UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

BASES CRITICAS PARA LA CONSTRUCCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN UN ESTADO DEMOCRATICO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MIGUEL ANGEL URBINA MARTINEZ

Previo a Conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Guatemala, Agosto de 1999

JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL I:	Lic. Saulo De León Estrada
VOCAL II:	Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III:	Lic. William René Méndez
VOCAL IV:	Br. José Francisco Peláez Cordón
VOCAL V:	Ing. José Samuel Pereda Saca
SECRETARIO:	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

NOTA: "Unicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

ISIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA

TAD DE CIENCIAS
ICAS Y SOCIALES
Universitaria, Zona 12
emala, Centroamérica

2340

2 de junio de 1999

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA
- 4 JUN. 1999
RECIBIDO
Horas: 8 Minutos: 30
Oficial:

Licenciado José Francisco De Mata Vela
Decano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Decano:

De conformidad con lo ordenado por usted, asesoré al Bachiller MIGUEL ANGEL URBINA MARTINEZ, en su trabajo de tesis titulado "BASES CRITICAS PARA LA CONSTRUCCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN UN ESTADO DEMOCRATICO".

Por lo cual le informo lo siguiente:

- Asesoré al estudiante MIGUEL ANGEL URBINA MARTINEZ, en la elaboración de su tesis, sugiriendo y proponiendo los posibles cambios que pudiesen ayudar al desarrollo del tema.
- Hice observaciones al método de investigación para adecuarlo a los objetivos propuestos en su tema.
- Orienté al estudiante en la bibliografía utilizada en la investigación, proporcionándole incluso aquellos que consideré necesarios a efecto de cumplir con los objetivos que él se planteó.

En virtud de lo anterior, es justo considerar que el trabajo de tesis desarrollado, no sólo se limitó a llenar los requisitos mínimos deseables en este tipo de trabajos, sino que denota mucho interés, acuciosidad y esfuerzo. En este caso el tema del Ministerio Público escasamente ha sido analizado.

Por todo ello, considero que el trabajo realizado por el Bachiller Miguel Angel Urbina Martínez, es realmente excelente y puede ser trasladado al revisor para su dictamen correspondiente.

Respetuosamente

Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana
Director del Area de Estudios Penales

EELO/scgf.

AD DE SAN CARLOS
GUATEMALA

D DE CIENCIAS
AS Y SOCIALES
iversitaria, Zona 12
la, Centroamérica

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES: Guatemala, catorce de junio de mil novecientos noventa y nueve.---

Atentamente, pase al LIC. CARLOS ESTUARDO GALVEZ BARRIOS para que proceda a REVISAR el trabajo de tesis del bachiller MIGUEL ANGEL URBINA MARTINEZ y en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.----------

ALH.

AD DE SAN CARLOS
GUATEMALA

AD DE CIENCIAS
AS Y SOCIALES
niversitaria, Zona 12
ala, Centroamérica

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

2724-99

Guatemala, 6 de julio de 1,999.

199

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA
- 6 JUL. 1999
RECIBIDO
Horas: 17 Minutos: 35
Oficial:

SEÑOR DECANO DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD DE CARLOS DE GUATEMALA.
LIC. JOSE FRANCISCO DE MATA VELA.
PRESENTE.

Señor Decano:

De conformidad con lo ordenado por usted, procedí a Revisar el trabajo de tesis denominado **BASES CRITICAS PARA LA CONSTRUCCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN UN ESTADO DEMOCRATICO,** el cual fue elaborado por el Bachiller **MIGUEL ANGEL URBINA MARTINEZ.**

La investigación realizada por el Bachiller **MIGUEL ANGEL URBINA MARTINEZ** llena todos los requisitos establecidos en nuestra Facultad para este tipo de trabajo, en virtud de lo cual estimo Señor Decano que el mismo debe ser aprobado y ordenarse la impresión del trabajo antes referido y que el mismo sirva de base para el Examen Profesional correspondiente.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

LIC. CARLOS ESTUARDO GALVEZ BARRIOS
REVISOR

AD DE SAN CARLOS
GUATEMALA

AD DE CIENCIAS
CAS Y SOCIALES
Universitaria, Zona 12
nala, Centroamérica

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dos de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de tesis del bachiller **MIGUEL ANGEL URBINA MARTINEZ,** Intitulado **"BASES CRITICAS PARA LA CONSTRUCCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN UN ESTADO DEMOCRATICO".** Artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis.

DLAL.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DECANATO
Universidad de San Carlos
GUATEMALA, C. A.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

DEDICATORIA

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.

A MIRNA MARIA, CESAR ENRIQUE Y MIGUEL ALEJANDRO.

A TODOS MIS AMIGOS.

INDICE

INDICE DE ABREVIATURAS.

CADH:	Convención Americana de Derechos Humanos.
CC:	Código Civil.
Cf:	Confrontar.
Cit:	Citado.
CP:	Código Penal.
CPP:	Código Procesal Penal.
CPR:	Constitución Política de la República.
ICCPG:	Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.
LAEPyC:	Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad.
LOMP:	Ley Orgánica del Ministerio Público.
MINUGUA:	Misión de Verificación de la Naciones Unidas para Guatemala.
ONU:	Organización de Naciones Unidas.
P:	Página.
PIDCyP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PNUD:	Programa de Naciones Unidas Para el Desarrollo.
S:	Siguiente.
Ss:	Siguientes.

INTRODUCCIÓN

En la presente década, varios países de América Latina han iniciado procesos de reforma a los sistemas judiciales, en especial, los referidos a la justicia penal.

Esta transformación de los sistemas judiciales es, sin duda alguna, el primero, en su género, que se da en América Latina, y constituye una deuda histórica de los Estados para con los ciudadanos, que debió haberse dado juntamente con los movimientos independentistas, inspirados en el movimiento reformista del siglo XVIII y XIX.

Lamentablemente, luego de la independencia, los países de América Latina, si bien, adoptaron constituciones que recogían los principios de la ilustración, éstos, en la práctica y en la legislación ordinaria nunca se operativizaron. El poder siguió concentrándose en el caudillo de turno, y, por consiguiente, los poderes legislativo y judicial fueron meramente decorativos, cuando no cómplices de los abusos y arbitrariedades de quienes ostentaban el poder.

Paralelamente, como reflejo, dentro de ciertos grupos de la sociedad se fue instalando un discurso autoritario que se resistía, y, aún se resiste, a reconocer los límites para el ejercicio del poder.

Esta realidad política y social ha marcado la historia de la vida independiente de los países de América Latina, la cual, coincidentemente, hoy se enfrenta a un movimiento transformaciones de los sistemas políticos autoritarios que alcanzaron su mayor apogeo en los años 70 y 80.

No es casualidad, entonces, que los procesos de construcción y consolidación de la democracia, por la cual, atraviesan varios países de la región, obviamente, tengan como eje central la construcción de un sistema de justicia acorde con los principios republicanos y democráticos de derecho.

El ajuste de la legislación ordinaria y de la práctica judicial, a los principios constitucionales, es pues, uno de los desafíos de las sociedades latinoamericanas, para reducir los márgenes de discrecionalidad y arbitrariedad que ha caracterizado a los gobiernos. Esto implica, no sólo, generar mecanismos para subordinar la actuación de los funcionarios a la ley, sino también, transformar la estructura y el funcionamiento cultural de las instituciones vinculadas a la administración de justicia.

La reforma de la justicia, en estas condiciones, debe visualizarse como un proceso que, necesariamente, tiene que involucrar a los diferentes sectores

sociales, para garantizar que la construcción de la democracia sea una práctica constante entre gobernantes y gobernados.

Esto lleva implícito la necesidad de un nuevo pacto social que permita al sistema judicial desarrollarse dentro de la sociedad y que realmente cumpla el papel que esta llamado a desempeñar en los sistemas democráticos del nuevo milenio. Ya no como un mero sistema de control social, sino más bien, como un medio para solventar los niveles de conflictividad, y, el sometimiento del poder a la legalidad.

En este contexto los procesos de reforma judicial no deben circunscribirse, únicamente, a incorporar los principios de oralidad, contradictorio, publicidad, sino también a otorgarle una mayor participación al Ministerio Público dentro del proceso penal, y garantizar, con ello, un juicio, en el que, el principio acusatorio constituya el eje primordial sobre el que se estructuren los sistemas judiciales. Aún y cuando, como lo señala Binder, a la fecha no se ha determinado con claridad cual es su papel dentro del ordenamiento jurídico, y el punto de partida que se debe adoptar, a efecto de construir un Ministerio Público que tienda a paliar la crisis del sistema de administración de justicia penal en los sistemas democráticos de derecho.

Por ello el planteamiento del presente trabajo de tesis se orienta a determinar las bases sobre las que debe estructurarse el Ministerio Público en un Estado Democrático de Derecho. Para lo cual, la investigación inicia con un análisis histórico-político de la forma en que, los diferentes modelos de corte europeo continental, del cual Guatemala es receptora, han ejercido la persecución y acción penal. Modelos estos que marcan la necesidad o no de la existencia de un órgano acusador por parte del Estado.

Luego del análisis histórico-político se analizan las bases sobre las cuales debe estructurarse el Ministerio Público en una sociedad democrática, y, así, por último, efectuar un análisis de las bases sobre las cuales se estructura el Ministerio en Guatemala y los problemas que enfrenta en su consolidación.

Se espera que este trabajo contribuya entonces al proceso de transformación de la justicia penal, a efecto de racionalizar el ejercicio del poder estatal, y, se hagan efectivas las garantías ciudadanas propias de los Estados Democráticos de Derecho.

CAPITULO I
ORIGEN DEL MINISTERIO PUBLICO.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 1.1.PRESUPUESTOS PARA EL ANÁLISIS HISTÓRICO DEL MINISTERIO PUBLICO. 1.2. SISTEMAS SOCIALES BASADOS EN LA ACUSACIÓN PARTICULAR Y POPULAR. 1.2.1. LA SOCIEDAD GERMANA Y SU SISTEMA DE ACUSACIÓN PRIVADO. 1.2.2. LA SOCIEDAD GRIEGA Y SU SISTEMA DE ACUSACIÓN POPULAR. 1.2.3. LA SOCIEDAD ROMANA Y SUS SISTEMAS JUDICIALES. 1.2.4. EL SISTEMA JUDICIAL TRAS LA CAÍDA DEL IMPERIO ROMANO. 1.3. SISTEMAS SOCIALES QUE NO REQUIRIERON DE UN ENTE ACUSADOR. 1.4. EL REPRESENTANTE DEL MONARCA. UN EMBRIÓN DEL MINISTERIO PUBLICO. 2. LA REVOLUCIÓN FRANCESA, GESTORA DEL SURGIMIENTO DEL MINISTERIO PUBLICO COMO ÓRGANO DE ACUSACIÓN. 3. EL EJERCICIO DEL PODER Y LA INTRODUCCIÓN DEL MINISTERIO PUBLICO EN GUATEMALA.

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

1.1. PRESUPUESTOS PARA EL ANALISIS HISTORICO DEL MINISTERIO PUBLICO.

El surgimiento de las instituciones estatales, entre ellas, el Ministerio Público, encuentra su base en las formas en que la sociedad se ha organizado para el ejercicio del poder[1]; es decir, no existieron siempre, y por ello todas estas instituciones son contingentes y/o mutables, precisamente por ser producto de la cultura humana, de sus prácticas acerca de la organización social que se sucede en busca de una convivencia pacifica más perfecta, y los cambios sociales producidos a medida que las condiciones demográficas y de ejercicio del poder en una comunidad se hacen más complejas[2].

---

1 Foucault, advierte: Una sociedad "sin relaciones de poder" solo puede ser una abstracción. Foucault, Michel. El Sujeto y El Poder, en Política. Teoría y Métodos. Editorial Universitaria Centroamericana, EDUCA-FLACSO, 1990. p. 105. Julio Maier, considera que el presupuesto lógico de la existencia de órganos estatales encargados de la persecución penal es, precisamente, el nacimiento de aquello que concebimos, culturalmente como derecho penal y sus institutos característicos, la pena estatal y la persecución penal pública Maier, Julio B.J. El Ministerio Público: un adolescente?, en la obra colectiva, El Ministerio Público en el Proceso Penal. Ad-hoc, Buenos Aires, 1993. p 17.

2 Cf. Maier, Julio B.J., Derecho Procesal Penal, Tomo I. Fundamentos, Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 1996, 2da. Edición p. 259 y SS. Maier, Julio B.J.. El Ministerio Público. un adolescente? Cit. p. 19 y SS.

No se debe olvidar, que el ejercicio del poder, y en este caso el poder punitivo y coercitivo, institutos de la cual el Ministerio Público forma parte, cumple también el papel de estabilizador y garante de la organización política y de los valores básicos de una sociedad para resguardar la convivencia pacifica bajo determinada ideología[3].

De allí, la necesidad de realizar una construcción retrospectiva de las formas en que la sociedad se ha organizado y los mecanismos e institutos que ha creado para el ejercicio del poder y la solución de los conflictos devenidos de la constante interrelación humana -para el caso que nos ocupa los conflictos penales-.

El poder penal siempre ha estado en el seno de las sociedades y es, en principio, el que ordena el poder coercitivo del Estado, un poder que aun sometido a ciertos límites, en la actualidad, representa la más poderosa autorización coactiva (para el uso de la fuerza) contra los individuos que posee la organización política; el arma más destructiva de la libertad natural del ser humano[4].

Como dice Alberto Binder, no hay sociedad humana sin poder y no hay poder que no utilice el castigo (o formas persuasivas que a la postre son también privativas de libertad); es de advertir que, toda organización social siempre, en mayor o en menor medida, ha hecho propios los conflictos, e, intervenido, de una u otra forma, en la solución de los mismos. Cierto es que, depende la organización social de que se trate, deja mayor o menor margen para el entendimiento particular de las disputas que hoy denominamos penales, pero, sin embargo, siempre se reservó un ámbito para lo supraindividual, para lo grupal, tribal o público[5].

El análisis histórico del Ministerio Público en sentido estricto[6] tiene que Cf. fundamentalmente con el poder que se le otorga al ofendido para solventar un

---

3 Cf. Maier, Julio B.J.. Derecho Procesal Penal. Cit. Beccaria, Cesare, De los Delitos y de las Penas. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Alianza Editorial Madrid, novena edición 1996. p. 26 y SS.

4 Maier, Julio B. J. Derecho procesal Penal Argentino. Editorial Hammurabi, Buenos Aires 1989. Tomo 1a. p 192 y SS.

5 Sostiene Bobbio que la distinción y delimitación de los espacios entre lo privado y lo público se ha presentado en la historia del pensamiento político de occidente como una de las grandes dicotomías. Cf. Bobbio, Norberto; Estado, Gobierno y Sociedad, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p 11 y SS.

6 Es dable advertir que el Ministerio Público como institución, históricamente, ha tenido funciones distintas al ejercicio de la acción y persecución penal.

conflicto penal, si bien, es preciso advertir que no en todas las formas de organización social se requirió de un órgano acusador[7].

Es de advertir que la historia del Ministerio Público y de las instituciones jurídicas, se encuentra, plagada de una serie de contradicciones, avances y retrocesos producto de la evolución e involución en que ingresan lógicamente los procesos sociales. En este sentido, la evolución del Ministerio Público ha seguido los pasos de la evolución del derecho, fundamentalmente del derecho penal -lato sensu: derecho penal material y procesal-, por su significado y su función histórica, mantenida hasta nuestros días[8].

No obstante, como lo advierte Maier, la representación de la sucesión histórica en las organizaciones políticas se puede sintetizar, esquemáticamente, comenzando por aquellas primitivas que carecen de un poder político central definido, hasta arribar, primero, a las sociedades culturalmente avanzadas que lograron la formación de ese poder político central, y, posteriormente, al Estado moderno[9]. Este esquema, si bien es planteado para el análisis del Derecho procesal Penal en general, es valido para comprender el desarrollo y evolución histórica del Ministerio Público, en virtud de que, tal y como se indicó anteriormente, la evolución histórica, y, el aparecimiento, de las instituciones estatales son producto de la evolución social, los regímenes políticos imperantes y la complejidad de las formas utilizadas por las distintas organizaciones sociales para la solución de conflictos.

De allí que se aborde en primer lugar las formas sociales basadas en una acusación popular o particular como medio para solventar un conflicto y visualizar los avances y retrocesos sociales hacia formas más complejas, que en definitiva, dieron como producto final lo que hoy denominamos Ministerio Público.

1.2. SISTEMAS SOCIALES BASADOS EN LA ACUSACION PARTICULAR Y POPULAR.

1.2.1. LA SOCIEDAD GERMANA Y SU SISTEMA DE ACUSACION PRIVADO.

---

7 La inquisición es el mejor ejemplo de la innecesariedad de contar con un órgano que llevara adelante la acusación.

8 Exposición de motivos del proyecto de ley del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Santiago del Estero, Argentina.

9 Maier, Julio B.J.. Derecho Procesal Penal, Tomo I. Fundamentos. Cit. p. 264.

Originariamente, la única fuente del derecho germano fue la convicción jurídica tradicional que desde el siglo VI se escrituró en los derechos Vulgares, empezando con la Ley Sálica[10].

Hasta el siglo VII la organización social germánica, para dirimir los conflictos, se caracterizo por un sistema poco elaborado, es clara la inexistencia de un poder centralizado fuerte, el poder social se encuentra disgregado en las familias y las tribus.

A ello obedece fundamentalmente las características que presenta la forma de solución de conflictos de este modelo social; en el cual, el enjuiciamiento se encontraba basado en la acusación privada o particular[11]; no hay acción pública, es decir, no hay nadie que representando a la sociedad, a un grupo, al poder, o a quien lo ostente tenga a su cargo acusaciones contra los individuos[12], así también, se caracterizaba en sus inicios por la inexistencia de alguien que decidiera sobre el conflicto.

El juicio era un combate judicial donde la apelación a la divinidad (juicios de Dios) era la forma de conocer quien tenía razón en el pleito[13]; por lo tanto, la primera condición para que hubiera acción penal en el antiguo derecho germánico era la existencia de dos personajes -el que acusa y el que se defiende- y nunca tres -el que decide-.

Para que hubiese un proceso penal era necesario que hubiese habido daño, que al menos alguien afirmase haber sufrido daño o se presentase como víctima y que esta presunta víctima designase su adversario. La víctima podía ser la persona directamente ofendida o alguien que, perteneciendo a su familia, asumiese la causa del pariente[14].

---

10 Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán, Parte General/ 11 edición. 2da. edición castellana. Traducción del alemán Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, 1976. p. 22 y SS.

11 Cf. Maier, Julio B.J.. Derecho Procesal Penal. Tomo I, Fundamentos. Cit. p 264 y SS.

12 Foucault, Michel, La verdad y las formas jurídicas, Editorial Gedisa, Barcelona, 1991, p. 66.

13 Foucault señala que "el derecho germánico no opone la guerra a la justicia, no identifica justicia y paz, sino que supone que el derecho es una forma singular y reglamentada de conducir la guerra entre los individuos". Cf. Foucault, Michel, La verdad y las formas jurídicas. Cit.

14 La acción penal se caracteriza siempre por ser una especie de duelo u oposición entre individuos, familias, o grupos. Cf. Foucault, Michel... Cit.

Es importante resaltar que, en este modelo de solución de los conflictos, es condición necesaria que la víctima o agraviado ejercite el reclamo; es decir, la acción de llevar a cabo la persecución del ofensor. En si es un procedimiento que no autoriza a colocar un tercer individuo sobre los dos adversarios, un ente imparcial, que trate de buscar la verdad sobre la tesis de los contendientes. En este sistema no interviene como elemento característico la indagación de la verdad sobre las pretensiones de quienes rivalizan.

En este modelo de organización no existía división entre infracciones civiles y penales. Toda infracción era considerada como un quebranto de la paz comunitaria perdiendo por ello el infractor la protección jurídica de la comunidad, lo que implicaba para él la perdida de la paz, esto es, quedaba merced de sus congéneres[15]. Aun cuando un número pequeño de infracciones, las más graves, tenían como consecuencia la perdida de la paz en un sentido absoluto, al quedar el infractor a merced de cualquier integrante de la comunidad, que tenía derecho a perseguirlo hasta matarlo (perdida general de su personalidad jurídica)[16], la regla general, para la gran mayoría de las infracciones, sólo autorizaba la reacción del ofendido y su parentela o tribu[17].

El procedimiento judicial propiamente dicho cumplía un papel secundario o accesorio, pues sólo se llevaba a cabo cuando fracasaba la composición privada, con la cual esta manera extrajudicial de proceder representaba un papel preponderante. Sin embargo, de no arribarse a la composición fue posible, en tiempos posteriores la reclamación judicial de la reparación o enmienda del daño por el ofendido o su familia.

En este sistema, la jurisdicción era ejercida por una asamblea popular compuesta por personas hábiles para la guerra, que sesionaban en lugares públicos. La asamblea popular era presidida por un juez que dirigía el debate pero no emitía fallo alguno. De este proceso la característica que más nos interesa para el caso, es que en la gran mayoría de los conflictos, sólo estaba legitimado para ejercer la acción el ofendido, sus parientes o la tribu, por lo que se le otorga, actualmente, el nombre de sistema acusatorio privado.

---

15 Este tipo de venganza física o declaración de la guerra al ofensor y su familia abrió paso, progresivamente, a una institución típica del Derecho germano: la Composición. La expiación del crimen se completaba con el pago del precio de la paz a la comunidad ofendida. Cf. Maier, Julio B.J.. Derecho Procesal Penal. Tomo I... Cit. p. 265 y SS.

16 Foucault dice: "Conocemos sólo dos casos bastante curiosos en que había una especia de acción pública: la traición y la homosexualidad. En estos casos intervenía la comunidad, que se consideraba lesionada, y colectivamente exigía reparación a un individuo. Cf. Foucault, Michel. Cit.

17 Cf. Maier, Julio B.J.. Derecho Procesal Penal. Tomo I, Fundamentos... Cit.

Otro aspecto importante de este procedimiento se relaciona con el hecho de que el sistema sigue operando sobre la base del reclamo por la parte agraviada, sin que pudiera existir actuación judicial cuando faltaba el reclamo. El proceso daba inicio al momento de fracasar la composición privada, ya fuera por acuerdo de partes que componían el litigio alrededor del pago de la enmienda, comprometiéndose a subordinarse a la decisión judicial o por el reclamo unilateral del ofendido o su familia, que citaba formalmente al ofensor a comparecer ante el tribunal, ante testigos.

Durante el período franco[18] (a partir del siglo VII), se inicia el proceso de fortalecimiento del poder estatal, acorde con la organización monárquica; y surge la idea del rey como responsable de la paz comunitaria.

De allí que, la antigua concepción cimentada en que toda infracción era considerada como un quebranto de la paz comunitaria, cediera, parcialmente, a la idea que las infracciones fueran consideradas como quebranto a la paz del rey. Lentamente, el acuerdo sobre la enmienda, o conciliación, se transformó en la obligación de enmendar.

