interés público etc. Pero siempre la oportunidad responde a criterios legales y está apoyada en una *ratio legis*. Se trata pues de un sistema en el que no hay antítesis con la legalidad, ni hay tampoco oportunidad política sometida a criterios coyunturales y variables, por lo que el sistema no suscita recelos.

El sistema norteamericano es de arbitrio a la acusación pública que puede decidir sin requisitos tasados sobre la persecución de los delitos.

En el sistema que puede llamarse de "oportunidad plena" la composición o acuerdo entre la acusación y la defensa es negociado o pactado y el Ministerio Público puede limitar la acusación a cambio de la conformidad del procesado.

El Ministerio Público o la defensa pueden proponer calificación más benigna, pena más pequeña o de más cómodo cumplimiento. Siempre el acuerdo es aceptado y aprobado por el Juez que se asegura de que el acusado conoce sus derechos.

Se trata de un sistema al que se ha llevado el principio dispositivo del proceso civil y que, si aparentemente choca con la legalidad, ha sido muy útil para Nortea-

merica, pues la ha permitido hacer frente a un número de procesos que no habrían podido resolver los tribunales. Y como la justicia rápida es una necesidad pública, ha prevalecido el pragmatismo conforme al cual es preferible y más ajemplar castigo, menor pero inmediato, que una pena mayor pero futura e incierta.

Se dice también en defensa del sistema que produce la igualdad absoluta de las partes en el proceso.

Se la critica porque desconoce el derecho del ciudadano a no declararse culpable, a no declarar contra sí mismo y a juicio de jurados.

En España no cabe el principio de oportunidad. El principio de legalidad preside el derecho penal y el proceso penal. Ni cabe alterar la tipificación de los hechos ni las penas.

Es obligación acusar, salvo en delitos privados. El Fiscal interviene además obligatoriamente aunque el juez incoe los procesos de oficio.

El Ministerio Público además ha de actuar con criterio uniforme en todo el Estado, lo que se produce mediante circulares.

La postura del Fiscal ante el proceso debe ser análoga a la del juez y debe estudiar y apreciar los hechos, analizar las posibles pruebas y en función del razonable resultado ejercitar la acción correspondiente. Esto es lo que resulta del precepto de la ley. Artículo 105, que dice: "El Fiscal tendrá la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que considere procedentes". En estas últimas palabras no hay discrecionalidad sino valoración de los elementos de hecho y de derecho.

Hay además el respeto al principio de imparcialidad que aproxima, como hemos dicho, al Ministerio Público con el juez.

La imparcialidad evita el subjetivismo mediante el principio de unidad de actuación que se forma por las órdenes superiores y por la dependencia jerárquica, que no son órdenes indiscriminadas ni de cumplimiento absoluto y ciego, puesto que surgen de la junta de fiscales y del Fiscal General al que aquélla asesora. Existe un mecanismo para resolver las discordias (art. 27, 24 del Estatuto del Ministerio Fiscal). Lo que nunca prevalece es el criterio particular y singular de un sólo señor.

Se pueden resumir las funciones del Ministerio Público en el derecho penal como la defensa del interés público para que se imponga la pena prevista en la ley a quien la infringió y para que se absuelva a quien inocente se vea acusado.

Por último, y tratando de exponer todas las facultades que el Ministerio Público tiene en el campo penal, se pueden resumir así:

Reciben denuncias por delito público, tanto de los particulares como de la policía.

Ordena a la policía judicial que practique investigaciones.

Ejerce acciones penales por delito público, bien a través de la simple denuncia, de la querrela o por la simple entrada en el proceso que se haya incoado de oficio por el Juez.

Vigila la tramitación de los sumarios.

Insta la práctica de diligencias.

Solicita la adopción de medidas cautelares (personales y reales).

Se opone cuando debe oponerse a las peticiones de otras acusaciones.

Ejercita las acciones penales y civiles en los procesos privados que requieren denuncia previa, si se produce.

Denuncia los delitos privados contra la honestidad, cuando el ofendido es menor o persona desvalida, etc.

En el orden social, sorprende el silencio del Estatuto orgánico. Una vez más se tiene que recurrir a la cláusula general, previsoramente que obliga a intervenir al Ministerio Público para satisfacer el "interés social" y a ejercitar las demás funciones que el ordenamiento jurídico le imponga.

La Constitución le recuerda también que debe procurar la satisfacción del interés social, y lo que es evidente es que en materia laboral hay muchas normas de derecho necesario "Jus cognis" irrenunciables, como indisponibles, son muchos de los aspectos de la relación laboral por lo que el Estado interviene en ellas.

Por ello debe de concluirse que el Ministerio Público debía tener constante presencia en el proceso.

En todo caso, defiende el principio de legalidad en el recurso en interés de la ley.

Interviene también en los convenios colectivos. En los recursos de casación laboral por quebrantamiento de forma y por infracción de ley.

La ley de procedimiento laboral le llama a favor de los desvalidos que quedan sin defensores.

En cuestiones de competencia. En conflictos colectivos, administrativos laborales, y algún otro supuesto que no merece ser detallado.