La persecución penal siguió en este período en manos del ofendido y su tribu, pero excepcionalmente se desarrolló un procedimiento especial de persecución oficial, consistente en la pregunta del rey o de su delegado a hombres elegidos, acerca de sí había cometido algún crimen y quienes eran los sospechosos como autores; la respuesta afirmativa, daba lugar a una acusación ante la comunidad, no obstante, si el ofendido o su familia acudían como acusadores, el procedimiento seguía la forma descrita anteriormente.

Entre tanto el poder central del rey se fue consolidando, fueron surgiendo delegados del monarca para que ejercieran en su nombre la persecución penal[19], en desmedro de la persecución del ofendido y su familia.

Derivado del fortalecimiento del poder monárquico, durante el período franco, la figura del juez director del juicio le pertenecía al rey, quién la ejercitaba personalmente o por medio de un conde de palacio; si bien, el tribunal continuó

---

18 En el período de los francos se agregó el Derecho Real escrito (Capitulares). Sin embargo, paralelamente se aplicó de todos modos el Derecho no escrito. Cf. Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán... Cit.

19 Conforme el poder político se fue consolidando la figura de los representantes del rey, para el ejercicio del poder, fue cobrando mayor espacio para su intervención. Estos comparecían siempre en los delitos flagrantes o cuando el autor confesaba su culpabilidad. Cf. Maier, Julio B.J.. Derecho Procesal Penal. Tomo I... Cit.

siendo popular, integrado por siete funcionarios en comité, encargados de proponer la sentencia.

La caída de este modelo de resolución de conflictos surge fundamentalmente de las luchas por consolidar el poder imperial alemán, en el cual el sistema de administración de justicia penal pública pasa a ser una prioridad de la administración de justicia en la lucha del monarca por consolidar el poder central.

La Constitutio Criminalis Carolina, introdujo formalmente el sistema de administración de justicia inquisitorial; y, con ello, el abandono de la acusación del ofendido y su familia, con lo cual, se puede decir, que este es el final, de lo que conocemos como sistema acusatorio privado.

1.2.2. LA SOCIEDAD GRIEGA Y SU SISTEMA DE ACUSACION POPULAR.

Si bien el sistema político y de administración de justicia griego se perfeccionó y desarrollo, histórica y cronológicamente, con anterioridad al sistema germano. Las características que presenta corresponden a una sociedad más evolucionada y compleja.

El sistema de enjuiciamiento griego debe su prestigio fundamentalmente a su organización política y como consecuencia, la concepción que tenían del ejercicio del poder, el cual residía en la soberanía del ciudadano[20]. Este proceso histórico político, derivado de la democracia del pueblo ateniense trajo como producto que el pueblo se apoderó del derecho de juzgar, de decir la verdad, de oponer la verdad a sus propios señores, de juzgar a quienes los gobernaban[21].

Este derecho del pueblo de oponer la verdad dio lugar a una serie de grandes formas culturales que son características de la sociedad griega dio lugar a las formas racionales de la prueba y la demostración; como producir la verdad, en que condiciones, que formas han de observarse y que formas han de aplicarse; además, con relación a estas formas de indagar la verdad se desarrolló el arte de persuadir, de convencer a las personas sobre la verdad o, aún más, por la verdad.

En consecuencia, en Grecia, se produjo una especie de revolución que al cabo de una serie de luchas y cuestionamientos políticos dio como resultado, la

---

20 Atenas llegó a tener la constitución más democrática que jamás ha existido en pueblo alguno. Cf. De Chateubriand, Francisco Renato. Historia de las Revoluciones Antiguas. Tomo I. Traducción directa del Francés de Francisco Medina-Veytia. Editorial Sopena Argentina Buenos Aires, primera edición. 1942. p. 38.

21 Foucault, Michel. La Verdad y las Formas Jurídicas. Cit. 64 y SS.

elaboración de una determinada formas de descubrimiento judicial y jurídico de la verdad[22].

Solón acordó a todos los ciudadanos el derecho de acusar para que se acostumbraran a "sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo". Fue un medio de "dar más auxilio a la flaqueza de la plebe". Un sistema que supera la concepción privada del delito.

Sin embargo, el sistema de administración de justicia griego[23] conoció dos tipos de acciones (agóones), las privadas (ídioi) y las públicas (deemósioi), distinción que luego se reproduciría en Roma. La acción privada era reservada a los conflictos entre particulares, donde se le otorgaba la posibilidad de su promoción a la persona afectada, sus padres, tutor o amo y tenía por objeto, una indemnización o la declaración de un derecho.

En cambio, la acción pública, que en buena medida colaboró a construir el prestigio de la justicia griega, era otorgada a cualquier ciudadano quien lo hacía en nombre del Estado y quien, por lo general, no percibía ninguna recompensa por esta actividad, aunque si no lograba la quinta parte de los votos del tribunal, podía ser condenado a una multa de mil dracmas.

El procedimiento variaba según los distintos tribunales competentes, quienes, a la vez, se ocupaban de diferentes tipos de casos. El tribunal que concentraba la mayor cantidad de casos era el de los Heliastas, que sustituía y representaba a la Asamblea del Pueblo y era integrado por ciudadanos honorables elegidos anualmente por sorteo. Era conformado por una gran cantidad de personas divididas en secciones que debían contener el mismo número de personas de cada tribu. El tribunal, que en tiempos de Pericles comenzó a ser remunerado, era convocado por un tesmoteta o arconte con un procedimiento complicado que tenía por objeto evitar el soborno o la intimidación.

El procedimiento ante los Heliastas comenzaba con la acusación presentada ante el arconte, quien realizaba un control, en tanto debía considerar si estaba en regla y juzgaba acerca de la seriedad y la formalidad del planteo, según los elementos de convicción que ésta citaba. En caso afirmativo, se pagaban las cauciones a fin de asegurar la presencia en el juicio y se señalaba el día de la

---

22 Foucault, Michel. Cit.

23 Cf. Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal argentino, Tomo 1 b, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, 1ra. edición, p 29 y SS; Petrie, A., Introducción al Estudio de Grecia, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1988, 1ra. edición, p 93 y SS; Vélez Mariconde, Alfredo, Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Lerner, Córdoba, 1986, 3ra. edición, p. 25 y SS..

audiencia ante el tribunal. Antes de la audiencia se procedía a realizar una investigación preliminar (anákrisis), aunque se discute si se trataba de una instrucción de parte o si era dirigida por el funcionario ante quien se presentaba la acusación[24].

En definitiva, para el tema que se estudia, interesa que el ejercicio de la persecución penal se caracterizó por un sistema de acusación particular, por la facultad acordada a cualquier ciudadano para presentar querella contra la persona a quien creía autor de un delito público o participe en él; igualdad entre acusador y acusado, quien, de ordinario permanecía en libertad durante su juzgamiento; valoración de la prueba según la íntima convección de cada uno de los jueces, quienes votaban a favor o en contra depositando un objeto que daba a conocer el sentido del sufragio.

1.2.3. LA SOCIEDAD ROMANA Y SUS SISTEMAS JUDICIALES.

En Roma[25] se pueden observar distintos sistemas que se sucedieron, en buena medida, como consecuencia del cambio en su organización política.

En la época de la monarquía dominó el sistema que nos llega con el nombre de la cognitio, procedimiento del que se tienen pocos datos debido a que era sin formas establecidas, iniciado y proseguido por un magistrado, aunque, se estima que la cada vez más frecuente provocatio ad populum, forma que el perjudicado tenía de recurrir a la Asamblea para evitar la ejecución de la decisión recaída en su contra, provocó el abandono paulatino de este sistema por otro, donde la decisión estaba a cargo de un tribunal popular.

Es evidente que el sistema de la cognitio en su primitiva concepción, ponía al acusado bajo el arbitrio total del magistrado, por lo que se comenzaron a crear límites a ese poder. La primera transformación del procedimiento consistió en incorporar la intervención, además del magistrado, de los Comicios, avanzando, de esa forma, hacia la constitución de los tribunales populares.

Sin embargo, la transformación del procedimiento penal fue aún más lejos y otra forma de limitar el imperium de los magistrados fue la introducción de la

---

24 Mientras Maier y Vélez Mariconde sostienen que la instrucción la realizaba la parte, Petrie sostiene que la realizaba el arconte o el funcionario ante quien se presentaba la acusación.

25 Cf. Maier, Julio B.J., Derecho... Cit, p 33 y SS.; Mommsen, Theodor, Derecho Penal Romano, traducción de Dorado Montero, Pedro, Editorial Temis, Bogotá, 1976; Naón, Eduardo M., Ministerio Público Comparado, Casa Editorial Franco-Ibero-Americana, París, 1924, p 19 y SS., Vélez Mariconde, Alfredo, Derecho... Cit, p. 31 y SS..

accusatio como forma de provocar el comienzo del procedimiento y, com consecuencia, también la prohibición de instruir las causas, que fueron trasladadas una persona distinta del magistrado.

Estas modificaciones fueron introducidas legalmente y produciendo cambio graduales, puesto que los distintos sistemas convivían unos con otros introduciéndose por vía de excepción, para luego apoderarse de la mayor cantida de casos.

Es interesante destacar cómo la introducción del requisito de la accusatio, qu da su nombre al principio acusatorio (ne procedat judex ex officio, nemo judex sin actore), no es más que la forma legislativa encontrada para el límite al arbitrio en e ejercicio del poder penal en Roma. Este sistema es, al igual que en Grecia, el que l ha otorgado prestigio al sistema acusatorio romano, que fuera modelo, mucho siglos mas tarde, para superar el sistema de enjuiciamiento de la monarquí absoluta. La fuerza de tal principio era tan grande, que, al menos en los tiempos d la República, no existía remedio alguno contra el hecho de que nadie quisier proponerse como acusador y no hubiera, por tanto, juicio alguno por ese hecho[26].

El sistema que estamos relatando, propio del último siglo de la República fu llamado, indistintamente, accusatio, quaestio o iudicium publicum, aunque má propiamente, el último, caracterizado por la necesidad del planteamiento de la acció para su inicio y por la posibilidad de que cualquier persona pudiera constituirse com acusador en nombre de la comunidad.

Si bien el derecho de ser acusador se consideraba como una función admitid para todo el mundo, en la organización política romana. Esto se veía limitado po algunas razones. En primer lugar, no podían ser acusadores los no ciudadanos, po cuanto, no podían representar a la comunidad romana, tampoco podían hacerlo la mujeres o los menores, aunque con excepciones. Por otra parte, el acusador debí gozar de la completa independencia del ciudadano, por lo que el hijo de familia, e liberto o el colono, tenían, en general, la prohibición para ejercer tal función. Tampoco podían ser acusadores los magistrados en funciones, aquella persona que ya hubiera interpuesto dos acciones o aquella que estuviera bajo el peso de una acusación.

El mantenimiento exitoso de una acusación rara vez estaba sometido a recompensa pecuniaria, salvo en algún tiempo cuando la pena era la confiscación del patrimonio, pero sí, como esta función en favor de comunidad otorgaba un alto prestigio, se obtenían ventajas cívicas, a veces, incluso, la posición del vencido.

---

26 Cf. Mommsen, Cit., p. 229.

Al contrario, el acusador podía hacerse merecedor de una sanción en caso de que cometiera un delito. Los delitos de los acusadores eran tres; el primero, la calumnia, era la interposición de una acción con conciencia de que era infundada; el segundo, la tergiversatio, era el desistimiento injustificado y, por último, la praevaricatio, como acto de llevar la acción por vías favorables al acusado culpable. No existía ningún procedimiento o tribunal especial para el juzgamiento de estos delitos, sino que el mismo tribunal encargado de juzgar el asunto principal era el que decidía acerca de la comisión de este delito[27].

Es interesante destacar que, como ya se mencionó anteriormente, iudicium publicum, accusatio y quaestio eran términos utilizados indistintamente, aunque conservaban, cada uno de ellos, significados distintos. En especial, accusatio, no parece, al decir de Mommsen, haber alcanzado un significado técnico como las otras, porque, en verdad, no alcanzaba una expresión jurídica sino que connotaba un reproche moral, por lo que el procedimiento civil no se valía de ella, sino que comenzó a utilizarse en el procedimiento penal. La acción no significaba sólo la demanda, sino también, una inculpación moral[28].

Finalmente, respecto del procedimiento, la accusatio, una vez entablada, era sometida a un control, se decidía respecto de su admisión. Para el caso, se realizaba un control respecto a la competencia del tribunal, la capacidad del acusador y que el objeto constituyera un delito[29]. Formulada y admitida la acusación, se procedía a elegir el acusador en caso de que hubiera más de un postulante, quien luego formularía la nominis delatio, en la cual se designaba el acusado, el delito atribuido y los fundamentos fácticos de la imputación[30].

El sistema de la accusatio, sin embargo, fue dejando paso, por la vía de la excepción, a la cognitio extra ordinem, sistema que permitía iniciar el procedimiento de oficio, en principio como un sistema correctivo para cuando nadie se proponía como acusador, para avanzar luego y, en la práctica, convertirse en la regla que concentraba la mayor cantidad de casos.

El avance de la cognitio extra ordinem fue acompañado por la conformación de un cuerpo de persecutores públicos, soldados del ejército, subordinados o

---

27 Cf. Mommsen, Cit, p 310.

28 Cit., p 130.

29 Maier, Julio B. J., Derecho... Cit., p 42, quien señala también las coincidencias que muestra este procedimiento con lo que hoy realiza un juez para admitir la querella y el querellante o con el examen de los requisitos de la pretensión.

30 Cf. Vélez Mariconde, Alfredo. , Cit., p 42 y 43.

independientes de él, que tenían por misión que los ojos del emperador estuvieran en todas partes. Estos soldados, en especial, los agentes in rebus, nacidos en tiempos de Dioclesiano, fueron una creación sobre otros agentes, elegidos como oficiales fieles pero odiados y temidos por la población, por su abuso en el ejercicio de sus funciones y el hecho de que se hallaban fuera de todo control[31].

La generalización de la persecución penal pública, coincide con el cambio en el fundamento de la soberanía política (del pueblo al emperador), produjo un cambio muy profundo que acabó con la accusatio, aunque formalmente continuaba vigente, y fue la base sobre la que se construyó, no mucho más tarde, la inquisición.

1.2.4. EL SISTEMA JUDICIAL TRAS LA CAIDA DEL IMPERIO ROMANO.

Tras la caída del imperio romano, el proceso se vuelve acusatorio, confundiéndose en las primeras jurisdicciones bárbaras con los ritos, de las ordalías y los duelos judiciales, evolucionando después en la forma de la disputatio del contradictorio, elaborados entre el fin del primer milenio y el siglo XII.

El sistema germánico, al igual que el sistema romanista, se extendió por buena parte de Europa continental, donde ambos, durante un buen tiempo, se disputaron las reglas del enjuiciamiento.

Al parecer, el sistema por el cual se requería de una acusación para iniciar cualquier procedimiento fue aplicado durante toda la etapa en que la organización social y económica era de tipo feudal, cediendo posiciones, paulatinamente, durante las luchas entabladas entre los reyes y los señores feudales que terminó consolidando los estados nacionales[32].

Importante es destacar que, durante toda la Edad Media, si bien, en los distintos sistemas de enjuiciamiento, la acusación era la regla sin la cual no podía iniciarse un juicio, siempre se adoptaron, como medidas correctivas para evitar que el crimen quedara impune, la persecución penal de oficio.

Puede citarse como ejemplo el Fuero Juzgo, dictado en la España visigoda en el siglo VII después de cristo, donde se establece que la persecución penal

---

31 Mommsen, Cit., p. 210.

32 El fiscal significó, primero, un apoyo para el monarca en su lucha con los señores feudales; se transformó en órgano de la monarquía; después, como antes, pero en un sentido más referido al procedimiento penal, tuvo intervención, representando al fisco, en los procesos penales leves, que conducían a la pena de multa, ejecutada por ellos, y en asuntos penales administrativos. Cf. Maier, Julio B.J.. El Ministerio Público. un adolescente? Cit. p. 27.

pertenecía al ofendido o a su familia y, en su defecto, a cualquiera del pueblo, pero, cuando nadie acusara al autor del delito o cuando existieran pruebas manifiestas contra un presunto culpable, se autorizaba el procedimiento de oficio.

Apunta Vélez Mariconde que la regla procedía del procedimiento germano pero las excepciones parecían provenir del derecho romano imperial[33]. También en España varios siglos después, durante la invasión musulmana, a medida que avanzaba la reconquista se expandió la legislación foral que también exigió que la acción fuera ejercida por el ofendido, pero autorizó, a la vez, que se procediera de oficio ante los casos de flagrantes delitos o en los delitos gravísimos[34].

Hasta el siglo XII el procedimiento eclesiástico mantenía las características acusatorias al igual que el secular. A partir de allí se permitió el inicio del proceso por denuncia, y más tarde, per inquisitionem, las cuales, junto con la acusación, fueron las formas permitidas para comenzar un proceso, pero, entre ellas, la inquisición fue consagrada por la práctica.

Los estados fueron receptando esta forma de enjuiciamiento que se caracterizó por el cambio radical del parámetro cultural de solución de los conflictos sociales, convirtiéndolos en puro ejercicio de poder extraído por completo de las facultades que pudieran tener, antiguamente, las partes. El inquisidor (juez), delegado del rey, concentró todo el poder en el proceso penal basado en la encuesta escrita[35] y secreta donde la verdad fue averiguada a través de la tortura, que si bien la inquisición no inventó, la reguló a la perfección.

En España las Partidas, en Alemania la Constitutio Criminalis Carolina y en Francia la Ordenanza de 1254 muestran la recepción del derecho romano canónico al que hacíamos referencia y consagran el sistema de la persecución penal de oficio

---

33 Vélez Mariconde. Cit., p. 75.

34 Cit. p. 84.

35 Es posible que éste sea el cambio más importante en términos culturales, en tanto, esta forma de comunicación sólo era reservada a la parte de la población instruida. La población, en cambio, conservó su forma de comunicación oral por lo que este procedimiento le resultó por completo ajeno. Si bien estamos hablando del siglo XIII, ya casi en el siglo XXI muchos países mantienen un enjuiciamiento penal escrito; el problema se agrava, sobre todo cuando resulta de una imposición sobre culturas con fuerte tradición oral como las indígenas de Latinoamérica. Por otra parte, Foucault sostiene que uno de los cambios más profundos que se producen en este campo, es el cambio en la manera de saber; la indagación somete, con este criterio, la voluntad de los individuos a una fuerza extraña a su voluntad, la verdad. Cf. Foucault, Michel; La verdad... Cit., p 73.

(obligación estatal), luego perfeccionada tanto en su organización judicial como respecto a la estructura del procedimiento mismo.

Este modelo de persecución penal provocó el nacimiento de funcionario especial encargado, en un primer momento, de ocuparse de los negocios del rey o del Estado mismo, distinción que no se establecía con claridad en esos tiempos para luego ocupar un lugar en el propio proceso penal como denunciantes de la corona.

El procurador du roi en Francia, el procurador fiscal en España y das Fiskala en los principados alemanes son creados en esta época y son ejemplos de ello[36].

1.3. SISTEMAS SOCIALES QUE NO REQUIRIERON DE UN ENTE ACUSADOR.

El advenimiento y la implantación del sistema inquisitivo como un modo de enjuiciamiento penal en el derecho laico recorrió seis siglos de la historia de Europa continental, desde el siglo XIII, época en la que comenzó a arraigarse, perfeccionado y consolidado en el siglo XV, el cual se extendió hasta el siglo XVIII, momento de su decadencia.

Como se ha visto en los procesos de desarrollo social germano, griego y romano, esta transformación obedeció, también, en definitiva, a una profundo cambio político, durante la última parte de la edad media, en la cual el soberano, el poder político vienen a doblar, y, paulatinamente a sustituir a la víctima. Este fenómeno político permite que el poder político se apodere de los procedimientos judiciales. El soberano es no sólo la parte lesionada, sino, además, la que exige reparación. Cuando un individuo es declarado culpable y debe una reparación a su víctima, se exige del culpable no sólo la reparación del daño hecho a otro individuo sino también la reparación de la ofensa cometida contra el soberano, el Estado, la ley.[37].

La consolidación del poder real por sobre el poder señorial, que favoreció una práctica dirigida a la concentración del poder, y de la justicia como realizadora de ese poder, así como la caída de hecho de la acusación como forma de iniciar un proceso, abrió paso a la adopción laica del sistema de enjuiciamiento que, creado por los romanos, fue perfeccionado por la Iglesia Católica.

---

36 Cf. Maier, Julio B.J.; Derecho... Cit, p 52 y SS. y, del mismo autor, El Ministerio Público: un adolescente?, Cit, p. 17 y SS. y Vélez Mariconde, Cit., p 93 y SS.

37 Foucault, Michel. La verdad y las Formas Jurídicas. Cit. p. 76 y SS.

En efecto, el creciente poder político de la Iglesia produce una ampliación paulatina de su competencia de la mano de una alianza con los reyes en su lucha con los señores feudales. La jurisdicción eclesiástica comienza sólo dirigida a los clérigos para luego ampliarse a los hechos de herejía y simonía, más adelante al rapto, sacrilegio y adulterio. En cuanto a las personas, la extensión fue respecto a los cruzados y los tonsurados.

El sistema inquisitorial se acomoda perfectamente a la idea del imperio como universitas crhistiana que reinó en la época, especialmente en Alemania a través de Carlos V; como se indicó, la Constitutio Criminalis Carolina, introdujo formalmente el sistema de administración de justicia inquisitorial; y, con ello, el abandono de la acusación del ofendido y su familia, con lo cual, se puede decir, que este es el final, de lo que conocemos como sistema acusatorio privado, al menos en Alemania.

El Fuero Real dictado en el siglo XIII[38] anuncia el fin del sistema acusatorio, en España, puesto que, aun cuando mantiene el principio según el cual todo hombre puede acusar a otro, para lo cual también se establecen normas para la presentación por escrito de la acusación, ingresa un régimen más amplio de excepciones que permiten el comienzo de oficio del procedimiento a través de una pesquisa secreta.

Abolida la acusación y la publicidad del proceso, el juez actúa de oficio y en secreto, asentando por escrito las declaraciones testificales, aunque estas eran notificadas con posterioridad al reo, en ocasiones se les ocultaba el nombre de los testigos.

La inquisición es tristemente recordada como una de las etapas más crueles de la historia del hombre, donde la imaginación para el castigo fue ampliamente desarrollada. En el ámbito social el despojo del ejercicio del poder del ciudadano; lo que para el sistema de administración de justicia significa el hurto del conflicto de la víctima, para convertirlo en un conflicto en el que se lesionan intereses del monarca, del poder central.

Este ejercicio del poder centralizado se convierte para el sistema de administración de justicia en un mecanismo de control social, en el cual, no sólo se despoja a la víctima del ejercicio de la persecución penal; sino, además, se despoja

---

38 La inquisición reapareció en el siglo XIII, con las constituciones de Federico II en los procesos por crímenes de lesa majestad, y bajo formas todavía más terribles y feroces, en el proceso eclesiástico por los delitos de herejía y brujería, donde el ofendido era Dios, y, por ello, la acusación era obligatoria y pública, y la investigación de la verdad no admitía incertidumbres, ni toleraba el contradictorio, exigiendo, en cambio, la colaboración forzosa del acusado. Cf. Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel y otros, editorial Trota. 1995. p. 564 y SS.

al acusado de la posibilidad de enfrentarse al contendiente en igualdad de condiciones. El juez, representante del monarca, se reserva para sí la potestad de acusar y juzgar. En efecto, con la organización de los Estados absolutistas, del cual se deriva el sistema de administración de justicia, no hizo falta un acusador estatal específico, separado más o menos del juzgador.

Si bien, los procesos sociales en Europa fueron distintos en esta época, en su esencia no distaron mucho, la centralización del poder, la consolidación de un sistema de justicia que reuniera las funciones de acusar y juzgar, la indagación como método de descubrir la verdad, en el cual se utilizó la tortura, fueron rasgos característicos en todo el desarrollo social y político de las monarquías de la época.

En América, y como consecuencia de la conquista española[39], funcionaron los distintos tribunales como el Santo Oficio, la Santa Hermandad, las Reales Audiencias de Indias o el Consejo Supremo de Indias, cuyo procedimiento penal heredamos y que, en sus conceptos básicos, todavía se conserva en buena parte del continente.

En síntesis la inquisición es producto del desarrollo del Estado-Nación, sobre la base de la creación de instancias políticas centrales, dominantes en un territorio vasto y en confrontación de poder con las asociaciones locales comprendidas en él, comienza en el siglo XIII de la era cristiana, anticipada por el mismo fenómeno en el seno de la Iglesia católica romana y presidido por su vocación de universalidad[40].

La inquisición, precisamente, traduce, en el ámbito del Derecho penal, el movimiento de reemplazo del método de la composición de los conflictos por sus protagonistas, bajo la forma de un juicio, sustituyéndolo por la persecución penal pública y la encuesta escrita y secreta, desarrollada por el inquisidor, funcionario del soberano (el Papa, el Rey), en busca de la verdad histórica, como forma básica de la administración de justicia penal[41].

1.4. EL REPRESENTANTE DEL MONARCA. UN EMBRION DEL MINISTERIO PUBLICO.

Hasta ahora se ha desarrollado fundamentalmente la evolución social y política de los distintos modelos sociales en Europa Continental, partiendo de las

---

39 Para un estudio completo de esta época en España, Cf.: Kamen, Henry; La Inquisición Española, Editorial Grijalbo, México, 1985, en especial p. 235 y SS..

40 Maier, Julio B.J.. El Ministerio Público... Cit. p. 21 y SS.

41 Maier, Julio B.J.. Cit. p. 21 y SS.

organizaciones sociales menos complejas, en las que el poder central era prácticamente inexistente hasta llegar a formas de organización en las que el poder central se encontraba fuertemente centralizado en una figura -juez inquisidor-.

Como se podrá advertir, en la medida en que la organización política, y, fundamentalmente, las formas de ejercicio del poder se han desarrollado, los procesos de ejercicio de la acción penal se han ido separándose de la esfera del ofendido. Paulatinamente se ha venido configurando una especie de representante del poder central, para el ejercicio de la persecución y acción penal, el cual, en el sistema inquisitorial se funde en la figura del juez inquisidor que tiene a su cargo la facultad de acusar y de juzgar[42].

Es tarea difícil determinar con exactitud el antecedente de lo que hoy conocemos como Ministerio Público[43]; sin embargo, en la medida en que se fue consolidando el aforismo salus publica suprema lex est, la necesidad de un funcionario encargado de demandar en nombre del rey, la renta real, de persecución de enmiendas y todos los derechos que el rey fue adquiriendo, se fue haciendo más sentida. Estos funcionarios, procuradores, son en sí los antecedentes más remotos del actual fiscal; sin embargo, es de hacer Cf. que no siempre fueron verdaderos funcionarios públicos encargados del ejercicio de la acción y persecución penal pública[44].

Conforme, el poder del rey se fue fortaleciendo, en relación con los señores feudales, y el poder central se fue haciendo más notorio, y con la confusión entre los intereses privados del Monarca y los intereses públicos los procuradores pasaron a

---

42 No obstante lo anterior durante la inquisición existió un representante del monarca que actuaba en n principio cuando lo autorizaba el inquisidor, y más tarde en toda Europa continental del medioevo tardío, la obligación de escuchar al procurador (fiscal) una vez terminada la inquisición general, para que él formule sus peticiones y conclusiones. Cf. Maier, Julio B.J.. Cit. p. 23 y SS. Herrarte, Alberto. Derecho Procesal Penal. El proceso penal guatemalteco. Centro editorial vile. 1989. p. 91 y SS.

43 El ministerio Fiscal tiene su origen en Francia (Gens du roi en el siglo XIV; luego ministére public con procurers d'Etat). En Alemania el llamado Fiskalat constituye un precedente del Ministerio Fiscal que fue regido por la legislación hacia la mitad del siglo XIX. Beling, Ernst. Derecho Procesal Penal. Traducción de Miguel Fenech. Editorial Labor, S.A. 1943. p. 57.

44 En efecto, ni los advocat fisci romanos instituidos por Adriano, ni, mucho tiempo después los procurers y advocats du roi en la baja Edad Media francesa ni los patronus fisci de las partidas en España fueron verdaderos representantes del Estado o de la sociedad para el ejercicio de la acción penal y persecución penal pública. Cf. Exposición de motivos del Ministerio Público de Santiago del Estero. Cit. En el mismo sentido, Maier, Julio B.J.. El Ministerio Público. Cit.

ser funcionarios públicos que prestaban juramento de no ocuparse de otros intereses; y, además, a devengar un sueldo de la corona como prestación de sus servicios. Su función vario notablemente, pues ahora, se encargan de resguardar el orden público, y su primera actividad en las actividades del proceso penal; sin embargo, su función principal estaba dirigida a proteger y demandar los intereses fiscales de la corona. Este personaje es producto de la ordenanza del 25/3/1302 de Felipe el Hermoso[45], la actuación de los procuradores del rey y los procuradores fiscales instituidos, representaron importantes ingresos en la renta real, y es quizá el antecedente que más se aproxima por sus características a lo que hoy conocemos como función del Ministerio Público.

En las ordenanzas Reales de Castilla de 1387, aparece el patronus fisci, que se va a transformar en un acusador público. El procurador Fiscal, para que "los delictos no queden ni finquen sin pena y castigo por defecto de accusador"[46].

Como se ha advertido, el representante del Monarca, ha venido desarrollando una lenta aparición en la escena judicial, de los Estados Europeos. En Italia por ejemplo, no se llegó a tener un instituto similar a los instituidos en Francia y España sino hasta el siglo XVI donde hace su aparición el Procurator fiscalis, fundamentalmente en las ciudades de Roma, Milán y Nápoles, en igual forma, en Alemania, Das Fiskalat (de fiscal=procutor, en latín) fue la institución que dicho sea de paso, ocupo el lugar de los procurers du roi en el derecho franco. El fiscal prusiano a partir de la conclusión del XVI, se constituye como representante ejecutivo del señor, y, adquiere como función la de llevar a cabo una indagación de lo sucedido, preocupado de los intereses del monarca en la persecución penal.

En el siglo XVIII, aparece ya el fiscal como custodio de las leyes, en el Estado-policial, como órgano de derecho de policía del Estado y como control para súbditos y funcionarios, formando, inclusive, una rama de la policía estatal, encargada del control de las infracciones en mercados y moneda. Su planta y organización, consecuente con esta evolución, se amplió sobremanera, tanto en número como territorialmente; de allí su organización jerárquica.

Es de advertir que en 1704 el advocatus fisci de Berlín se transforma en Fiscal General, la cúspide de la función fiscal en la monarquía, de la cual dependían todos los fiscales prusianos. Empero, la escasa claridad de su ubicación en la burocracia estatal y de sus funciones lo condujo hacia su desaparición a comienzos del siglo XIX.

---

45 Cf. Maier, Julio B.J.. Cit.

46 Cf. Maier, Julio B.J.. Derecho Procesal Penal. Tomo I... Cit.

No obstante, la descripción a grandes rasgos que se ha dado de la evolución histórica del procurador du roi en Francia, el procurador fiscal en España, das Fiskalat en los principados alemanes y el procurator fiscalis en Italia, lo que más interesa es determinar las causas que originaron el aparecimiento de esta figura extraña, que como dijo de la Rua en 1835 es como una planta exótica, en la sociedad, cuyas propiedades y condiciones son desconocidas[47].

En si el triunfo del absolutismo estatal, siglos XVII y XVIII, permitió un amplio desarrollo de la actividad del procurador en la acción del procedimiento penal, cada vez más ocupada de los intereses generales del Estado o del rey. El fiscal significó, primero, un apoyo para el monarca en su lucha con los señores feudales; se transformó luego en el órgano de la monarquía, continuó representando al fisco en los procesos penales leves, que conducían a la pena de multa, ejecutada por ellos, y en asuntos penales administrativos.

Esta multiplicidad de funciones hacen del nacimiento del Ministerio Público un híbrido[48], el cual, en la medida que va adquiriendo mayor protagonismo en la representación de la cosa pública - representación del monarca- se hace más compleja su intervención y su indagación histórica, a pesar de que si se ha podido determinar, con cierta aproximación, la necesidad de su aparición en el plano político y su aparición a partir de la centralización del poder y el desplazamiento paulatino de la víctima del ejercicio de la acción pública.

2. LA REVOLUCION FRANCESA, GESTORA DEL SURGIMIENTO DEL MINISTERIO PUBLICO COMO ORGANO DE ACUSACION.

---

47 V.H. de la Rua. de la organización atribuciones y deberes del ministerio fiscal. d. V.G.Ch. Madrid 1853. p. 302.

48 Los orígenes de un, público, acusador, inquisidor, o ministerio fiscal, se confunden, como se ha visto, con los del rito inquisitivo: así, en Roma, la acusación pública se ejerció en la época imperial por el praefectus urbis y por el praefectus praetorii y en la provincia por el praesides y por los proconsules asistidos por la variada servidumbre de los irenarchae, curiosis, legati, frumentarii, nunciatores, stationarii; en la Edad Media, en cambio, encontramos los missi dominici de Carlomagno y, después, los avogadori del común vénetos, los avvocari reali de Nápoles, los procuratores fiscales o advocati fisci de Piamonte, las gens du roi en Francia, los procuratores regi y sus substituti también en Francia, y en las demás monarquías absolutas (de aquí la moderna nomenclatura: procuratori generali, procuratori del re, procuratori de la Repubblica, sostituti), donde actuaron desde el siglo XIV y organizados jerárquicamente. Cf. Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Cit. nota 110. capitulo 9. p. 644 y SS.

El siglo XVIII fue, sin dudas, el inicio de la gran reforma del sistema de administración de justicia[49], en este sentido la critica, se centro en uno de los mecanismos más efectivos del ejercicio del poder, esto es, el enjuiciamiento penal[50]. La tortura, el juez representante del rey, el secreto y las prohibiciones para el ejercicio de la defensa fueron los temas donde se centró la crítica al antiguo régimen, -inquisición-.

Toda esta discusión estaba basada fundamentalmente sobre la retoma de un nuevo paradigma de organización del Estado, necesaria, para la subsistencia de un nuevo modelo de organización social de producción, gestado a partir de una creciente forma de acumulación de riqueza y las migraciones hacia los centros urbanos[51]; de allí, la necesidad de un nuevo modelo de organización social fundado en la soberanía popular y el control del ejercicio del poder centralizado del Monarca.

Esta critica al ejercicio del poder, en materia de justicia penal y procesal penal, se estructuró sobre la base del derecho romano republicano e imperial y el derecho inglés[52], que conservó el sistema acusatorio, puesto que allí no se observó el fenómeno de la recepción del derecho romano canónico como en Europa continental.

Ferrajoli sostiene que "la batalla cultural y política contra la irracionalidad y la arbitrariedad de este proceso es uno de los motivos que animaron a la ilustración reformadora" así, Montesquieu, uno de los principales críticos del antiguo régimen, critica expresamente la atribución de los Estados despóticos de juzgar por sí. Sostiene que si así fuera, el príncipe sería juez y parte y considera necesaria la

---

49 A pesar de que, en este siglo, no es característica esencial la hostilidad hacia el sistema inquisitivo, varios publicistas reaccionaron contra el horror de la aplicación del tormento a un ser humano, guiados todavía por el argumento práctico que explicaba a la tortura como el mejor método para someter a un inocente débil y salvar a un culpable fuerte. Montesquieu, Beccaria y Voltaire fueron los filósofos que emprendieron decididamente el camino en pos de la reforma del enjuiciamiento penal. Cf. Maier, Julio B.J.. Derecho Procesal Penal. Cit. p. 335 y SS.

50 Foucault advierte: "se podía ser ahorcado en más de 300 casos, lo cual significaba que era muy fácil que la aristocracia o quienes detentaban el aparato judicial ejercieran terribles presiones sobre las capas populares." Foucault, Michel. La Verdad... Cit. p. 104 y SS.

51 Los cuáqueros y metodistas de finales del siglo XVII y XVIII que se organizaban para intentar suprimir los vicios, reformar las maneras, eran pequeño-burgueses que se agrupaban con el propósito evidente de hacer que reine el orden entre ellos y a su alrededor. Cf. Foucault, Michel. Cit.

52 Cf. Maier, Julio B.J.. Cit. Foucault, Michel. La Verdad. Cit. Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Cit. 566 y SS.

ıarticipación de tres personas, el acusado, el príncipe afirmando la violación de la ley, un tercero para decidir[53].

Sin embargo, en este mismo orden de ideas, critica también el sistema de ıcusación popular romano, en especial por la degeneración ocurrida en la época del mperio, donde, según su criterio, "se vio aparecer un género de hombres funestos, ına turba de infames delatores"[54] . Se aparta, entonces, del sistema de acusación ıopular y apoya, en cambio, la persecución penal pública donde "el príncipe tenga ın cada tribunal un funcionario que persiga todos los crímenes"[55].

En el mismo sentido se expresa Beccaria, siguiendo a su inspirador, "Es ›pinión del Sr. Montesquieu que las acusaciones públicas son más conformes al ;obierno republicano, donde el buen público debe formas el primer cuidado de los ;iudadanos que al monárquico, donde esta máxima es debilísima por su misma ıaturaleza, y donde es un excelente establecimiento destinar comisarios que en ıombre del público acusen los infractores de las leyes. Pero así en el republicano ;omo en el monárquico debe darse al calumniador la pena que tocaría al acusado"[56].

Todo el pensamiento ilustrado fue congruente en la denuncia de la nhumanidad del sistema, la tortura y el carácter despótico del sistema inquisitivo, lo que produjo que la Revolución francesa adoptase inmediatamente el sistema acusatorio; sin embargo, esta experiencia no duró más que los años en que se respiró el proceso revolucionario.

Se observa que las grandes propuestas políticas de la época fueron acompañadas con una gran crítica y un importante caudal de propuestas de reforma penal, concebido claramente como un poderoso arma del antiguo régimen. Sin embargo, también se puede observar que desde el momento en que se formaba la propuesta de la revolución, los iluministas renunciaban a algunas instituciones propias de los sistemas democráticos que las vieron nacer y se aferraron a otras basadas en la idea de que la propia legitimidad del gobernante o del propio estado bastaba para la persecución penal (persecución penal pública).

Maier sostiene que la ley más característica de las ideas de la revolución fue la ley de septiembre de 1791[57], que dividió el procedimiento en tres fases claramente

---

53 Montesquieu. Del Espíritu de las Leyes. Editorial Porrúa, S.A. 8ª. Edición. 1990. p. 54.

54 Montesquieu. Cit. p. 56.

55 Cit.

56 Beccaria, De los Delitos y de las Penas. Cit, p. 59-60.

57 Maier, Julio B. J.; Derecho... Cit., Tomo 1b, p. 114.

identificables, una fase de instrucción que realizaba un juez, una fase intermedia que decidía acerca de la apertura del juicio público y el procedimiento definitivo en un juicio oral y público.

Una institución importante introducida a la luz de las nuevas ideas, era el jurado, en los términos que existía en la época en el procedimiento anglosajón. Junto con el jurado del juicio se instituyó también el jurado de acusación, quien decidía sobre el progreso de la acusación y autorizaba al Estado a realizar un juicio público por ese hecho a esa persona.

El jurado de acusación era compuesto por 8 jueces accidentales dirigido durante la audiencia pero sin participar en su deliberación, por un juez profesional. Este director del jurado de acusación era el encargado de lograr la acusación luego de la instrucción realizada por el juez de paz. La acusación, lograda en un procedimiento complicado, era puesta a consideración del jurado. La decisión era tomada en una audiencia a puertas cerradas donde se recibía prueba y se escuchaba a las partes. El jurado decidía si se abría a juicio oral y público[58].

Respecto al régimen de la persecución penal, ésta era ejercida por un acusador público, un funcionario de elección popular que intervenía luego de la admisión de la acusación para sostenerla durante el juicio, de modo que el inicio del procedimiento podía darse de oficio por el juez de paz encargado de la instrucción, aunque sólo en caso de delito flagrante. Por lo demás, se admitía la denuncia, la acción del ofendido y la acción popular.

Aparentemente, las críticas a este sistema fueron intensas, centradas, especialmente, en la participación popular en la administración de justicia y en el régimen de la persecución penal.

La ley del 7 de pluvioso del año IX de la Revolución (1801), tuvo por objeto la constitución del Ministerio Público, esto es, la estructuración de una organización estatal para el ejercicio de la acción penal. A la par de ello, si bien la instrucción continuaba en manos del juez de paz, el encargado de lograr la acusación era un procurador, quien concluía sobre las actas reunidas por la instrucción escrita y presentaba su acusación ante el jurado de acusación. El procedimiento ante éste se modificó en perjuicio de la audiencia y la decisión se producía, entonces, también sobre actas.

El Código de Instrucción Criminal francés de 1808, sancionado durante el período napoleónico, consolidó las tendencias que se han reseñado, esto es, la consolidación del sistema de enjuiciamiento penal mixto, predominantemente inquisitivo en la primera fase escrita, secreta, dominada por la acusación pública y

---

[58] Cit. p. 117.

exenta de la participación del imputado, privado de libertad durante la misma, tendencialmente acusatorio en la fase sucesiva del enjuiciamiento, caracterizada por el juicio contradictorio, oral y público con intervención de la acusación y la defensa pero destinado a convertirse en mera repetición o escenificación de la primera fase.

Esta mezcolanza y el compromiso entre los dos modelos han tenido continuidad en la etapa republicana a través de la introducción de débiles elementos acusatorios en la fase instructoria, pero, al mismo tiempo, de mayores atribuciones judiciales conferidas a los órganos instructores. Con ello se ha producido una ulterior acentuación del carácter de juicio autónomo y una progresiva pérdida de contenido de la fase de enjuiciamiento, reducida a mera y prejuzgada duplicación de la primera.

El código napoleónico otorgó, también, al Ministerio Público el monopolio de la persecución penal y eliminó el jurado de acusación, aunque mantuvo un procedimiento de control de la acusación ante la Cámara del Consejo aunque con la participación del juez instructor cuyo voto era decisivo para el progreso de la acción.

Si la Cámara del Consejo decidía, entonces, en caso afirmativo, se remitía al Procurador y se procedía a un segundo control ante la Cámara de Acusación. El procurador, una vez aceptada la realización del juicio, redactaba la acusación sobre la base de las actas de la instrucción y sobre la base de la decisión de la Cámara.

El Código napoleónico de 1808 fue la fuente de los posteriores cambios en la legislación europeo continental durante el siglo XIX y principios del siglo XX. Austria en 1873, Alemania en 1877, España en 1882 e Italia en 1913, fueron los cambios más importantes.

En síntesis el modelo que se instituyó a partir del Código de 1808 fue un claro compromiso político entre las viejas ideas inquisitivas y las nuevas ideas liberales, las primeras plasmadas en la instrucción escrita y secreta y la persecución penal pública, las segundas en el juicio oral y público y el juicio por jurados, que dio nacimiento al sistema mixto de enjuiciamiento penal y que en muchos países de América Latina perviven hasta nuestros días.

3. EL EJERCICIO DEL PODER Y LA INTRODUCCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN GUATEMALA.

La organización judicial española constituye el marco jurídico donde se estructura el sistema judicial durante la colonia, por ello, en ésta época, no podemos hablar de un sistema propio, sino más bien de un sistema de recepción impuesto por la cultura dominante en ese momento histórico-político[59]. La administración de

---

59 Para un estudio completo de esta época en España, Cf. Kamen, Henry; La Inquisición Española, Cit, p. 235 y SS. Maier, Julio B. J.. Derecho Procesal Penal. Cit. Veléz Mariconde, Alfredo. Derecho Procesal Penal. Cit. Salas, Luis

justicia era una atribución real; todos los tribunales representaban al monarca en el ejercicio del poder.

Habida cuenta de lo anterior, y, a partir de la centralización del poder, los órganos representantes del monarca en tierras americanas -Reales Audiencias de Indias- reunían en si las potestades administrativas, legislativas y judiciales dentro del ámbito territorial o funcional que les había sido asignado.

En las Reales audiencias se perfilaba una especie de Fiscal que al igual que en el sistema español y los demás países europeos de la época tenía por funciones la de resguardar los intereses de la Corona.

Producto de la dominación francesa sobre España, surge la Monárquico Constitucional y se emite en 1808 la Constitución de Bayona, la cual influenciada, por la legislación Francesa, introduce la figura de un procurador general o fiscal[60]; no obstante, es de advertir que en dicho cuerpo normativo se puede observar el sostenimiento de un poder centralizado, "La justicia se administrará en nombre del Rey por juzgados y Tribunales que él mismo establecerá." (Artículo 98 Constitución de Bayona), el cual hace innecesario un órgano que se encargue de la acusación pública. La Constitución de Cádiz de 1812, amplia el sistema de garantías en los procedimientos penales, sin embargo, mantiene una organización vertical del ejercicio del poder punitivo.

Es de advertir que estas constituciones si bien establecen límites para el ejercicio del poder punitivo del Estado, siguen manteniendo la persecución penal pública como un derecho del monarca, lo que hace innecesaria la institución del Ministerio Público encargado de la acusación penal.

La primera regulación sistemática del Ministerio Fiscal, en España, se encuentra en el Reglamento del Supremo Tribunal de España e Indias del 13 de marzo de 1814, aprobado por las Cortes de Cádiz. Este sirvió de modelo al del 17 de octubre de 1835, y el reglamento provisional para la administración de justicia en lo respectivo a la real jurisdicción ordinaria, del 26 de septiembre de 1835; es decir, que se trata de una institución con perfiles definidos según ideas bastante exactas acerca de lo que es desde hace más de siglo y medio[61].

---

y Rico, José María. La justicia Penal en Guatemala. Editorial Educa. 1989. Torres Moss, Clodoveo. La Organización Judicial en las Indias en Revista de la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. 1986. p. 38 y SS.

60 Artículo 105.

61 Cf. Pietro Castro y Fernández, Leonardo. El Ministerio Fiscal en Europa; sobre la base de la conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación con motivo de la conmemoración del cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal. p. 782 y SS.

Con la independencia guatemalteca, al igual que en Hispanoamérica, la influencia de las ideas liberales apareció como lo demuestran las distintas constituciones, actas o declaraciones de derechos de la época, aunque, en contados casos, esto se materializo en un sistema de enjuiciamiento penal[62].

Como muestra de esta influencia iluminista se encuentran las Bases Constitucionales de 1823[63] y la Constitución de la República Federal de Centroamérica del 22 de noviembre de 1824, la Constitución del Estado de Guatemala de 1825; y, las reformas constitucionales de la federación de 1835.

En estos ordenamientos constitucionales se establece la división de poderes, la subordinación de los funcionarios públicos al imperio de la ley, elección popular de los magistrados y del Fiscal; así también se perfila un sistema de garantías procesales cimentado en la garantía de juicio previo y las limitaciones del poder en el ejercicio de la persecución penal.

Es de advertir que luego de la independencia, el Estado de Guatemala, entra en una profunda crisis de identidad[64], en la cual se pueden visualizar avances y retrocesos por consolidar los principios del Estado Iluminista -división de poderes y límites para el ejercicio del poder-; en contraposición, al poder centralizado heredado de la colonia -centralización del poder y ejercicio ilimitado de ese poder-.

---

62 No obstante, la regulación constitucional, el único intento real que se hizo por transformar el sistema de administración de justicia penal para adecuarlo a los principios del Estado Republicano de gobierno, fueron los llamados códigos Livingston. Puede encontrarse una compilación de estas leyes en Justicia Penal y Sociedad 3-4 (sólo el Código Penal, aunque anuncian los demás códigos para los próximos números); compilación a cargo de Enmy Morán, Guatemala C.A., 1993, p. 161 y SS. Código Penal de Livingston. Traducción José Barrundia. Guatemala Imprenta de la Unión. año 1831. Para un análisis de la situación política y social que acompañaron la vigencia de los Códigos de Livingston. Vela, David. Vida Pasión y Muerte de los Códigos de Livingston en Justicia Penal y Sociedad. Año I. No. 0. 1991. p. 41 y SS.

63 En 1823, los fiscales están adscritos a la Corte Suprema de Justicia, con carácter de auxiliares de la administración de justicia, actuando como acusadores en las causas criminales. Salas, Luis y Rico, José María. La justicia Penal en Guatemala. Cit.

64 Esta crisis de identidad del Estado se extiende hasta nuestros días, en donde se puede visualizar la tensión existente entre, la centralización y descentralización del poder político; así como, los límites que tiene el poder para actuar en contra de los particulares. En definitiva se puede decir que hay avances, al menos en materia del control penal punitivo y coercitivo. Para un estudio histórico del constitucionalismo guatemalteco. Cf. García Laguardia, Jorge Mario. Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985. 5a. Edición. 1997. Imprenta y Fotograbado LLerena S.A. p. 18 y SS.

Estas contradicciones, también, son una constante en el siglo XX, aunque con distintas matices, donde el poder político aún no ha podido consolidarse, ni hacer operativos los principios surgidos de la Revolución Francesa. Aquí, como en el siglo XIX, la tensión entre división de poderes y poder centralizado; así como entre los límites para el ejercicio del poder y el ejercicio del poder ilimitado han caracterizado la escena política, la cual ha tendido a una dominación fáctica, y en ocasiones, normativa, del poder centralizado y el ejercicio ilimitado de dicho poder[65].

En este contexto el sistema de administración de justicia siguió las contradicciones del poder político, al menos en su estructura orgánica[66], puesto que, a nivel sustancial se puede decir que el ejercicio del poder punitivo no tuvo variaciones significativas, salvo los códigos de Lívingston, que entraron en vigor en 1837 y fueron derogados en 1838[67]; y, el decreto 51-92 del Congreso de la República que entró en vigencia el 1 de julio de 1994, en los cuales se puede Cf. un esfuerzo por configurar en el procedimiento penal, los principios del Estado Republicano de Derecho.

De esta manera, es claro, que con excepción de los cuerpos normativos citados anteriormente, el sistema para resolver los conflictos penales siguió la tradición española de la época de la inquisición. Si bien, hay que advertir que los códigos de procedimientos penales vigentes en Guatemala, al igual que los ordenamientos constitucionales introducían principios y garantías individuales que tienen su origen en el iluminismo -inmediación, derecho a declarar libremente, juicio

---

65 Muestra de ello son las reformas constitucionales de 1903, 1927, 1935, 1941 que tienden a una centralización del poder. La Constitución de 1945, es un intento por construir un estado Republicano en el que se ponga en vigencia los principios de independencia de poderes, para caer nuevamente a un corrimiento hacia la centralización del poder con las constituciones de 1956, 1965 hasta desembocar en un nuevo proceso por hacer operativos los principios del Estado Republicano de Derecho con la Constitución de 1985. Cf. García Laguardia, Jorge Mario. Cit. p. 15 y SS.

66 La estructura del poder judicial hasta la fecha se ha estructurado jerárquicamente, lo que afecta la independencia judicial en concreto. Es preciso advertir que constitucionalmente es hasta la constitución de 1945 que la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad de nombrar jueces de primera instancia y jueces menores, anterior a esta fecha la facultad de nombrar jueces de primera instancia se encontraba a cargo del poder ejecutivo; si bien, los magistrados eran nombrados por el congreso o por elección popular.

67 "1o. Se suspende la ejecución de los códigos decretados en 8 y 30 de abril de 1834, 27 de agosto de 1835, 24 de mayo y 20 de agosto de 1836. En consecuencia se restablece provisionalmente la administración de justicia que regía antes de su promulgación con las explicaciones que expresa el presente decreto". 13 de marzo de 1838. , Cf. Vela, David. Vida... Cit. p. 63.

previo, garantía de defensa, publicidad-, éstos en la práctica no se operativizaron por los mecanismos establecidos para juzgar a las personas -escritura en todas las fases del proceso, fase sumarial secreto- que son propios de la inquisición.

En consecuencia el juicio criminal, se encuentra caracterizado durante el siglo XIX y XX por un procedimiento escrito, fase sumarial secreta, prueba tasada, reproducción de la prueba de la investigación en el juicio o plenario y juez inquisidor que hacía innecesario un órgano particular, popular o estatal de acusación[68]; y, además, este modelo de enjuiciamiento penal desarrolló una cultura organizacional propia, inmune y renuente a las transformaciones legislativas, que acentuó la falta de inmediación procesal, propició la delegación de funciones propias del juez y hasta transformó el sistema escrito, de registros, en una justicia de formularios, en la cual, las frases hechas esconden la falta de fundamentación y, por consiguiente, el uso de la intima convicción, como regla de valoración de la prueba.

De esta forma el sistema judicial sirvió perfectamente a los intereses del grupo político dominante y facilitó los abusos de poder en que los mismos incurrieron. De hecho, el poder judicial, nunca fue reconocido como un espacio de poder real, muestra de ello, son los distintos mecanismos utilizados para el nombramiento de los miembros de la Corte Suprema de Justicia y de jueces menores[69], establecidos en los diferentes cuerpos constitucionales.
Por ello, no es necesario, introducirse en un análisis profundo de la legislación procesal penal, los rasgos característicos que la informaron son los mismos.

El decreto 73 de la Ley Constitutiva del Suprema Poder Judicial del Estado de Guatemala de fecha 16 de diciembre de 1839 establecía que: "Artículo 90. Todo proceso o procesado puede renunciar el derecho que tiene a que los testigos examinados en la sumaria, sean ratificados en plenario; se entiende renunciado este

---

68 Para un estudio más profundo es preciso analizar: el Decreto 76, Declaración de los Derechos del Estado y sus Habitantes, de fecha 14 de diciembre de 1839, código penal y procesal penal de 1877, código procesal penal de 1898 y código procesal penal de 1973.

69 Para un estudio profundo del poder judicial analizar: Constitución de la República Federal del 22 de noviembre de 1824, artículos 132 y 189 en los que se establece un sistema de elección popular para el nombramiento de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 139 que establecía como función del poder ejecutivo el nombramiento de los jueces de primera instancia a propuesta de la Corte Suprema de Justicia. En igual forma se encuentra regulada la integración del poder judicial en la constitución del Estado de Guatemala del 11 de octubre de 1825 -artículos 199 y 211-. Las reformas de esta constitución federal del 13 de febrero de 1835, define que el poder legislativo nombrará a los Magistrados y Fiscales -artículo 137- y mantienen el nombramiento de los jueces de primera instancia a cargo del poder ejecutivo en la forma indicada -artículo 139-. El poder ejecutivo mantiene el nombramiento de jueces hasta la Constitución de 1945.

derecho, por la circunstancia sola de no pedirse la ratificación en el término probatorio.", En igual forma: "artículo 92. En las causas criminales debe procurarse que el sumario quede concluido dentro de un mes...".

En igual forma, el código de procedimientos penales de 1898 se caracteriza por un sistema eminentemente escrito e impulsado de oficio, aunque, se contemplara la publicidad del plenario, que también estaba informado por la escritura, al igual que lo establecía el decreto 73. Esta legislación procesal, regulaba, además, que el ejercicio de la acción penal por los delitos públicos, era esencialmente pública, y correspondía su ejercicio al Ministerio Fiscal, a la parte agraviada o a cualquier ciudadano en el ejercicio de sus derechos. No obstante, la iniciación de oficio a cargo de los jueces, institución que se impuso por las características del proceso.

Al respecto, influyeron para el predominio de la actuación de oficio de los jueces en persecución penal la actuación que éstos tenían en el procedimiento, tal es el caso, del sumario el cual se encontraba a cargo del juez y era éste el que valoraba si la causa iba o no a plenario, por tanto, el juez era el que incitaba la participación del Fiscal o acusador.

Así este sistema no requiriera de un acusador para funcionar, si bien, se perfila la existencia de la acusación popular y la acusación por parte del Ministerio Público, la estructura del proceso término por limitar la posibilidad de una participación activa del ente acusador.

En 1961 se inicia el primer intento por reformar el código de 1898 (proyecto Soler-Lemús-De León)[70] con el objeto de adecuar el sistema de enjuiciamiento penal, a las bases constitucionales de 1956 y de los principios de la Declaración de Derechos Humanos. En la exposición de motivos se pone de manifiesto la necesidad de sustituir el código de procedimientos penales a efecto de hacerlo congruente con los principios del Estado Republicano y Democrático; sin embargo, el modelo mantiene el sistema de juicio escrito.

Este proyecto, contempla, también, el ejercicio de la acción penal a cargo del Ministerio Público, del agraviado y de cualquier ciudadano, sin embargo, la actividad de éstos órganos se ve restringida por la actividad y el poder del juez en las distintas fases del proceso.

En 1972, el proyecto Menéndez de la Riva propone un sistema de enjuiciamiento criminal en el cual el sumario está a cargo del juez instructor y el juicio oral y público a cargo de las Salas de la Corte de Apelaciones. Esta propuesta,

---

70 Sebastián Soler, Romeo Augusto de León, Benjamín Lemus Morán. Proyecto de Código Procesal Penal y Exposición de Motivos. 1961.

constituye el primer intento por implementar el procedimiento oral en Guatemala a la cual le seguirán otros proyectos; sin embargo, este proyecto no es aprobado, y, en su lugar se decreta un código procesal (decreto 52-73)[71], vigente hasta el 30 de junio de 1994, que mantiene el sistema de enjuiciamiento penal escrito, en el cual se establece la obligatoriedad del Ministerio Público en todos los trámites de los procesos de acción pública, pero se le deja subordinado a la actuación del juez quien tiene a su cargo el impulso del proceso.

De esta manera, el Ministerio Público en Guatemala, ha sido una institución ausente del sistema de enjuiciamiento penal, su introducción en la legislación guatemalteca ha tenido las mismas contradicciones, avances y retrocesos con las cuales ha surgido en las diferentes naciones que adoptaron el sistema de enjuiciamiento criminal de corte europeo continental.

El Ministerio Público como institución surge a partir de la reforma constitucional del 9 de abril de 1921, la cual da origen al decreto 1618, de fecha 31 de mayo de ese año; si bien, es necesario advertir que la función fiscal aparece regulada en los ordenamientos constitucionales y legislaciones ordinarias del siglo XIX[72], en la cual la labor de los fiscales estaba orientada a actuar en segunda instancia[73], como órganos contralores del principio de legalidad, y agentes que resguardaban los intereses de la hacienda pública; así también según el decreto 81, del 10 de enero de 1852 tenían la facultad coercitiva para impedir los delitos y aprehender a los delincuentes, pudiendo requerir el auxilio de cualquier funcionario o particular, al cual podía apremiarle, aprestarlo y castigarle por su renuncia a prestarle auxilio con penas pecuniarias que no podían exceder de cincuenta pesos, o corporal que no pasare de un mes de prisión -artículos 7 y 16-.

---

71 Este sistema ha perdurado hasta la vigencia del decreto 51-92, vigente desde el 1o. de julio de 1994, el cual generó una transformación profunda en la forma de enjuiciamiento penal, otorgándole al Ministerio Público el ejercicio de la acción y persecución penal pública. Para tener una visión específica del decreto 52-73. Hurtado Aguilar, Hernán. Derecho Procesal Penal Guatemalteco. Editorial Landívar. 1973. Valenzuela O, Wilfredo. Lecciones de Derecho Procesal Penal, Tomo I. Talleres de la Facultad de Ciencias Jurídicas.

72 Cf. Artículos 199 y 203 de la Constitución del Estado de Guatemala del 11 de octubre de 1825; 84.3. , 137, 138 y 139 de las reformas a la Constitución Federal de Centroamérica decretada el 13 de febrero de 1835; 2, 3, 4, 7, 8, 11, 12, 13 y 14 del decreto 73 de fecha 16 de diciembre de 1839; 11 y 18 del Acta Constitutiva de la República de Guatemala del 19 de octubre de 1851; 7 y 8 del decreto 81 de fecha 10 de enero de 1852; 53 y 86 de la Ley Constitutiva de la República de Guatemala del 12 de diciembre de 1879; 52 de las reformas a la ley Constitutiva de la República de Guatemala del 20 de octubre de 1885; 52.10. y 5 de las disposiciones transitorias de las reformas constitucionales del 5 de noviembre de 1887.

73 Cf. Herrarte, Alberto. Derecho Procesal Penal. Cit.

La introducción del Ministerio Público en la Constitución de 1921, constituye el antecedente más próximo de los que hoy es el Ministerio Público, a partir de ese momento, siempre ha estado contemplado como institución en los distintos ordenamientos constitucionales y sus reformas, unas veces dependientes del poder ejecutivo[74], otras del poder legislativo[75], otras adscrito a las Cortes de Justicia y finalmente considerado como un ente con funciones autónomas[76].

La actividad del Ministerio Público como ente acusador a cargo de la persecución y acción penal pública es de reciente data; si bien, el código de 1889 y 1973 lo consideran como un órgano a cargo de la acción penal pública. Esta nunca fue favorecida por el sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo que hace innecesaria la participación de un ente acusador.

Por ello, sólo se puede hablar de Ministerio Público como ente acusador a partir de la reforma constitucional del artículo 251 -decreto legislativo 18-93- y de la vigencia del decreto 51-92 y 40-94 del Congreso de la República que contienen el código procesal penal y la ley orgánica del Ministerio Público respectivamente.

En si, el decreto 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal, reforma trascendentalmente el sistema de administración de justicia que históricamente había estado vigente en Guatemala, y le otorga un papel protagónico al Ministerio Público, el cual tiene a su cargo la investigación y la formulación de la acusación, con esto, se puede decir que, al menos normativamente, el Estado de Guatemala se encamina a la abolición del sistema inquisitivo propio de los estados autoritarios y da un paso adelante en la configuración de un sistema de enjuiciamiento característico del Estado Republicano y Democrático de Derecho.

---

74 Cf. Artículo 4 decreto legislativo 1618 de fecha 31 de mayo de 1921. Artículo 221 de la Constitución de 1965.

75 Cf. Modificación constitucional del 9 de abril de 1921, artículo 11, que modifica el artículo 52. Constitución de 1945, artículo 115.8.

76 Cf. Artículo 251 de la Constitución reformada de 1985.

CAPITULO II.
BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL MINISTERIO PUBLICO EN UN ESTADO DEMOCRATICO.

1. EL PUNTO DE PARTIDA PARA LA DEFINICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO. 2. UBICACIÓN INSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO. 2.1. EL MINISTERIO PÚBLICO DEPENDIENTE DEL PODER EJECUTIVO. 2.2. EL MINISTERIO PÚBLICO DEPENDIENTE DEL PODER JUDICIAL. 2.3. EL MINISTERIO PÚBLICO DEPENDIENTE DEL PODER LEGISLATIVO. 2.4. EL MINISTERIO PÚBLICO COMO ÓRGANO EXTRAPODER. 3. PROBLEMAS QUE ENFRENTA LA UBICACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

1. EL PUNTO DE PARTIDA PARA LA DEFINICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO.

En el capítulo anterior se delineó el surgimiento histórico-político del Ministerio Público como órgano encargado del ejercicio de la persecución y acción penal pública, tomando como modelo el desarrollo que ha tenido el sistema europeo continental, del cual Guatemala ha sido receptora.

Como se puede advertir el Ministerio Público desde su surgimiento se desarrolla a partir de la complejidad de las relaciones sociales y de los principios sobre los cuales se estructura el ejercicio del poder. Precisamente, se ha demostrado que históricamente cuando más centralizado se ha encontrado el ejercicio del poder, se ha hecho menos necesaria la existencia de un órgano encargado de la persecución penal pública, y, por el contrario, cuando más descentralizado se encuentra el ejercicio del poder, la necesidad de un órgano que ejerza la persecución y acción penal pública se hace más sentida[77].

Precisamente, el surgimiento del Ministerio Público, luego de la Revolución Francesa, se da en la contradicción de estos modelos -centralización y descentralización del ejercicio del poder estatal-.

El derrumbe que significo la Revolución Francesa con relación al poder centralizado del Monarca, no precisamente correspondió en la práctica con el fin de los sistemas centralizados de ejercicio del poder[78]. De hecho, los principios que

---

77 Maier Advierte: "el ministerio público, con su moderna función acusatoria o, mejor aún, de persecución penal en los delitos llamados "de acción pública", es, en realidad, un desarrollo contemporáneo, un oficio público posterior a la transformación de la inquisición histórica e, inclusive, a las propias ideas del iluminismo.". Julio B. J. Maier. El Ministerio Público. Cit. p. 29.

78 Ejemplo de ello son los sistemas de administración de justicia de Europa

inspiraron en un inicio la Revolución Francesa fueron cediendo paso paulatinamente ante los postulados que daban sustento al antiguo régimen, muestra de ello lo constituye el Código Napoleónico de 1808[79] y demás sistemas de administración de justicia de Europa central y Latinoamérica que le han precedido.

Los países receptores del sistema europeo continental, hasta la fecha, presentan esta contradicción en la formulación y configuración del ejercicio del poder estatal, lo cual se ha visto reflejado en la organización y funcionamiento de las instituciones estatales, entre ellas el Ministerio Público.

Por otra parte, la falta de congruencia entre los principios sobre los cuales se estructura el ejercicio del poder y las formas en que dicho poder se hace operativo en la práctica o dinámica social, han generado, en la mayoría de los casos, la disminución y limitación del sistema de garantías republicanas; y, como consecuencia, se ha tenido la reafirmación de la arbitrariedad estatal en la formulación y configuración del ejercicio del poder.

De allí, que en muchos casos tanto los principios sobre los cuales se estructura el ejercicio del poder estatal, como el sistema de garantías ciudadanas sean únicamente postulados jurídicos que no se hacen operativos en la configuración normativa ni en la práctica social.

En este contexto, en los Estados Republicanos y Democráticos de Derecho, el Ministerio Público ha seguido la suerte de las contradicciones existentes en la formulación y configuración del ejercicio del poder.

Por ello, el punto de partida para definir las bases sobre las cuales debe estructurarse el Ministerio Público Penal en un Estado Democrático debe buscarse no sólo en los principios que sustentan dicho modelo de Estado, sino también, en la

---

Continental del siglo XIX y de América de los siglos XIX y XX. En América existe actualmente un movimiento por terminar con los sistemas de administración de justicia centralizados.

79 En sí el modelo que se instituyó a partir del Código de 1808 fue un claro compromiso político entre las viejas ideas inquisitivas y las nuevas ideas liberales, las primeras plasmadas en la instrucción escrita y secreta y la persecución penal pública, las segundas en el juicio oral y público y el juicio por jurados, que dió nacimiento al sistema mixto de enjuiciamiento penal y que en muchos países de América Latina, incluída, Guatemala, perviven hasta nuestros días. Cf. Capitulo I.1.2. Julio B.J. Maier, Derecho Procesal Penal, Tomo I. Cit. Julio B.J. Maier. El Ministerio Público. Un adolescente? cit. Luigi Ferrajoli. Derecho y Razón. Cit. Exposición de motivos del proyecto de ley del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Santiago del Estero, Argentina.

evolución histórica que el mismo ha tenido, a efecto de no repetir las mismas contradicciones.

Y por ello, es preciso tener en cuenta que, hoy en día, el Ministerio Público se encuentra ante el desafío de paliar la crisis de la administración de justicia, a pesar de que "... todavía no esté muy claro como el Ministerio público puede contribuir a paliar esa crisis; ...".[80]

Por el momento, la forma más clara para el mejoramiento del sistema de justicia penal se encuentra en: "... un regreso más profundo a las formas acusatorias y la influencia del sistema operativo penal de cuño anglosajón...". [81]

Dentro de este esquema obviamente el Ministerio Público adquiere un papel fundamental. Pero más que esto se configura un modelo de administración de justicia reflejo de la forma en que se debe configurar el ejercicio del poder en un Estado Democrático de Derecho.[82]

2. UBICACIÓN INSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La importancia de definir con claridad la ubicación institucional del Ministerio Público tiene incidencia, fundamentalmente, en la mayor o menor autonomía institucional para el ejercicio de la persecución y acción penal pública, principalmente, cuando la misma se ejerce en contra de personajes influyentes del mundo político y económico.[83]

Esta realidad ha generado debates tanto en el ámbito legislativo como en la doctrina. Hay quiénes consideran que el Ministerio Público debe pertenecer al Ejecutivo ya que es quien formula la política criminal del Estado. Otros opinan que

---

80 Binder, Alberto. Funciones y Disfunciones del Ministerio Público. Cit.

81 Julio B.J. Maier. El Ministerio Público. Un adolescente? Cit. Luigi Ferrajoli. Derecho y Razón. Cit.

82 La importancia del papel que se encuentra llamado a cumplir radica en la búsqueda de la justicia material como uno de los fines del Estado y dentro de este contexto su papel se revitaliza, ya que considera el establecimiento del control Estatal a partir de la división de poderes lo que es válido en términos utilitarios para los poderes parciales (administración de justicia), que mutuamente se controlan y frenan uno a otro, y viceversa. Gössel, Karl-Heinz. Cit.

83 Cf. Muhm, Raoul. Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana. (Crisis del Modelo y perspectivas de reforma), en Revista Jueces Para la Democracia. No. 22. Febrero de 1994. Madrid. p. 93 a 96.

es más adecuado que el mismo forme parte del poder judicial ya que esto vendría a otorgarle mayor independencia funcional al Ministerio Público, pudiéndole otorgar así el mayor grado de atribuciones en el procedimiento preparatorio y la posibilidad de crear así mayores posibilidades de imparcialidad en la persecución penal. Una tercera posición considera que el Ministerio Público debe pertenecer al poder legislativo ya que con ello se obtendría mayor participación ciudadana en el desarrollo ideológico-político de los programas de persecución penal. Por último se tiene a quienes conciben al Ministerio Público como un órgano independiente o como órgano extrapoder.

Esta discusión ha obedecido mas que nada a la mayor o menor preferencia política del legislador, en el ámbito parlamentario. Y en el ámbito doctrinario la discusión ha girado, primordialmente, en torno a la menor o mayor confianza que se tenga en determinado organismo del Estado.[84]

En definitiva, lo que se evidencia es que cualquiera que sea la ubicación institucional que se adopte, ya sea dependiendo del ejecutivo, judicial, legislativo o como órgano extrapoder la vulnerabilidad del Ministerio Público se hace manifiesta en la medida en que no se desarrollen los principios y mecanismos que hagan operativo un Ministerio Público autónomo en el ejercicio de la acción penal pública.

No obstante lo anterior, hay que advertir que la ubicación institucional que se adopte tiene que enmarcarse dentro de la estructura orgánica del Estado. Para quienes siguen la teoría clásica de la división tripartita del poder, obviamente, intentan ubicar al Ministerio Público dentro de alguno de los tres poderes del Estado –Ejecutivo, Legislativo y Judicial-, sin embargo, en la estructura de los Estados modernos esta división tripartita del poder prácticamente ha sufrido mutaciones con el establecimiento de otros órganos que, aún y cuando, no son considerados poderes en si mismos al igual que el poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, nadie podría negar que constituyen órganos de poder que controlan la actividad de los poderes tradicionales[85].

---

84 Cf. Muhm, Raoul. Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana. (Crisis del Modelo y perspectivas de reforma). Cit. Compte Massach, Teresa. Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal, en jueces para la Democracia. No. 23. Marzo 1194. Madrid, p. 29 a 32. Nicod, Jean-Claude. El Ministerio Público en Francia, en Jueces para la Democracia. No. 18. Enero 1993. Madrid, p. 83 a 88. Gómez Colomer, Juan Luis. No es Conveniente que nos pueda procesar un fiscal, en Jueces para la Democracia. No. 2. Octubre de 1987. Madrid, p. 9.

85 La Corte de Constitucionalidad y la Contraloría de Cuentas son ejemplos claros de la mutación que ha sufrido la división tripartita del poder.

En sí la existencia de órganos extrapoder sigue manteniendo el principio de pesos y contrapesos, el cual, es uno de los principales fundamentos del Estados actuales. En definitiva la sola separación de los poderes no alcanza para evitar por si mismas las tendencias del poder, los poderes separados deben estar coordinados uno con otro y limitarse con controles mutuos[86].

Lo fundamental en la ubicación y diseño del Ministerio Público es que al igual que el ejercicio del poder se debe reflejar en el macrocosmos estatal, éste, debe proyectarse igualmente en el microcosmos del procedimiento penal.

Las discusiones sobre el tema pueden sintetizarse como un asunto de realización de la política criminal del Estado, como un problema para garantizar la autonomía e imparcialidad que debe regir la actuación del órgano fiscal, o bien, a partir de la naturaleza de las funciones que debe desempeñar el Ministerio Público como ente encargado de la persecución penal pública.[87]

2.1. EL MINISTERIO PÚBLICO DEPENDIENTE DEL PODER EJECUTIVO.

La ubicación del Ministerio Público como órgano dependiente del poder ejecutivo responde fundamentalmente a una tradición histórica. En sus inicios la función fiscal inicio representando los intereses del monarca, y posteriormente, con el modelo napoleónico, los intereses del poder ejecutivo.

Esta ubicación como se puede advertir responde al sistema clásico francés que ha subsistido, hasta ahora, en Francia y se ha trasladado a diversos modelos del sistema europeo continental.[88]

Para justificar el establecimiento del Ministerio Público como parte del ejecutivo se han planteado varios argumentos, los cuales, se pueden circunscribir ya sea aun problema de política criminal para garantizar que la dependencia jerárquica permitan un control riguroso de la política criminal del Estado. Así también se pueden observar posiciones que lo defienden a partir de la función fiscal en el proceso penal.

De esta cuenta se han vertido argumentos en los siguientes sentidos: el poder ejecutivo requiere un representante en el proceso penal para garantizar la

---

86 Gössel, Karl-Heinz. Cit.

87 El Ministerio Público en América Latina. Desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno. ILANUD. 1991, p. 93.

88 Alemania y España son claro ejemplo del Ministerio Fiscal dependiente del poder ejecutivo, en el continente Europeo y Bolivia en el sistema Latinoamericano.

división de poderes y así terminar con el proceso inquisitivo; el Ministerio Público no ejerce funciones jurisdiccionales, y por lo tanto, su ubicación natural corresponde al poder ejecutivo; el poder ejecutivo requiere un órgano de comunicación con los tribunales, los intereses de los ciudadanos están mejor representados cuando el ente acusador se encuentra dentro del poder ejecutivo, ya que los funcionarios y representantes del Estado representan siempre a la ciudadanía, y, por último, que la acción penal tiene un contenido político, en el que exige la participación directa de la administración con el fin de que ésta pueda impulsar su concepción sobre la justicia.

Como contraposición a estas argumentaciones puede advertirse que la división de poderes en el proceso penal no es consecuencia de la ubicación del Ministerio Público en el proceso penal. Mas bien, la configuración en el proceso penal de la división de poderes surge a partir de la concreción del principio acusatorio en el cual exista un órgano requirente –fiscal- , un acusado y un órgano encargado de resolver –juez-. Esto es lo que a grandes rasgos define cuan democrático es un sistema de administración de justicia.

Respecto al hecho de que el poder ejecutivo requiere de un ente que lo comunique con los tribunales es de advertir que esto es intrascendente ya que el Ministerio Público fiscal no necesariamente representa al ejecutivo, hay que advertir que uno de los principios principales que fundamentan la labor fiscal es el principio de legalidad, al menos en el modelo europeo continental, por lo tanto la actividad fiscal debe orientarse a perseguir y ejercer la persecución y acción penal de conformidad con los límites que el mismo ordenamiento jurídico le impone. Al respecto habría que preguntarse, además, el por qué?, y para qué?, el poder ejecutivo requiere de un órgano de comunicación con los tribunales.

El hecho de que el Ministerio Público no desempeñe funciones jurisdiccionales tampoco es justificación para que esta institución se ubique dentro del poder ejecutivo, dado que, el poder legislativo tampoco las desempeña, y en consecuencia, bien podría ser ubicado en este poder del Estado, al igual puede decirse del argumento que sostiene que los intereses de los ciudadanos se encuentran mejor protegidos por los funcionarios del poder ejecutivo. En un Estado Democrático, los funcionarios públicos cualquiera sea el poder en el que se ubique está precisamente para proteger los intereses de los ciudadanos, por igual, siempre atendiendo a su función y especificidad.

Justificar la ubicación del Ministerio Público a partir de que la acción penal tiene un contenido político, también es cuestionable ya que el poder dispositivo de la acción penal se encuentra limitada por el principio de legalidad procesal el cual obliga a las instituciones del Estado a perseguir todo hecho delictivo dentro de los parámetros establecidos en la ley. Esto genera que el contenido político que pueda tener el ejercicio de la acción penal no esta supeditado en estricto sentido al poder discrecional del poder político.

La instrumentalización que ha hecho el poder ejecutivo del poder dispositivo de la acción penal, amparado en el contenido político del ejercicio de la acción penal constituye la principal objeción que se hace a la ubicación del Ministerio Público dentro de dicho órgano del Estado.[89] El riesgo de que el Poder Ejecutivo conculque los principios de legalidad y objetividad y desate o se abstenga de ejercer una persecución penal selectiva es sumamente alto. No hay que olvidar que el poder dispositivo de la acción penal es uno de los poderes más grandes que ostenta el Estado en las sociedades modernas.

2.2. EL MINISTERIO PÚBLICO DEPENDIENTE DEL PODER JUDICIAL.

Este modelo ha sido desarrollado a partir de la necesidad de garantizar la autonomía e independencia del Ministerio Público. Uno de los argumentos centrales que sustentan la dependencia del poder judicial plantea que, el poder judicial desarrolla sus funciones mediante dos órganos: uno de ellos promueve la justicia (Ministerio Público) y el otro la declara (Organo Judicial).

Esta justificación no es cierta dado que la función primordial del poder judicial es la de juzgar, o sea, la declaración del derecho, más no la función requirente.

Por otra parte, la dependencia del Ministerio Público del poder judicial produce una peligrosa unión entre la función jurisdiccional y la dispositiva de la acción, lo cual desemboca en la reproducción de los vicios del sistema inquisitivo.[90]

Esta posición tiende a confundir las función fiscal y judicial puesto que en definitiva, ambos funcionarios dependen de un mismo órgano. De esta cuenta surge una contraposición de principios dado que el poder judicial tiende a ser horizontal como mecanismo para hacer eficiente la independencia e imparcialidad judicial, mientras que la característica del Ministerio Público es la jerarquización en el ejercicio de la acción y persecución penal.

Otro argumento que se da para la ubicación del Ministerio Público dentro del poder judicial se encuentra orientado a la finalidad de la realización de la justicia, la cual si bien, es una aspiración deontológica como finalidad suprema

---

89 Cf. Muhm, Raoul. Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana. (Crisis del Modelo y perspectivas de reforma). Cit. Compte Massach, Teresa. Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal, en jueces para la Democracia. Cit. Nicod, Jean-Claude. El Ministerio Público en Francia, en Jueces para la Democracia. Cit.

90 Cf. Gössel, Karl-Heinz. Cit.

para la función fiscal y que se complementa con jurisdiccional,[91] no constituye un planteamiento sólido para la ubicación institucional dentro de este poder del Estado, más bien, si este fuera el caso la división de poderes en el ejercicio de la función se vería afectada por reunirse en un mismo órgano la potestad dispositiva de la acción y la de juzgar.

Igual respuesta merece el hecho de que la potestad punitiva del Estado corresponde al poder judicial y, por tanto, la promoción de la acción penal permite la realización de dicha potestad.[92]

2.3. EL MINISTERIO PÚBLICO DEPENDIENTE DEL PODER LEGISLATIVO.[93]

Esta posición plantea que dado que el poder legislativo tiene la característica de legitimarse por si mismo, por la representatividad de sus miembros. La ubicación del Ministerio Público dentro de este poder permitiría el desarrollo de un programa de persecución penal que representara las fuerzas ideológico políticas que conforman el parlamento.

Por otra parte esta ubicación evitaría que se desvirtuara la función de defensor de la legalidad que es connatural al Ministerio Público.

Dadas las características del parlamento la dependencia del Ministerio Público de este poder impediría la configuración de una política criminal unitaria, y por ende, supeditada a los vaivenes de las fuerzas políticas.

Así también la necesidad de la existencia de un programa que represente las fuerzas ideológico políticas que conforman el parlamento no legitiman la actividad fiscal, y como consecuencia de que el principio de legalidad procesal establece los límites para el ejercicio de la persecución y acción penal pública se hace innecesaria dicha representatividad.

Además, hay que tener en cuenta que la defensa de la legalidad compete a todos los órganos del Estado que se controlan y frenan mutuamente en el ejercicio del poder. Por ello, está función que se ha dado en atribuirle con exclusividad al Ministerio Público no es tan cierta. Cada órgano del Estado tiene su cuota de vigía de la legalidad dentro de su ámbito de acción y al Ministerio Público le corresponde en el ejercicio de la acción y persecución penal.

---

91 Cf. Schmit, Heberhart. Derecho Procesal... Cit.

92 El Ministerio Público en América Latina. Ilanud. Cit.

93 Roig Bustos, Ladislao. Por un Fiscal del Estado de designación parlamentaria. En Jueces para la Democracia. No. 18. Enero de 1993. Madrid, p. 23 y ss. El Ministerio Público en América Latina. Cit.

2.4. EL MINISTERIO PÚBLICO COMO ÓRGANO EXTRAPODER.

La ubicación del Ministerio Público por fuera de los tres poderes del Estado es criticada a partir de quedaría desligado del pulso jurídico y político del país, y, además, porque rompe la división tripartita de poderes.

La vinculación del Ministerio Público al pulso jurídico y político del país no está dada por su pertenencia a uno u otro poder del Estado, más bien, esta surge de la posibilidad de definir un Ministerio Público con la suficiente autonomía para ejercer su función, el cual si bien constituye un problemas político, su inserción como órgano extrapoder permite quitarle a los poderes tradicionales una cuota importante de poder como lo es la potestad dispositiva de la acción penal.

Un Ministerio Público así concebido permite en mejor forma materializar el principio de legalidad procesal, ya que no se encuentra supeditada su acción a un poder, sino el poder, viene dado por la ley, con lo cual, queda sin contenido la necesidad de estar ligado al pulso político ni jurídico.

Respecto del rompimiento de la división tripartita de poderes es preciso aclarar que esta ha quedado sin fundamento desde el momento mismo en que se establecieron otros órganos de control a los tres poderes del Estado.

Por otra parte la división de poderes tiende a operativizar el principio de que todo poder por mínimo que sea debe ser controlado,[94] y de esta cuenta lo importante no es la división tripartita de poderes, en sí misma, sino más bien el control del ejercicio del poder y con ello, el sistema de pesos y contrapesos cobra una relevancia importante para evitar un sistema selectivo de persecución penal por parte del Estado que se encuentre supeditado a intereses políticos.

3. PROBLEMAS QUE ENFRENTA LA UBICACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Si bien la ubicación institucional del Ministerio Público es una decisión de naturaleza política que depende de la forma en que se define el ejercicio del poder del Estado.

La decisión de la ubicación institucional a nivel constitucional tiene implicaciones importantes para definir un órgano fiscal capaz de ejercer la persecución y acción penal con la suficiente solidez para desempeñar su función.

---

[94] Cf. Montesquieu. Del Espíritu de las Leyes. Editorial Porrúa, S.A. Cit.

Es por ello que más allá de la definición de la ubicación institucional lo más importante para la formulación de un Ministerio Público dentro de un Estado Democrático de Derecho se circunscribe a la definición clara de los principios sobre los cuales se debe estructurar.

La ubicación institucional en definitiva debe estar referida al nombramiento y remoción del órgano máximo del Ministerio Público, en forma tal, que asegure la autonomía y representatividad del Ministerio Público.

Así también deben afinarse los mecanismos de control de la actividad fiscal en el sentido de garantizar que el poder dispositivo de la acción penal no se supedite a intereses políticos.

CAPITULO III
PRINCIPIOS GENERALES QUE DEBEN REGIR AL MINISTERIO PÚBLICO EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO.

1. UNIDAD Y JERARQUIA. 2. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD. 3. OBJETIVIDAD. 4. AUTONOMÍA INSTITUCIONAL. 5. INDEPENDENCIA EN EL EJERCICIO DE LA PERSECUCIÓN Y ACCIÓN PENAL. 6. SUBORDINACIÓN DE LA POLICIA Y OTRAS FUERZAS DE SEGURIDAD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN.

1. UNIDAD Y JERARQUIA.

Éstos principios tienen un origen histórico[95] en la definición de la estructura orgánica y funcional del Ministerio Público. Se estructuran a partir de concebir a la institución como el único ente encargado de la persecución y acción penal pública, el cual debe orientar su accionar en forma coherente.

El principio de unidad se encuentra referido, a que, los actos de cada uno de los fiscales, representan en su totalidad a la institución, y, el de jerarquía, a la superintendencia que ejercen los de grado superior escalonadamente.[96]

Como consecuencia del principio de unidad los fiscales forman un cuerpo unitario cerrado y cada uno de ellos está capacitado para realizar funciones en cualquier lugar,[97] así como de ser sustituidos unos a otros en forma ágil,[98] sin que esta dúctibilidad, derive en la avocación de casos en forma arbitraria.

La separación de un fiscal de los casos debe estar limitada a criterios objetivos, sin que para el efecto deban tomarse como causales los motivos que originan la inhibición o recusación de los jueces.[99]

---

95 Maier atribuye el principio de organización jerárquica a la evolución que tuvo la función fiscal en el siglo XVIII, al darle la tarea de "custodio de las leyes", con lo cual, se constituye como órgano del Derecho de policía del Estado y como control para súbditos y funcionarios. Cf. Maier, Julio B. J.. El Ministerio Público: un adolescente? Cit. p. 27.

96 Cf. Clariá Olmedo, Jorge. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Editorial Marcos Lerner. 1984, p. 19.

97 Al respecto Beling advierte: "Le Ministere Public est un et indivisible.". Cf. Beling, Ernst. Derecho Procesal Penal. Cit, p. 58.

98 Cf. Clariá Olmedo, Jorge. Cit. Beling. Ernst. Cit.

99 Para los miembros del Ministerio Público no rigen los principios del juez natural e imparcial. Cf. Maier, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Cit.

El otro límite al principio de unidad lo constituye la independencia de los fiscales frente a los casos concretos, los cuales, si bien están subordinados a las instrucciones del superior jerárquico, tienen la posibilidad de oponerse a las instrucciones particulares y generales que no hayan sido giradas legalmente, o bien, que impliquen la vulneración al principio de legalidad –persecución penal obligatoria-,[100] así como, a concluir en las audiencias de acuerdo a los antecedentes del caso, salvo que el superior jerárquico lo reemplace.[101]

La unidad como puede advertirse no constituye un principio absoluto en el ejercicio de la función fiscal, más bien, constituye un principio político derivado de la obligatoriedad que tiene de perseguir todos los hechos delictivos de acuerdo a los límites que establece el ordenamiento jurídico de un país determinado. Esto como consecuencia de que, independientemente, de cada uno de los posibles fines, el Estado de Derecho obliga a orientar toda la acción estatal conforme el criterio de justicia material.[102]

El orden jerárquico del Ministerio Público viene dado por la existencia de solo un Fiscal General que es el responsable de orientar y ejecutar la política de persecución y acción penal conforme los límites que establece el ordenamiento jurídico. Este principio se extiende al modelo orgánico y funcional de la institución.

Desde esta perspectiva tanto el principio de unidad como el de jerarquía se complementan uno al otro.

La jerarquización implica no sólo la existencia de un superior jerárquico encargado de controlar la actuación de los subordinados, sino, además, la distribución funcional de tareas dependiendo del nivel que el fiscal ocupe en la escala. Esto implica una cultura funcional distinta a la del poder judicial que, por principio, tiene un modelo orgánico y funcional horizontal.[103]

Como mecanismo de control a la jerarquización es necesario establecer mecanismos de control tales como la oposición a las instrucciones, a los traslados,

---

100 Este principio será desarrollado más adelante.

101 Cada fiscal debe obedecer las ordenes de sus jefes, sin embargo, no tiene que obedecer cuando la orden es ilegal, ni siquiera está autorizado para eso, punto que se discute. Cf. Beling, Ernst. Derecho Procesal Penal. Cit, p. 58.

102 Gössel, Karl-Heinz. Reflexiones... Cit, p. 629.

103 Al respecto debe tenerse en cuenta que la jurisdicción es única, la cual, la ejercen los jueces independientemente del grado en que la ejerzan. Las resoluciones judiciales tienen igual valor, sin importar, el juez que la haya emitido de acuerdo con su competencia.

destituciones y avocaciones. Esto dado que el poder del superior nunca puede ser omnipotente, a efecto, de que no desemboque en arbitrariedad.

La estabilidad de los subordinados en el ejercicio de la persecución penal y la subordinación de su acción a la legalidad permite la orientación de una política de persecución penal racional que imposibilite la utilización de este poder del Estado con fines e intereses políticos.

Debe advertirse que la jerarquización no implica la adopción de un modelo orgánico reflejo del poder judicial de acuerdo a la competencia de los tribunales, más bien, este modelo de organización refleja,[104] termina pervirtiendo la función fiscal y judicial, con lo que, la división de poderes en el sistema de justicia penal se constituye en una ficción, y se termina por judicializar al fiscal, o fiscalizar al juez.

2. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD.

El hurto del conflicto de los particulares y la consolidación del sistema inquisitivo[105] trajo consigo la obligatoriedad del Estado de perseguir todos los hechos delictivos – principio de legalidad-.[106] De allí que, ante la noticia de la comisión de un hecho delictivo, el Estado se encuentra en la obligación de perseguirlo.

La obligatoriedad de la persecución penal por parte del Estado es un principio que se extiende a los Estados modernos, el cual, no sucumbió siquiera a la transformación del ejercicio del poder que se dio como consecuencia de la Revolución Francesa.[107] El iluminismo, precisamente, retoma la obligación del Estado de perseguir y sancionar los hechos tipificados como delito, y lo revitaliza con la introducción de un órgano específico encargado de perseguir y disponer de la acción penal –el Ministerio Público-.

---

104 El modelo francés terminó por asignar fiscales a cada uno de los tribunales de acuerdo a la competencia. Esto fue seguido por diversos países de América Latina y Europa que siguen los principios del sistema europeo continental.

105 Maier advierte: "La Inquisición representó, en esencia, una encuesta cumplida por funcionarios para aplicar el poder penal del Estado sobre sus súbditos, cuando se verificaba un comportamiento anómalo o desviado respecto de las formas de organización social." Maier, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Cit, p. 816.

106 Vélez Mariconde, Alfredo. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Cit, p. 242 y ss. Maier, Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Cit.

107 Para un estudio más profundo: Maier, Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Cit. Vélez Mariconde, Alfredo Derecho Procesal Penal. Cit. Clariá Olmedo, Jorge. Derecho Procesal Penal. Cit.

En teoría a la inquisición le bastó un solo órgano de persecución –el inquisidor- que concentraba las funciones de persecución, decisión y defensa del imputado, obviamente, estas funciones las desempeñaba desde la óptica del interés del Estado.

Con el iluminismo está concentración de poder se fraccionó, al menos desde el punto de vista teórico, y, en consecuencia, hoy es entendido, que cuando se dan las circunstancias fácticas que forman el substrato material y procesal, el Ministerio Público, esta obligado a querellarse y a continuar la persecución –principio de legalidad, de la obligación de perseguir-.[108] Ello significa, en comparación con el servicio de justicia regular que presta el Estado en otras materias del orden jurídico (sólo dar solución –decidir- los conflictos entre particulares, o entre los particulares y el Estado, con fundamento en las reglas del orden jurídico), una ampliación considerable de su campo de acción (tareas) en el área, por atribuciones un interés al Estado en la realización del Derecho penal, interés que, ordinariamente excluye de la cuestión penal a todo otro interés real en el conflicto social que conforma su base.

Desde este punto de vista, tal decisión significa atribuir formalmente al Estado el poder penal, que en definitiva constituye la herramienta más poderosa que posee para el control social de los habitantes sometidos a su soberanía.[109]

La introducción del Ministerio Público, como ente que tiene a su cargo el monopolio de la acción y persecución penal,[110] permite distinguir al menos

---

108 Beling, Ernst. Derecho Procesal Penal. Cit, p. 105 y ss. Ferrajoli distingue entre condiciones objetivas y subjetivas de procedibilidad. Son condiciones objetivas las que se refieren a la naturaleza del delito: como la querella, la denuncia, y la petición dejadas al criterio de la parte ofendida o del gobierno en función de la calidad del bien lesionado o del hecho de que el delito se haya producido fuera del territorio nacional. Llama condiciones subjetivas a las que hacen referencia al carácter del reo: como la autorización para proceder contra parlamentarios o la vieja garantía administrativa, que constituyen inmunidades reservadas a algunas personas. Cf. Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Cit, p. 571.

109 Maier, Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Cit, p. 825.

110 Hoy en día se discute en algunos países el otorgamiento al Ministerio Público del monopolio de la persecución y acción penal pública. Cf. Pignatelli, Amos. Ministerio Público y Juez en el futuro proceso penal italiano. En Jueces para la Democracia. No. 2. Madrid. Octubre 1987, p. 27. Nicod, Jean-Claude. El Ministerio Público en Francia. Gómez Colomer, Juan Luis. No es conveniente que nos pueda procesar un fiscal. Cit, p. 9 y ss. Andrés Ibañez, Perfecto. Ni Fiscal Instructor, ni Habermas "Procesalista" (a pesar de Vives Antón). En Jueces para la Democracia. No. 16-17. Madrid. Febrero/Marzo 1992, p.43 y ss. García García, María Angeles. La dependencia del Ministerio Fiscal y la Investigación Oficial. Jueces para la Democracia. No. 8. Madrid. Diciembre

formalmente las funciones de acusar de las de decisión, lo cual, garantiza en mejor forma la defensa del imputado, y con ello, la racionalización del poder punitivo del Estado.

La vigencia del principio de legalidad se ha derivado de la idea retributiva de la pena, por medio de la cual, el Estado se encuentra obligado a sancionar a todo aquel que haya infringido una norma de conducta, aplicándole la sanción correspondiente a la intensidad de la infracción, así también a partir de la vigencia del principio de igualdad ante la ley, propio de los Estados Democráticos de Derecho, lo cual, obliga al Estado a perseguir todos aquellos hechos que el legislado ha tipificado como delitos.

En estas dos justificaciones se esconden principios de naturaleza política –utilitaria- más que –axiológica- de principios rectores del Estado de Derecho. Al respecto es innegable que el sistema penal ha servido y sirve como un instrumento de control social, el cual, a su vez constituye el arma coactiva más poderosa que el Estado tiene como instrumento de poder.

Por otra parte los fundamentos teóricos que fundamentan el principio de legalidad hoy en día son cuestionables. La pena en sí no tiene un carácter retributivo, al menos desde el punto de vista normativo, como principio establecido por los Estados Democráticos de Derecho. En el caso de la realización del principio de igualdad este debe ser tenido en cuenta para crear fueros personales o provocar desigualdades por condición de raza, religión, situación social o económica, sin embargo, cabe mencionar que la igualdad es una garantía del individuo frente al poder Estado, cuando existe una amenaza de ser afectado en sus derechos, más en el caso de la persecución penal pública esta aparente desigualdad no opera dado que no se orienta a la restricción de derecho alguno de la persona.[111]

La crisis del sistema de justicia penal ha permitido que en la segunda mitad del presente siglo se inicie la discusión de otorgarle al órgano encargado de la persecución penal facultades para abstenerse de ejercer la persecución y acción penal pública –principio de oportunidad-. Esta discusión ha traído consigo una retoma de los intereses de la víctima en los conflictos, lo cual, permite establecer supuestos en los cuales el Ministerio Público puede obviar la acusación, con ello, se adoptan soluciones distintas a la imposición de una pena –que la mayor de las veces se traduce en cárcel-.

Otra de las justificaciones para la introducción de mecanismos que racionalicen el principio de legalidad, se encuentra referido a la irracionalidad del

---

1989, p. 17.

[111] Cf. Maier, Julio B. J. Cit. p. 831.

sistema penal, producto no solo de una inflación en la escala punitiva, sino, además en la introducción de tipos penales abiertos y de peligro abstracto que vulneran e forma evidente el principio de estricta legalidad.

Por otra parte hay que tener en cuenta el poder selectivo que tiene el sistem penal y la imposibilidad fáctica de perseguir y sancionar todas aquellas conducta delictivas, lo cual representa un desgaste innecesario de los sistemas judiciales, e su afán por imponer una sanción, que la mayor de las veces, más bien, nunca o e pocos caso soluciona el conflicto.

Es claro que el principio de oportunidad en un Estado Democrático d Derecho no puede estar subordinado a la arbitrariedad del órgano persecutor, n mucho menos pueden negarse o disminuirse las garantías del imputado.[112] Es po ello, que es necesario retomar los intereses de la víctima para la solución de lo conflictos penales.

En esta revalorización de la víctima es preciso redefinir el rol del órgano d persecución penal pública, ya no como un representante ciego de los intereses de Estado sino, más bien, como un órgano defensor de los intereses de los ciudadanos cuyo fin primordial es la racionalización de la violencia social y estatal.

Es importante rescatar la preocupación de la introducción del principio d oportunidad como mecanismo regulador del principio de legalidad, ya que, el riesg de su utilización como medio para limitar el sistema de garantías puede ser alto. Po consiguiente, es preciso advertir que la introducción del principio de oportunidad n constituye en forma alguna la adopción del modelo dispositivo que tiene el órgan persecutor en el modelo anglo-americano, el cual, se rige por principios distintos a sistema europeo continental. En consecuencia, un modelo así construido, sería insostenible, de acuerdo a los principios rectores del sistema judicial de corte europeo continental[113] y a los principios sobre los que se estructuran los sistemas Democráticos de Derecho.

---

112 Ferrajoli se manifiesta abiertamente en contra de la aplicación de mecanismos que permitan al órgano persecutor abstenerse de ejercer la acción penal. Esta oposición surge a partir de la introducción en distintos sistemas de mecanismos de abstención del ejercicio de la persecución pena en el caso de los delatores y en la introducción de juicios sumarios que vulneran la garantía de juicio previo. Posición que comparto plenamente. Cf. Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Cit, p 570 y ss.

113 Bovino, Alberto. La Persecución Penal Pública en el Derecho Anglosajón. Pena y Estado. Editores del Puerto s.r.l. No. 2. 1997, p. 35. Guilco, Hernán Víctor. Pena y Estado. Editores del Puerto srl. No. 2. 1997, p. 235. Baytelman A., Andrés. La Fiscalía del Crimen del Bronx (en busca de elementos para la futura fiscalía del Crimen en Chile. Pena y Estado. Editores del Puerto srl. No. 2. 1997, p. 257.

En definitiva, la coexistencia del principio de legalidad y oportunidad en los sistemas judiciales de corte europeo continental, más que principios contrapuestos, deben entenderse como complementarios, en su finalidad de lograr la aplicación del derecho material, y la revalorización de los intereses de las víctimas en la solución de los conflictos sociales.

En definitiva el principio de legalidad significa también que el estado le preste un servicio a las víctimas, servicio que se nutre de la intención que tiene el Estado de controlar, de algún modo la globalidad de la violencia social.[114]

El principio de oportunidad entendido de esta forma constituye, a su vez, una herramienta racionalizadora del principio de legalidad, el cual, no pierde vigencia en tanto no se den los presupuestos para abstenerse de ejercer la persecución y acción penal pública. Por tanto, el Ministerio Público se encuentra en la obligación de perseguir todos aquellos hechos delictivos si se dan las circunstancias fácticas y normativas para ejercerla, y a su vez, debe tener la potestad de abstenerse cuando en la misma forma concurran las circunstancias en las cuales puede hacerlo.[115]

En este sentido existe unanimidad en afirmar que toda facultad de perseguir halla su límite en el principio de legalidad. La exigencia de perseguir a inocentes o de dejar de perseguir acciones punibles, en forma contraria a la ley, sería, a la vez, punible y, por ese motivo inadmisible según los principios generales del derecho relativos a los funcionarios públicos.[116]

Debe quedar claro que el principio de oportunidad solo puede aplicarse en casos determinados en la ley, en los cuales no se vulnere el sistema de garantías, ni se creen prerrogativas personales de raza, religión, sociales o personales.[117] En todo caso, además, el principio de oportunidad debe permitir el control de los sujetos procesales en general y de la víctima en particular la cual tiene en este sentido un papel preponderante.

3. OBJETIVIDAD.

---

114 Binder, Alberto. Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal. Cit.

115 Para profundizar en el tema. Hassemer, Winfried. La Persecución Penal: Legalidad y Oportunidad. Jueces para la Democracia. No. 4. Madrid. Septiembre 1988, p. 8 y ss.

116 Roxin, Claus. Posición Jurídica y Tareas Futuras del Ministerio Público. Cit, p. 43.

117 Maier, Julio B. J. Cit., p. 832.

La definición del Ministerio Público como un contralor de legalidad –vigía de las leyes- ha traído consigo la definición del principio de objetividad, a través del cual, el Ministerio Fiscal debe salvaguardar el interés estatal según el orden jurídico vigente. De esta forma, el Estado, como parte material, está interesado en que se castigue al culpable conforme lo merezca. El Ministerio Público, por tanto, a pesar de ser parte, no debe ser parcial, al contrario, ha de ser objetivo por completo.[118]

Como producto de este principio el Ministerio Público se encuentra en la obligación de procurar las pruebas de cargo como las de descargo, no cumple en sí una función meramente acusadora, sino más bien, de realización del derecho. De esta forma el Ministerio Público tiene dos funciones importantes derivadas de este principio, por una parte deber velar por el mantenimiento y realización de las garantías del imputado dentro del proceso penal, y por la otra procurar la investigación para la determinación y sanción del responsable del hecho delictivo.[119]

El principio de objetividad obviamente se ve amenazado por el principio de jerarquía, sin embargo, los mecanismos de control que se plantean para dicho principio permiten al fiscal, rescatar su criterio frente al caso. Así también, el principio de independencia del fiscal en la persecución y acción penal sirve como contrapeso, al principio de jerarquía. En definitiva la amenaza al principio de objetividad viene dada, más por la formación cultural del funcionario que, en definitiva son incontrolables jurídicamente.

Como criterio orientador del principio de objetividad obviamente debe tenerse en cuenta el marco normativo en el cual actúa el fiscal, dado que, en definitiva, el ordenamiento jurídico constituye el límite que marca el accionar de los funcionarios encargados de perseguir penalmente.

Aún y cuando el principio de objetividad ha generado críticas por la dualidad de intereses en juego, los sistemas que han adoptado el modelo europeo continental y que se apegan a la tradición francesa, lo han venido desarrollando. En este sentido el Ministerio Público tiene una diferenciación sustancial del Ministerio Fiscal angloamericano que es eminentemente acusador.[120]

---

118 Beling, Ernst. Derecho Procesal Penal. Cit, p. 105.

119 Cf. Gössel, Karl-Heinz. Reflexiones... Cit.

120 Roxin sostiene sobre este punto: "Una transformación de nuestro proceso penal, en el sentido del procedimiento angloamericano de partes, como se reclama insistentemente, conduciría forzosamente, en cambio, a otras consecuencias totalmente distintas para los funcionarios de la acusación, a saber, a su reestructuración en el sentido de una instancia de persecución parcial y ejecutiva. Me parece indiscutible que esto significaría una pérdida para el Estado de Derecho." Cf. Roxin, Claus. Cit, p. 53.

Es preciso advertir que en el sistema europeo continental la verdad del juicio y la libertad de los inocentes que forman las dos fuentes de legitimación del poder penal del Estado, exigen órganos extraños e independientes de cualquier interés o poder.[121] Es así como la imparcialidad obliga a la actuación del Ministerio Público conforme a un criterio objetivo. Esta formulación que orienta la actuación del Ministerio Público hacia la realización de la ley, hacia el descubrimiento de la verdad real, sin que medien, en el cumplimiento de este objetivo, intereses de tipo político, económico que pueda calificarse, de alguna manera, como subjetivos, frente al objetivo para la aplicación de la ley.

Dada la supremacía del Ministerio Público en el ejercicio de la acción y persecución penal, es preciso que se garantice la imparcialidad y la objetividad de la institución en el ejercicio de esta función, es preciso instrumentar mecanismos que permitan al imputado excluir al fiscal por sospecha de parcialidad, imponiendo el deber, para los persecutores, de obrar en el procedimiento, con sujeción a la verdad histórica objetiva, y promoviendo mecanismos procesales que le permitan operar tanto en contra, como a favor del imputado.[122] De esta forma el proceso penal tiende a una equiparación de armas entre el órgano de persecución del Estado y el imputado, que en definitiva, es la parte más vulnerable.

4. AUTONOMIA INSTITUCIONAL.

Como se abordó en el capítulo anterior existen discusiones respecto de la dependencia jerárquica del Ministerio Público, lo cual, indudablemente influye en la autonomía institucional para fijar los criterios de política de persecución penal. No obstante, es preciso abordar este principio más allá de la dependencia jerárquica o la ubicación institucional.

La autonomía institucional es un principio que tiene que ver fundamentalmente con la posibilidad del Ministerio Público de fijar criterios de persecución y acción penal dentro de los límites que establece el ordenamiento jurídico. Esto es de suma importancia para garantizar con efectividad el principio de legalidad y oportunidad, evitando la utilización de la persecución penal con fines políticos o discriminatorios.

El otorgamiento de autonomía institucional al Ministerio Público, más allá, de constituirlo como un órgano extrapoder constituye uno de los mecanismos para racionalizar el uso del poder coercitivo y punitivo del Estado. Esta necesidad

---

121 Ferrajoli, Luigi. Cit, p. 546 y ss.

122 ILANUD. El Ministerio Público en América Latina. Cit, p.75.

encuentra eco en el planteamiento de Montesquieu relativo a la división de poderes y al control que debe ejercer cada órgano de poder respecto del otro.

Esto permite, a su vez, mayor imparcialidad en la institución a la hora de ejercer la persecución y acción penal pública, la cual no se encuentra subordinada a los intereses políticos de los otros poderes del Estado.

En definitiva para operativizar la autonomía institucional se requiere, además de que la institución pueda contar con independencia en la administración de los recursos financieros, sin que esto signifique sustraerse a los controles fiscales que contempla el Estado para los otros poderes.

Así también debe facultarse a la institución para la designación del persona que lo integra. En este aspecto un punto necesario a resolver se encuentra ligado a la designación y remoción del Fiscal General y a los mecanismos de control de las decisiones del jefe del Ministerio Público.

En cuanto a la nominación del Fiscal General el problema a resolver tiene que ver con la legitimidad del órgano que lo designa, para lo cual, no existe una fórmula única. Lo que es importante, a este respecto, es el establecimiento de criterios objetivos que permitan la designación más idónea y menos comprometida políticamente con cualquier otro poder.

La remoción del Fiscal General debe basarse en criterios objetivos que eviten la destitución basada en intereses políticos.

El otorgamiento de autonomía funcional también requiere de mecanismos de control de la actividad desarrollada por la institución, a efecto de evitar que este órgano desborde en arbitrariedad. Por ello, es importante el establecimiento de mecanismos internos y externos que controlen el funcionamiento institucional.

5. INDEPENDENCIA EN EL EJERCICIO DE LA PERSECUCIÓN Y ACCIÓN PENAL.

La independencia de los fiscales en el ejercicio de la persecución y acción penal es condición necesaria para garantizar el principio de objetividad e imparcialidad en la función fiscal, si bien es preciso no olvidar que el Ministerio Público también está regido por el principio de unidad y jerarquía, esto no obstaculiza la necesaria autonomía de los fiscales para disponer de la acción penal, conforme los antecedentes del caso.

Esta independencia del fiscal se justifica a partir de conceptualizar la función fiscal como contralora de legalidad, y, con ello, su orientación a la sujeción de su

actuación de acuerdo al ordenamiento jurídico.[123] Esta independencia obviamente se encuentra circunscrita sólo cuando el fiscal debe tomar una decisión jurídica.

Ante este principio existe la crítica de la necesidad del ejercicio de la persecución penal unificada, a partir del principio de unidad y jerarquía, lo cual, en definitiva no tiene sentido dado que el fiscal no podría ser instruido con eficacia, para tomar una decisión contraria a su convicción jurídica.

Desde esta perspectiva la independencia fiscal encontraría como límite única y exclusivamente aquellos ámbitos discrecionales que establece el principio de oportunidad con relación al establecimiento de criterios de disposición de la persecución y acción penal, pero nunca sobre la forma en que el fiscal debe concluir jurídicamente.[124]

Esto tiene importancia dado que el fiscal debe asumir la responsabilidad en el ejercicio de la persecución y acción penal pública, consecuencia esta del principio de legalidad y de la subordinación de los funcionarios públicos al ordenamiento jurídico. Lo que implica objetivar la responsabilidad del fiscal en el ejercicio de la función.[125]

La independencia del fiscal en el ejercicio de la persecución y acción penal necesariamente requieren de una regulación que garantice la estabilidad de los fiscales en el puesto[126], y por lo tanto, también un sistema de nominación conforme criterios objetivos por oposición y méritos. Esto trae consigo la necesidad de establecer la carrera fiscal, como un mecanismo objetivo de nominación en el cargo, lo cual, evita a su vez las designaciones políticas.

---

123 Roxin plantea que estas funciones tiene por consecuencia que el fiscal tenga la misma independencia que le corresponde a los jueces. Cf. Roxin, Claus. Cit, p.49.

124 Beling sostiene: "Cada fiscal debe obedecer las órdenes de sus jefes, sin embargo, no tiene que obedecer cuando la orden es ilegal, ni siquiera está autorizado para eso, punto que se discute." Beling, Ernst. Derecho Procesal. Cit, p. 58.

125 El decretar legalmente la independencia del fiscal no sería, por tanto, un acto de transformación revolucionaria de nuestra organización judicial, sino, antes bien, el cumplimiento de un postulado delineado, ya en la concepción de custodio de la ley del siglo XIX. Roxin, Claus. Cit, p. 50.

126 "... la indistituibilidad e intraslabilidad que, por principio corresponde al fiscal deben ser aseguradas –mutatis mutandis-. Roxin, Claus. Cit.

Es por demás decir que ante al evidente necesidad de que el Ministerio Público se inspire solamente en la ley y en la verdad,[127] es razón más que suficiente para garantizar la independencia funcional de sus miembros.

La discusión al respecto parece saldada con la cita que hace Roxin de Mittermaier cuando se discutía en 1845 la introducción en Alemania del Ministerio Público. "Nosotros creemos especialmente, que la organización según la cual los funcionarios de la autoridad estatal en Francia no son inamovibles como los jueces, no merece ser aprobada y puede inducir fácilmente a un funcionario a ser complaciente frente a los deseos del detentador del poder, porque él debe cuidarse de ser separado inmediatamente de su cargo sólo porque él no es lo suficientemente dúctil"[128]

Importante resulta, también, considerar la posibilidad de que los fiscales puedan resistir las instrucciones de los superiores jerárquicos y la avocación de los casos en forma arbitraria. Esto no hace nugatorio el principio de organización jerárquica, por el contrario, democratiza internamente a la institución en el ejercicio de la persecución penal y establece controles para evitar una persecución penal basada en intereses de los otros poderes.

6. SUBORDINACIÓN DE LA POLICIA Y OTRAS FUERZAS DE SEGURIDAD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN.

Si bien, el Ministerio Público ha sido conceptualizado como el órgano encargado de la persecución y acción penal pública, hay que advertir que esta tarea no la pueda realizar sólo. Es preciso que cuente con el auxilio de otros órganos que le apoyen en las tareas de investigación, y en este, sentido la función policial es la más idónea para cumplir esta tarea de auxilio. De allí, la necesidad de establecer mecanismos que permitan hacer efectiva está relación.

En la mayoría de modelos de corte europeo continental se ha como principio el de subordinación de la policía y demás de fuerzas de seguridad al Ministerio Público cuando estas realicen tareas de investigación de hechos delictivos. Esto dado que el proceso penal requiere de la demostración del hecho en el juicio, lo cual, por principio deja de lado la posibilidad de otorgarle la investigación a los cuerpos policiales.[129]

---

127 Cf. Vélez Mariconde, Alfredo. Derecho Procesal Penal. Cit.

128 Roxin, Claus. Cit.

129 Binder advierte: Si pensamos en una policía que entiende que un caso está cerrado, simplemente cuando ella ha llegado a la convicción de que las personas imputadas son culpables, entonces no será necesario el Ministerio Público y la justicia cumplirá la función de la legitimadora de la –convicción

Si bien en muchos países de América Latina y Europa ha subsistido el principio de subordinación de la función policial al Ministerio Público, ésta en la práctica no ha logrado operativizarse,[130] lo que ha traído como consecuencia la introducción de una policía judicial dependiente del Ministerio Público o del poder judicial, lo cual no es aconsejable dado que no son funciones propias de dichos órganos.[131]

Obviamente el principio de subordinación de la policía al Ministerio Público genera una tensión entre esta institución y la jefatura policial, esta tensión generalmente deviene de la incomprensión de la división funcional que los operadores del sistema judicial tienen que desempeñar en el proceso penal, y, la lucha de poderes o protagonismos existentes entre cada una de las agencias.

No hay que olvidar que en cualquier sistema procesal la policía cumple una función importante en la realización de tareas concretas de investigación, y, que además de todas las instituciones del Estado vinculadas al sistema judicial es, quizá, la más cercana al ciudadano, y, a los conflictos sociales que derivan en hechos delictivos. De allí la importancia de esta institución y el aporte que puede dar a la realización de la justicia material.

Por ello, y a partir de las funciones que está llamado a cumplir el Ministerio Público dentro del proceso penal es importante que los funcionarios policiales se encuentren subordinados al Ministerio Público cuando cumplan actividades de investigación.

Obviamente la subordinación de la policía no debe afectar la estructura administrativa de ésta, sin embargo, si es preciso que el fiscal tenga la posibilidad de dar instrucciones a agentes policiales determinados y que éstos cumplan dichas instrucciones.

---

policial-" Cf. Binder, Alberto. Funciones y Disfunciones del Ministerio Público. Cit.

130 Cf. Binder, Alberto. Cit.

131 Roxin plantea como solución razonable la subordinación a los ministerios públicos de una planta de funcionarios experimentados de la policía criminal, de tal manera que queden sujetos al poder de instrucción única del fiscal y que puedan llevar a cabo la tarea de investigación según sus directivas. Roxin, Claus. Cit, p. 54.

CAPITULO IV.
BASES SOBRE LAS QUE SE ESTRUCTURA EL MINISTERIO PÚBLICO EN GUATEMALA.

1.ASPECTOS GENERALES. 2.UBICACIÓN INSTITUCIONAL. 3. FUNCIONES BÁSICAS QUE DEBE DESEMPEÑAR EL MINISTERIO PÚBLICO. 4. PRINCIPIOS SOBRE LOS CUALES SE ESTRUCTURA EL MINISTERIO PÚBLICO. 4.1. UNIDAD Y JERARQUIA. 4.2. OBJETIVIDAD. 4.3. INDEPENDENCIA DE LOS FISCALES EN EL EJERCICIO DE LA PERSECUCIÓN Y ACCIÓN PENAL. 4.4. SUBORDINACIÓN DE LA POLICIA Y DEMÁS FUERZAS DE SEGURIDAD. 4.5. RESPETO A LA VÍCTIMA Y PARTICIAPACIÓN CIUDADANA. 5. DISEÑO ORGÁNICO QUE ESTABLECE LA LEY DEL MINISTERIO PÚBLICO.

1. ASPECTOS GENERALES.

La transición de un modelo de administración de justicia inquisitivo a uno con características acusatorias, constituye una tarea importante para construir un Estado Democrático de Derecho. En este contexto la reorganización de las instituciones relacionadas con la administración de justicia es de suma importancia para ir consolidando un sistema de administración de justicia que responde a los principios democráticos establecidos en la Constitución de la República.

En Guatemala la reforma del procedimiento penal no se circunscribió únicamente a incorporar los principios de oralidad, contradictorio, publicidad, etc., sino también a la reforma del Ministerio Público al otorgarle un papel preponderante en el sistema de justicia; razón por la que, el Ministerio Público deja de ser un simple contralor de la actividad de los juzgados y se convierte en la principal fuente que alimenta el sistema judicial.

La actividad de la institución cobra relevancia a partir que se le delega el ejercicio de la persecución y acción penal pública. De estar forma, el Ministerio Público se constituye en la institución del Estado, con funciones autónomas, que tiene a su cargo la promoción y dirección de la persecución penal, así como, el ejercicio de la acción en los delitos de acción pública. Le corresponde entonces el deber de promover que se realice la persecución de las personas contra quienes se tienen indicios o evidencias que han cometido delitos, a efecto, de sujetarlos a los procesos legales correspondientes; dirigir la investigación de los delitos cuya acción sea pública o a instancia de parte, una vez cumplidos los presupuestos, así también debe formular la acusación y sostenerla en el juicio.

En términos generales la Ley Orgánica del Ministerio Público adopta una corriente garantista que parte de los principios constitucionales y de la división de

poderes, otorgándole autonomía para formular y configurar la política de persecución y acción penal del Estado.

El título I regula los principios básicos sobre los cuales se estructura el modelo orgánico y funcional del Ministerio Público, los cuales, constituyen postulados jurídicos que se operativizan en todo el cuerpo normativo. Esto implica que el conjunto de la ley se encuentre armonizado en su totalidad y constituya una unidad jurídica.

Este título es en realidad, la columna vertebral de todo el texto legislativo ya que en él se recogen los principios indispensables para dotar de seguridad jurídica a la ciudadanía, a fin de que la institución recupere la confianza de los diferentes sectores del país.

Cabe resaltar que en este título se encuentran definidas las funciones de la institución, entre los que resaltan la dirección de la investigación de los delitos de acción publica; la autonomía funcional (desarrollada en todo el cuerpo normativo) y económica (contenida en el Régimen financiero, título IV); La coordinación con el Organismo Ejecutivo;[132] La Unidad y Jerarquización de la institución (se desarrolla en la organización técnica de la institución, así como con el sistema de instrucciones y la carrera del Ministerio Público), la vinculación de los funcionarios Públicos a la institución, el respeto al principio de inocencia y el respeto a la víctima.

El título II regula lo referente al sistema orgánico de la institución. Como se puede apreciar en la ley, la organización responde al principio de unidad y jerarquía, que se encuentra estructurada en base a la actividad técnica que debe desarrollar el Ministerio Público, en este sentido se parte de la figura del Fiscal General de la República como jefe de la institución. A partir de él se establecen los diferentes grados jerárquicos, como son: los Fiscales de distrito y Fiscales de sección, los Agentes Fiscales y los Auxiliares Fiscales. El Consejo del Ministerio Público se ubica en una escala colateral al Fiscal General, puesto que, ejerce funciones asesoras y contraloras dentro de la institución, y, además, es un órgano colegiado integrado por fiscales y miembros externos a la institución.

Con relación a la figura del Fiscal General se desarrolla la norma constitucional referida a la comisión de postulación, así como también, lo relativo a la remoción por causa justa debidamente establecida. Dicha regulación otorga la estabilidad necesaria, al Fiscal General, para cumplir eficientemente con las funciones que determina la Constitución Política de la República.

---

132 Este principio fue declarado inconstitucional por la Corte de Constitucionalidad mediante sentencia dictada dentro del expediente 662-94 de fecha 14 de junio de 1995.

El Consejo del Ministerio Público se integra por fiscales de la institución, así como por miembros electos por el Congreso de la República, de la lista de postulados a fiscal general, lo que permite contar con un órgano equilibrado.

Los fiscales de distrito y fiscales de Sección son parte de una organización operativa; en primer lugar una organización territorial (fiscalías de distrito) y una funcional (fiscalías de sección), que dependen directamente del Fiscal General de la República. Este sistema permite contar con una institución dinámica y especializada, que lleve a cabo, eficientemente la acción penal pública. En el capítulo que se refiere a los fiscales de distrito y de sección se contempla, además, la figura de los fiscales especiales, con el objeto de garantizar la independencia de los órganos de la institución para llevar a cabo la investigación penal, así también que se puedan nombrar este tipo de fiscales para casos especiales o complejos que requieran una atención diferente.

Los Agentes Fiscales son fundamentalmente quienes pueden participar en el debate, sin perjuicio de que lo hagan los superiores jerárquicos.

Los auxiliares fiscales constituyen el grueso de fiscales de la institución, y tienen a su cargo la actuación dentro del procedimiento preparatorio.

Esta organización del Ministerio Público responde a las necesidades que le exige el sistema procesal penal del país, con el objeto de que pueda llevar a cabo eficientemente las funciones que le asignan las leyes del país, por tal razón, es una organización técnica, en la que se incluyen únicamente a los órganos que pueden representarlo jurídicamente.

El título III se refiere al ejercicio de la acción penal, en este capítulo se regulan los aspectos fundamentales en la materia. La regulación en este aspecto no es abundante pues se destacaron únicamente las actividades más importantes ya que el Código Procesal Penal regula la función del Ministerio Público en el proceso penal.

En este título se norma, también, la relación del Ministerio Público con la policía y los demás cuerpos de seguridad, se determina la vinculación de los funcionarios públicos, contenido en el artículo 6 de esta ley, y, además, la subordinación de las referidas instituciones al Ministerio Público, como lo establece el Código Procesal Penal.

El título IV contiene el régimen financiero y administrativo. En cuanto al primero, se desarrolla la autonomía económica, que es importante para que la institución pueda llevar a cabo su función. No puede concebirse una autonomía funcional si no se cuenta con independencia económica, pues se correría el peligro de subordinar la institución a uno de los organismos del Estado.

El régimen administrativo, separa las funciones administrativas de las técnicas, equilibrando así la organización interna.

El Título V.- contiene las disposiciones Generales, en las que se establecen en primer lugar las relativas a la disciplina del servicio (Sanciones a imponer y los mecanismos para su imposición), con el objeto de garantizar la estabilidad e independencia de los fiscales frente a cada caso concreto. Posteriormente, se regula lo relativo a las instrucciones en las que se contienen los preceptos que establecen las personas que pueden impartirlas, así como los mecanismos para poder objetarlas en cada caso.

La carrera del Ministerio Público se regula en el capitulo III de este título. En este sentido, se concibe una carrera del Ministerio Público transparente, con el objeto de que se nombre a personal calificado, evitando con ello los nombramientos por vinculaciones políticas. Se establecen los mecanismos de selección y la conformación de un jurado que calificará a los aspirantes.

El título VI.- contiene las disposiciones transitorias y finales. En ellas se establecen las normas especiales que puedan garantizar una eficiente transición del actual Ministerio Público al que se formula en la ley.

Esta regulación normativa es, en general, el marco normativo sobre el cual gira el desarrollo de este capítulo, al cual, constantemente se hará referencia.

2. UBICACIÓN INSTITUCIONAL.

Conceptualmente el Ministerio Público es una entidad pública, que no forma parte de ninguno de los organismos del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), en los cuales y de conformidad con el artículo 141 el pueblo delega el ejercicio de su soberanía.

El texto constitucional que define al Ministerio Público (artículo 251), incluye los siguientes elementos esenciales:

Institución con funciones autónomas. Siendo una entidad pública se caracteriza como las municipalidades, en el sentido de que actúa por delegación del Estado. Por ser una institución pública, se ejerce a través de la misma el poder público, en lo relativo a las atribuciones y fines del Ministerio, pues tiene la potestad de hacerlo; siendo igualmente sujeto a las disposiciones del ejercicio que la Constitución Política establece, mismas que comprenden el imperio de la ley a todas las personas en el territorio de la República, sujeción de la función pública a la ley, responsabilidad por infracción a la ley, además de la no obligatoriedad de órdenes ilegales.

Como ente autónomo debe dar observancia a las obligaciones míminas de entidades autónomas (artículo constitucional 134), tales como: coordinación de su política con la general del Estado, estrecha coordinación con el órgano de planificación del Estado, remisión (para su aprobación) de sus presupuestos según se indica, remisión de las memorias de labores e informes específicos, dar facilidades al órgano encargado del control Fiscal y, en actividades de carácter internacional, sujetarse a la política que trace el Organismo Ejecutivo.

La observancia de los preceptos anteriores no limitaría la acción del Ministerio Público ni la supeditarían a los Organismos Legislativo, Ejecutivo ni Judicial por cuanto se trata de coordinar su política y planificación (no supeditarla a la general del Estado), sino facilitarían la integración de las acciones del Estado y su inserción en ese contexto.

Institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales. El Ministerio Público, a la luz del texto constitucional, es autónomamente un auxiliar de la administración pública cuyo fin principal es velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país.

3. FUNCIONES BASICAS QUE DEBE DESEMPEÑAR EL MINISTERIO PÚBLICO.

3.1. EJERCER LA PERSECUCIÓN Y ACCIÓN PENAL PÚBLICA.

El ejercicio de la acción y persecución penal constituye la función central del Ministerio Público, la cual debe ejercer según las facultades que le confieren la Constitución Política de la República, las leyes del país, y, los tratados y Convenios Internacionales (art.2.1 LOMP. 152 CPR).

Como consecuencia de dicho principio el Ministerio Público se encuentra obligado a ejercer la acción penal pública en todas aquellas acciones que pongan en riesgo la paz social (2 CPR), y, el Estado tenga interés en perseguir.

Cabe advertir que a nivel constitucional, no existe disposición alguna que obligue al Ministerio Público a ejercer la persecución penal,[133] este más bien es un principio extraído de las funciones y deberes del Estado, el cual debe partir, de la preservación y vigencia de los derechos y libertades de todos los ciudadanos, y constituye una de las justificaciones que se han dado para la existencia del Estado, como forma de organización social.

---

133 Este principio, más bien político, que jurídico surge necesariamente de los deberes del Estado para con los particulares, entendiéndose como parte de este principio el de oportunidad, que faculta al Ministerio Público para abstenerse de ejercer la acción penal.

Por ello, puede decirse, que esta facultad surge de la obligación del Estado de garantizar a los habitantes de la república la justicia y la paz (2 CPR), así como, de proteger ciertos bienes jurídicos como la vida, la libertad, la integridad, la propiedad y el desarrollo integral de la persona (2 y 39 CPR).

Hay que advertir que el Estado se encuentra obligado a generar los mecanismos que permitan operativizar los derechos y libertades que el ordenamiento jurídico interno e internacional le otorgan a todos los habitantes de un Estado (138 CPR, 1 CADH), y, en este sentido, la persecución penal pública es uno de ellos.

No obstante, lo anterior, la Corte de Constitucionalidad ha considerado que la persecución penal pública es una manifestación de la acción penal[134], lo cual, si bien, no constituye una interpretación adecuada de la potestad del ejercicio de la persecución penal pública, si intenta hacer una conexión necesaria entre el ejercicio de la acción penal pública y el ejercicio de la persecución penal pública, facultad esta última, sin la cual, no podría materializarse efectivamente la primera, independientemente del órgano que la tenga a su cargo.

En definitiva la persecución penal surge, entonces, como contraposición al principio de libertad de acción (5 CPR) que establece que toda persona tiene derecho ha hacer lo que la ley no prohibe y que no puede ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la ley.

En este sentido, el código procesal establece que: corresponde al Ministerio Público perseguir los delitos de acción pública y los de instancia particular, cuando el agraviado inste la persecución o medien razones de interés público (24 Bis, 24 Ter. CPP), de allí, que se pueda afirmar que esta institución tiene a su cargo el monopolio de la persecución penal.

El ejercicio de la persecución penal no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar sino en los casos establecidos en la ley (19, 285 CPP). Esta inicia fundamentalmente cuando el Ministerio Público tiene conocimiento de la existencia de un hecho delictivo a través de una denuncia (297 CPP), querella (302 CPP) o prevención policial (304 CPP). Así también, puede iniciarse cuando el Ministerio Público por cualquier otro medio tenga conocimiento de que se ha producido un hecho delictivo. Esta facultad surge de la obligación que dicha institución tiene de perseguir todos los hechos delictivos –principio de legalidad-.

---

[134] Considerando IV, numeral 8), de la Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 26 de enero de 1995.

La persecución penal puede cesar o interrumpirse, únicamente en los casos en que exista una causa extintiva de la persecución penal (32 CPP) u obstáculos a la persecución penal (191, 193, 194 CPP); cuando proceda la aplicación de un criterio de oportunidad (25 CPP), conversión (26 CPP), o suspensión condicional de la persecución penal (27 CPP), y, en caso de desestimación (310 CPP), archivo (327 CPP), clausura provisional (331 CPP) o sobreseimiento (328 CPP).

Al respecto es preciso advertir que el Ministerio Público no se puede abstener de ejercer la acción penal pública en aquellos hechos cometidos por funcionarios y empleados públicos en el ejercicio de su cargo, salvo en los casos de sobreseimiento, clausura, archivo, desestimación o ante juicio, previa autorización del órgano político.

Lo anterior, debido a que el constitucionalista guatemalteco ha puesto énfasis en la subordinación de los funcionarios y empleados públicos al ordenamiento jurídico, y los coloca, como garantes de los derechos y libertades de los ciudadanos (138 CPR). Al respecto, ha considerado en especial la responsabilidad de éstos cuando infrinjan derechos y libertades de los particulares (151, 152 y 153 CPR), considerando incluso a nivel constitucional, como punibles ciertas acciones que restringen o vulneran garantías ciudadanas (6, 10, 19, 21 y 264 CPR).

También es importante señalar la preocupación del constituyente por generar mecanismos de protección contra las violaciones a los derechos humanos, en este sentido, regula que la acción penal contra los infractores de derechos humanos es pública y puede ejercerse mediante simple denuncia, sin caución ni formalidad alguna (45 CPR).

La imposibilidad de abstenerse del ejercicio de la acción penal pública en los casos anteriores, surge pues de la propia constitución que regula en forma expresa la responsabilidad de los funcionarios públicos (154, 155 y 156 CPR), lo cual significa un plus adicional para el sometimiento de éstos al ordenamiento jurídico, que en nada riñe con el principio de igualdad ante la ley (4 CPR).

En relación, al principio de oportunidad es preciso señalar que una interpretación constitucional, adecuada, permite su integración al de legalidad, como un mecanismo racionalizador de la intervención estatal en el ejercicio de la acción y persecución penal pública. Claro es que el dispositivo para ejercer la acción penal pública lo constituye el principio de legalidad penal -nullum crime nulla poena sine lege- (17 CPR) que tiene como contrapartida el de libertad de acción (5 CPR). Esto significa que únicamente puede ejercerse la acción y persecución penal de aquellas conductas que estuvieren prohibidas por el ordenamiento jurídico (5 y 6 CPR).

3.2. EJERCER LA ACCIÓN CIVIL EN LOS CASOS PREVISTOS POR LA LEY Y ASESORAR A QUIEN PRETENDA QUERELLARSE POR DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA.

Esta función que le otorga el ordenamiento jurídico al Ministerio Público es excepcional. Por regla general el ejercicio de la acción civil y acción penal por delitos de acción privada pertenecen a los particulares.

La posibilidad de que el Ministerio Público ejerza la acción civil se da únicamente cuando el titular de la acción sea un menor de edad o incapaz, quién a su vez debe carecer de representante legal (538 CPP).

Por su parte, el ejercicio de la acción penal por delitos de acción privada se condiciona a que el titular de la acción manifieste su interés por querellarse y acredite carecer de medios económicos para hacerlo. En este caso el Ministerio Público es el encargado de calificar los supuestos y admitir la posibilidad de patrocinar al querellante (539 CPP).

3.3. DIRIGIR A LA POLICÍA Y DEMÁS CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO EN LA INVESTIGACIÓN DE HECHOS DELICTIVOS.

Esta función surge de la Ley Orgánica del Ministerio Público (2.3.) , 51 LOMP) y del Código Procesal Penal (112, 113 CPP), y, tiene por finalidad que el Ministerio Público sea eficiente en el ejercicio de la persecución y acción penal pública.

En este sentido, el ordenamiento jurídico regula el principio de subordinación de la policía y demás cuerpos de seguridad públicas o privadas a la autoridad de los fiscales, cuando aquéllos realicen tareas de investigación. De esta forma los funcionarios y agentes policiales se encuentran obligados a acatar las instrucciones de los fiscales.

La policía y las fuerzas de seguridad tienen prohibido realizar investigaciones en forma autónoma, salvo los casos urgentes y de prevención policial (51 LOMP, 304 CPP).

3.4. PRESERVAR EL ESTADO DE DERECHO Y EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS, EFECTUANDO LAS DILIGENCIAS NECESARIAS ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.

Esta función le compete a todas las entidades del Estado, en consecuencia, al Ministerio Público, como parte del mismo. Aquí hay que tener en cuenta, además, que la función de "vigía de la ley" que le atribuye la Constitución Política de la República constituye el fundamento para que en la legislación ordinaria se le delegue esta atribución.

Es por ello, que, además de la función de persecución y acción penal, el Ministerio Público tiene la obligación de actuar en los procesos de inconstitucionalidad y amparo. De allí que en su Ley Orgánica se contemple una fiscalía especial para el cumplimento de dicha actividad.

Por otra parte la preservación del respeto a los derechos humanos es una función ligada estrechamente con la de perseguir y ejercer la acción penal.

4. PRINCIPIOS SOBRE LOS CUALES SE ESTRUCTURA EL MINISTERIO PÚBLICO.

4.1 UNIDAD Y JERARQUIA.

Según estos principios el Ministerio Público es único e indivisible para todo el Estado y se organiza jerárquicamente (5 LOMP). Estos principios implican que cada uno de los órganos de la institución la representan íntegramente, siempre que las actividades se encuentren enmarcadas dentro de las atribuciones que le correspondan.

El principio de unidad y jerarquía se encuentran expresados en la ley, a través del sistema de instrucciones, sanciones disciplinarias, reemplazos y avocación de casos, y el deber de informar del subordinado.

El sistema de instrucciones, es sin duda la manifestación por excelencia del sistema de organización jerárquica, cuya finalidad está orientada a la regulación de la eficiencia en la prestación del servicio y la orientación de los criterios de persecución penal, allí donde el ordenamiento jurídico permite márgenes de discrecionalidad para la solución de los conflictos de naturaleza delictiva.

Por principio todos los fiscales pueden dictar a sus subordinados instrucciones, generales o particulares, relativas al servicio y al ejercicio de las funciones (66 LOMP). En esta relación existe siempre del deber del subordinado de acatar la instrucción y adecuar su actuación a las mismas, salvo que la instrucción sea contraria al ordenamiento jurídico (67 LOMP).

Estas instrucciones deben impartirse por escrito, salvo en los casos urgentes, en los cuales podrán impartirse oralmente, pero siempre confirmadas por escrito inmediatamente. Otra excepción a la forma escrita de impartir instrucciones, las cuales no ameritan ser ratificadas por escrito, son las órdenes sencillas relativas al servicio (70 LOMP). Esto con el objeto de mantener fluidez en la comunicación y evitar la burocratización de la institución.

Como ya se dijo las instrucciones que pueden dar los superiores jerárquicos son de dos tipos. Las relativas al servicio que tienen por objeto la organización y

distribución del trabajo, así como, la forma en que se deben cumplir las tareas. Las instrucciones relacionadas con la función están dirigidas fundamentalmente al área sustantiva, es decir, a la orientación de la política de persecución y acción penal pública. Respecto de estas instrucciones es preciso tener en cuenta que en momento alguno se podría girar una instrucción que invadiera la esfera del criterio técnico jurídico del fiscal que lleva el caso, además, no se podrían emitir instrucciones que lesionaran los límites que estable el ordenamiento jurídico para el ejercicio de la persecución y acción penal pública.

Ambos tipos de instrucciones pueden ser de carácter general o particular. Las generales contienen presupuestos que siempre el fiscal debe observar ante todos los casos o supuestos que se le presenten. Las instrucciones particulares, en cambio, se orientan a la forma y tratamiento de un caso en especial.

Para finalizar con este punto, debe tenerse en cuenta que los fiscales sólo están subordinados a otro fiscal de superior jerarquía, es decir, no pueden recibir instrucciones de ninguna naturaleza de ningún otro funcionario de la institución que no sea un fiscal superior.

El sistema de instrucciones contempla, además, como límite a las mismas la actuación de los fiscales subordinados en las audiencias orales, y en caso de que un superior quiera conducir la audiencia conforme su propio criterio, éste estará obligado a asistir. Esto garantiza la independencia del fiscal en el criterio técnico jurídico, ya que, sería contraproducente que debiera concluir conforme el criterio de otra persona que no tiene la vivencia del acto que se cumple, y, además, no tiene el conocimiento vivencial de las incidencias que se dan durante la audiencia.

En caso de otras diligencias sujetas a plazo o urgentes, el fiscal que recibe la instrucción deberá cumplirla sin perjuicio de objetarla posteriormente (69 LOMP).

El sistema de control disciplinario es otra de las características del principio de jerarquía, por medio de este el superior jerárquico está facultado para sancionar al subordinado. Conforme este modelo el Fiscal General, si bien puede imponer sanciones a todos los miembros del Ministerio Público, naturalmente, le corresponde, en el área fiscal, por la inmediación jerárquica, el control y la imposición de sanciones a los Fiscales de Distrito y de Sección. Esto sin dejar de lado que de conformidad con la ley el único que puede imponer las sanciones de suspensión y remoción es el Fiscal General, sin embargo, el control disciplinario lo deben ejercer para los Agentes Fiscales y Auxiliares Fiscales, los Fiscales de Distrito o de Sección que sean los superiores jerárquicos respectivos.

El principio de legalidad también exige que las conductas por las cuales se puede imponer una sanción estén debidamente determinadas en la ley, a este

ıspecto la ley del Ministerio Público enumera 8 conductas por las cuales pueden ancionarse a los miembros del Ministerio Público (61 LOMP) y establece como anciones la amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión de cargo o mpleo hasta por quince días sin goce de sueldo, remoción del cargo o empleo. as dos primeras pueden ser impuestas por los superiores jerárquicos respecto el personal a su cargo, mientras que las dos últimas únicamente las puede nponer el Fiscal General.

El sancionado tiene el derecho de recurrir la sanción que le fuera impuesta nte el superior jerárquico dentro de los tres días de notificado y su ejecución será uspendida mientras no se encuentre firme la decisión. Las sanciones impuestas or el Fiscal General son recurribles por apelación ante el Consejo del Ministerio 'úblico.

Cuando el fiscal, en el desempeño de su cargo cometa una acción delictiva o se seguirá este procedimiento. En el caso de que existan indicios razonables le la comisión de un delito, procederá solicitar el antejuicio[135], salvo que el indicado fuere auxiliar fiscal o funcionario o empleado que no tenga derecho a ıste beneficio, en cuyo caso se ejercerá directamente contra él la persecución y ıcción penal.

Los reemplazos, traslados y avocaciones constituyen otra de las aracterísticas de la jerarquización. Por razones de eficacia en el ejercicio de la unción, el Fiscal General, los fiscales de distrito y los fiscales de sección, podrán ısignar asuntos a algún fiscal determinado de los que se encuentran bajo su lirección, a varios de ellos, reemplazarlos o asumir directamente un asunto (71 .OMP). Así también tienen la facultad de realizar traslados dentro del área erritorial o funcional que tengan a su cargo. Dichos traslados solo pueden ealizarse por razones de eficiencia en el servicio.

Como límite a la potestad de trasladar y a la asunción de los casos se ıncuentran el hecho de que el superior jerárquico lo haya hecho con la finalidad le apartar al fiscal de un caso, o, como consecuencia de que el subordinado se ıaya negado a cumplir instrucciones ilegales o que hubieren sido girado sin las ormalidades señaladas en la ley (72 LOMP).

---

135 Sólo el Fiscal General, los Fiscales de Distrito y de Sección y los Agentes Fiscales gozan del derecho de Antejuicio. El Congreso de la República es el encargado de resolver la petición de antejuicio que se formule en contra del Fiscal General (13 LOMP y 206 Constitución), la Corte Suprema de Justicia en el caso de los Fiscales de Distrito y de Sección (art.28 LOMP), y, las Salas de la Corte de Apelaciones en el caso de los Agentes Fiscales (art. 43 LOMP).

El principio de jerarquía exige a la vez el deber de los subordinados de informar a los superiores jerárquicos sobre los asuntos que por su importancia, trascendencia o complejidad, requieran un tratamiento especial, indicando concretamente las dificultades y proponiendo el modo de solucionarlos (74 LOMP)

Respecto de éstos e incluso de los demás asuntos, es obligatorio para los fiscales reunir ordenadamente las actuaciones con el objeto de que permitan el control jerárquico de su actividad, conforme lo señalado en el artículo 48 LOMP. Esta obligación también debe permitir el acceso a las actuaciones de la defensa, la querella, la víctima y las partes civiles.

4.2. OBJETIVIDAD.

Al definir al Ministerio Público como un órgano contralor de legalidad (25 CPR), su fin supremo no es la persecución y acusación ciega de los hechos delictivos. Este principio impide, entonces, al Ministerio Público y a los fiscales que persigan a cualquier costo y por cualquier hecho. Su actuación no debe ser parcial en este sentido, sino por el contrario exige que busque la aplicación de la ley y por lo tanto que actúe conforme el principio de objetividad (1 LOMP, 108 CPP).

Es por ello que en la regulación procesal se obliga al Ministerio Público a recabar, no solamente, las pruebas de cargo, sino, también las de descargo, y realizar las diligencias de investigación que le solicite el imputado y su defensor (315 CPP). De la misma forma, deberá solicitar el sobreseimiento, la clausura provisional, el archivo o la desestimación. En el debate, el fiscal, incluso puede pedir la absolución (108 CPP).

Otra de las manifestaciones del principio de objetividad en el proceso penal está relacionada con la posibilidad de que el fiscal recurra una decisión judicial a favor del imputado (398 CPP).

4.3. INDEPENDENCIA DE LOS FISCALES EN EL EJERCICIO DE LA PERSECUCIÓN Y ACCIÓN PENAL.

La independencia del fiscal frente al caso, representa uno de los principios más importantes para hacer eficiente la persecución y acción penal y operativizar los principios que rigen la actuación del Ministerio Público.

El objeto de este principio es garantizar la imparcialidad del Fiscal frente a cada caso y, por ende, hacer transparente la persecución penal. Para garantizar la independencia del fiscal, se establecen mecanismos de control para las remociones, traslados, asunciones de casos, la resistencia a las instrucciones de los superiores jerárquicos y al régimen disciplinario.

El fiscal puede resistir el cumplimiento de las instrucciones objetándolas ante quien la emitió, mediante un informe fundado. Si el emisor de la instrucción insiste en la legitimidad, deberá remitir la objeción acompañada de la instrucción objetada al superior jerárquico inmediato en el servicio, quien decidirá sobre la legitimidad de la misma. Es importante advertir que si el emisor de la instrucción objetada no insiste en la legitimidad de la misma, el subordinado no está obligado a cumplirla y, por tanto, no hay motivo para su revisión.

Las instrucciones provenientes del fiscal general pueden objetarse únicamente ante el Consejo del Ministerio Público.

Por otra parte, es importante señalar que las instrucciones pueden ser objetadas únicamente por ser contrarias a la ley.

La objeción puede ser en abstracto o en concreto. La objeción en abstracto se da cuando el fiscal impugna la instrucción dictada aún cuando no la tenga que aplicar a un caso concreto. La objeción en concreto se da cuando la impugnación de la instrucción se refiere a un caso, esto es, el fiscal que plantea la objeción debe aplicarla a un caso que tiene a su cargo y que considera no apegada a la ley. Es importante la distinción porque la legitimación para plantear la objeción varía conforme la jerarquía del fiscal. Aunque cualquier fiscal puede plantear objeciones en concreto, sólo pueden plantear objeciones en abstracto los fiscales de distrito y de sección (68 LOMP).

Las objeciones a los traslados y avocaciones de casos se formulan ante el Consejo del Ministerio Público quien debe declararlo improcedente cuando considere que el traslado y la avocación obedecen a razones que tiendan a apartar al fiscal de la investigación y promoción de un caso o que se haya negado a cumplir una instrucción contraria a la ley. (72 LOMP).

La resistencia de las sanciones se hace ante el superior jerárquico. Estos significa que las sanciones impuestas por los Fiscales de Distrito o de Sección son recurribles ante el Fiscal General, las impuestas por el Fiscal General ante el Consejo del Ministerio Público.

4.4 SUBORDINACIÓN DE LA POLICÍA Y DEMÁS CUERPOS DE SEGURIDAD.

Este principio tiene por finalidad potenciar la capacidad del Ministerio Público en el ejercicio de la persecución y acción penal pública. En este sentido es preciso indicar que el Ministerio Público es en sí un cuerpo técnico de abogados que carece por principio de un cuerpo de investigación,[136] y es preferible que no lo tenga.

---

[136] Según el artículo 40 de la Ley del Ministerio Público la Dirección de

Si bien es cierto, la anterior ley otorgaba tal atribución, ésta carecía de los mecanismos que la hicieran efectiva. El objeto de este principio es el de dotar al Ministerio Público de las herramientas necesarias que le permitan llevar adelante la persecución penal del Estado. Este principio permite clarificar al Ministerio Público como la institución que formula y dirige la persecución penal, y a las fuerzas de seguridad como el órgano ejecutor.

Dada la subordinación de la policía y demás cuerpos de seguridad en materia de investigación, estas deben acatar las instrucciones que les imparten los fiscales, acerca de las tareas que deben realizar, así como, la forma y el modo en que deben cumplirse.

Es importante el hecho de que el Fiscal General, los Fiscales de Distrito y los Fiscales de sección puedan nominar a los funcionarios o agentes policiales que les auxiliarán en la investigación de un caso.

Las fuerzas de seguridad tienen prohibido realizar investigaciones autónomas, salvo que se trate de casos urgentes o de prevención policial, supuestos en los que deben informar inmediatamente al Ministerio Público, o, dentro de un plazo que no exceda las 24 horas.

Como mecanismo para hacer efectiva la subordinación de los funcionarios y agentes policiales la ley establece que el Fiscal General, los Fiscales de Distrito o los de Sección, por iniciativa propia o a pedido del fiscal del caso, puedan imponer sanciones a los agentes policiales que infrinjan disposiciones legales o reglamentarias, u omitan o retarden la realización de una acto que se les haya ordenado o lo cumplan negligentemente. (52 LOMP)

Las sanciones que pueden imponer consisten apercibimiento, suspensión del cargo hasta por 15 días, o la recomendación de su cesantía a la autoridad administrativa correspondiente. En todo caso debe darse aviso a la autoridad policial respectiva sobre la imposición de una sanción con copia de las actuaciones.

4.5 RESPETO A LA VÍCTIMA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA.

Este es uno de los principios más innovadores que introduce la legislación guatemalteca, el cual tiene como propósito revalorizar los intereses de la víctima

---

Investigaciones Criminalísticas debe estar integrado por un cuerpo de peritos especializados en distintas ramas científicas, y por lo tanto no puede tener investigadores, ya que esta función compete a la policía, y de allí, la subordinación de ésta a los fiscales.

dentro del proceso penal, y, además, la apertura de la institución a la participación y control ciudadano.

Con la introducción de este principio el fiscal se encuentra vinculado a escuchar y respetar el interés de la víctima en el resultado del proceso penal, con lo cual, el fin primordial no es la sanción penal para el imputado sino la resolución del conflicto. Esto quiebra un tanto la concepción tradicional del principio de legalidad que se basa con exclusividad en buscar la imposición de la pena sin tomar en cuenta los intereses del afectado.

Al respecto es importante mencionar que el fiscal se encuentra en la obligación de informarle a la víctima el resultado de la investigación y notificarle la resolución que ha puesto fin al caso, incluso cuando no se hubiere constituido como querellante. En este sentido se retoma a la víctima como una parte fundamental en el proceso penal.

Además, fiscal está obligado a proveerle a la víctima la asistencia necesaria, obligación que también compete a la oficina de atención a la víctima (26 LOMP), a efecto, de evitar una doble victimización de la persona.

La operativización de este principio ha permitido que la víctima tenga posibilidades de controlar el desarrollo de la investigación realizada por el Ministerio Público, con lo cual, se le ha dado la posibilidad de objetar las instrucciones de los fiscales (68 LOMP), impugnar los reemplazos y traslados cuando considere que el traslado o avocación del caso responden a razones que tiendan a apartar al fiscal del caso porque se haya negado a cumplir instrucciones ilegales o sin las formalidades de la ley (72 LOMP). La víctima también puede solicitar la separación del fiscal que lleva el caso cuando considere que no está ejerciendo sus funciones correctamente (73 LOMP).

Por último, se encuentra el principio que se refiere a la participación ciudadana, el que tiene por objeto establecer vínculos con la sociedad para evitar la desconfianza en el sistema de administración de justicia y el control social de la actividad del Ministerio Público.

La participación ciudadana se puede dar en varias formas. Una de ellas es la posibilidad de que cualquier persona, asociación de ciudadanos u organismos de derechos humanos puedan ser designados para realizar una investigación específica, siempre que manifiesten su interés en llevarla adelante. En estos casos es facultad del Fiscal General, los Fiscales de Distrito yo Fiscales de Sección hacer la nominación correspondiente. Quién haya sido designado tendrá las mismas facultades, deberes, preeminencias e inmunidades que los agentes fiscales, y actuarán bajo la supervisión del funcionario que los nombró (29 LOMP).

Otra forma de participación es la facultad que se le da a cualquier persona u organización para impugnar la incorporación de un aspirante a la lista de mérito, para ser nombrado dentro de la carrera fiscal o de la dirección de investigaciones criminalísticas, fundado en que no reúne las condiciones para el cargo (77 LOMP).

Obviamente esta potestad otorgada a los ciudadanos no se puede materializar a partir de que el tribunal de concurso está obligado a publicar las listas en un plazo de 15 días en el diario oficial.

La participación ciudadana también incide en la nominación a Fiscal General, en la Ley del Ministerio Público se plantea la posibilidad de que cinco mil ciudadanos puedan proponer por escrito a la comisión de postulación, a un candidato para que ésta lo incluya en la nomina de postulación para que el presidente designe al Fiscal General. En caso de que la comisión rechace la propuesta esta obligada a fundamentar públicamente su rechazo. (12 LOMP).

Un mecanismo de control social, importante, que hace operativa la participación ciudadana lo constituye el informe anual que debe dar a la población, el Fiscal General, sobre el resultado de su gestión. (16 LOMP).

Esto obviamente permite transparentar el funcionamiento del Ministerio Público y evidenciar los niveles de eficiencia en el ejercicio de la función que le corresponde desempeñar de acuerdo al ordenamiento jurídico.

5. DISEÑO ORGÁNICO QUE ESTABLECE LA LEY DEL MINISTERIO PUBLICO.

La organización que fija la Ley del Ministerio Público, parte del Fiscal General de la República (251 CPR), y establece la separación de la organización administrativa (57 LOMP) de la técnica (9 LOMP).

Este modelo orgánico permite fortalecer la figura del Fiscal General, en el área más importante de la institución: la definición de la política criminal y el ejercicio de la acción y persecución penal. Estas últimas, sobre todo, en aquellos casos en que se requiera mostrar el poder que se le ha otorgado al Fiscal General.

De allí deviene la separación de funciones técnicas de las administrativas, y con ello, la creación de la figura del jefe administrativo, quien es el encargado de administrar a la institución y aliviar, al Fiscal General, de las tareas que implica dicha área, las que si bien son de gran importancia para el funcionamiento adecuado del Ministerio Público, debe evitarse que absorban el mayor tiempo del Fiscal General.

Para el área administrativa, no se fija ningún modelo estructural, sino, únicamente se mencionan como parte de esta área al Archivo General de la Ins-

titución y a la oficina de información (58 LOMP). Esto permite que, el área administrativa, se organice en función de las necesidades de la institución.

La organización técnica se encuentra estructurada a partir de los órganos que pueden ejercer las funciones que la ley le otorga al Ministerio Público -Constitución Política de la República, Código Procesal Penal, Ley de Amparo y Exhibición Personal, Código de Menores- los que se organizan, jerárquicamente, en la siguiente forma:

1) Fiscal General de la República.
2) Fiscales de Distrito y Fiscales de Sección.
3) Agentes Fiscales.
4) Auxiliares Fiscales.

Como se puede ver, en el nivel medio jerárquico se establecen dos figuras orgánicas. La primera que se podría denominar organización funcional -Fiscalías de Sección- (27 LOMP) y, la otra, territorial -Fiscalías Distritales- (24 LOMP).

Cada una de estas organizaciones se encuentran a cargo de un Fiscal de Sección y un Fiscal de Distrito, respectivamente, quienes tendrán a su cargo Agentes y Auxiliares Fiscales.

Las Fiscalías de Distrito cuentan, además, con la oficina de Atención a la Víctima (26 LOMP) y de Atención Permanente (25 LOMP), las que se encuentran subordinadas al Fiscal de Distrito.

Bajo la dirección del Fiscal General se establecen dos unidades orgánicas que tienen un carácter cui generis, dentro del diseño del Ministerio Público, una de ellas es la Dirección de Investigaciones Criminalísticas (40 LOMP).

Este diseño orgánico, se basa fundamentalmente en los principios de unidad y de jerarquía (5 LOMP). Por medio del principio de unidad se persigue la actuación homogénea de los integrantes de la institución -órganos del Ministerio Público-, que impida la posibilidad de manifestaciones divergentes o contradictorias, sin perjuicio de que cada uno pueda dejar constancia de su opinión en contrario; y por el principio de jerarquía, se permite el control de la actuación del inferior jerárquico, quién está obligado a acatar las instrucciones que reciba, siempre que no sean contrarias a la ley. Este principio tiene relación con la independencia en el ejercicio de la función del Fiscal, y por medio de ésta, cada uno de los órganos del Ministerio Público, en el ejercicio de su función, se encuentra únicamente supeditado a la Constitución Política de la República, los Tratados y Convenios Internacionales, la ley y las instrucciones del superior jerárquico (47 LOMP).

El Consejo del Ministerio Público es un órgano por fuera de la estructura jerárquica del Ministerio Público, sin embargo, cumple una función importante en

el equilibrio de dicha estructura, ya que tiene a su cargo funciones de asesoría y de control de las instrucciones y sanciones impartidas e impuestas por el Fiscal General (17 LOMP).

Este órgano también permite la democratización de la institución ya que se encuentra integrado por fiscales y miembros designados por el Congreso de la República (18 LOMP).

Del Consejo del Ministerio Público depende la Unidad de Capacitación del Ministerio Público (81 LOMP) y es también el órgano rector de la carrera fiscal (77 LOMP).

CAPITULO V.
ANALISIS DE LA SITUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO Y SU PAPEL DENTRO DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

1. ASPECTOS GENERALES QUE INCIDEN EN LA CONSOLIDACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

1.1. LA INFLUENCIA DEL ANTIGUO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.

Este aspecto es de singular importancia para analizar los problemas que enfrenta el Ministerio Público en el ejercicio de su función, lo cual, también tiene incidencia en las demás instituciones del sistema de justicia penal –Organismo Judicial, Policía Nacional-.

En Guatemala el sistema de justicia penal a lo largo de su historia no sufrió ningún cambio, salvo el proceso de reforma iniciado por el gobierno de Mariano Galvez, quién, en 1836, puso en vigencia los llamados Códigos de Livingston, los cuales, tuvieron una vigencia corta, ya que en 1838 fueron derogados.

El argumento central para la derogación de dichos códigos, según el poder legislativo de la época, y el cual marcará el retorno a las leyes hispánicas fue: "que aunque el que se observaba anteriormente por la práctica y leyes españolas tiene vicios notables, y no es acaso conforme a nuestras instituciones fundamentales y sistemas de gobierno, es el único conocido en el Estado y a que están acostumbrados sus habitantes, por lo que de su ejecución puede solamente esperarse la tranquilización de los pueblos, llenar en cuanto cabe por ahora sus votos y exigencias y evitar por más tiempo la impunidad, fuente de los delitos y crecientes desmoralización de los pueblos, mientras pueda plantearse un sistema más adecuado y uniforme."[137]

Del párrafo anterior es importante rescatar como elemento trascendental, al menos, la conciencia de que el modelo español no se adecuaba a la forma de gobierno adoptado por Guatemala, sin embargo, esto no tuvo tanta incidencia como el desconocimiento, que del nuevo sistema, tenía el Estado.

La subordinación de los principios republicanos, pues, cedieron siempre ante los intereses del Estado, ejemplo de esto, son los diferentes códigos que han estado en vigencia en Guatemala hasta el 1 de julio de 1994.[138]

Los códigos de procedimientos penales previos a la reforma de 1994 se caracterizaron por concentrar en la figura del juez el poder dispositivo de la acción penal y la función de juzgar, con lo cual, se desnaturalizaron los principios de imparcialidad del juez y contradictorio, que, además, no permitían la vigencia plena de la garantía de defensa en juicio del imputado. El juez ante la noticia de un hecho delictivo actuaba de oficio, y el papel del Ministerio Público se reducía a un mero contralor formal de legalidad, sin protagonismo alguno.

El proceso penal, en todas sus fases, era predominantemente escrito, lo cual, hacía nula la existencia del juicio como garantía de los sistemas republicanos de gobierno, además, obviamente, por esta característica se veía afectada la concentración de los actos judiciales, con el agravante, de que todo lo recabado durante el sumario era transformado en prueba automáticamente en lo que se llamaba, la etapa del juicio. La declaración del imputado era tomada como un medio de prueba en el cual la declaración de culpabilidad anulaba la recepción de pruebas y el juez entraba a dictar sentencia.

---

137 Vela, David. Vida Pasión y Muerte de los Códigos de Livingston. Cit, p. 65

138 Los códigos de procedimientos penales vigentes en Guatemala, previos a la reforma de 1994. son: el de 1877 que fue el primer código procesal penal. El de 1898 y el de 1973.

Para la valoración de la prueba regían las reglas de la prueba legal o tasada, lo que subordinaba al juez, a valorar la culpabilidad, en tanto existieran más pruebas de cargo, que, de descargo, en el cual, se regulaban tachas para los testigos.

El ejercicio de la defensa técnica, como garantía para el imputado, era prácticamente inexistente, ya que se permitía que la misma fuera ejercida por estudiantes de derecho, y no, por profesionales, lo cual, obviamente, afectaba el derecho a una defensa eficiente.

A nivel normativo, un aspecto que destruía todo el sistema de justicia, se encuentra centrado en la facultad de los jueces de segunda instancia de analizar íntegramente los fallos, con la potestad de modificar la resolución de primera instancia, aún y cuando, no se hubiere ejercido, por las partes, el recurso de apelación. En esto, los tribunales de segunda instancia tenían la facultad de introducir nuevos hechos o pruebas, lo cual generaba incertidumbre, tanto para el imputado, como para la víctima.

Todas las características enunciados aunadas a la secretividad del sumario, el cual, por las características del llamado juicio o plenario, informaban todo el proceso penal, fueron creando una cultura funcional del sistema de administración de justicia caracterizado por la delegación indebida de funciones, la falta de inmediación, concentración, contradictorio, publicidad y la utilización de la prisión preventiva como regla general en el proceso penal, lo que, en la práctica, permitió consolidar un sistema administrativo y no judicial de justicia.

La delegación indebida de funciones que se materializa en la traslación de funciones propias del juez, a los oficiales de los juzgados, es un vicio que aun permanece en el poder judicial, al menos en la etapa preparatoria, en donde el juez, por regla general, únicamente suscribe las resoluciones que han tomado los oficiales del juzgado, los cuales, en el mejor de los casos, consultan la resolución que van a adoptar.

Este vicio ha sido trasladado al Ministerio Público, en donde, los oficiales de la fiscalía cumplen tareas que normativamente están asignadas a los fiscales, lo que, ha desnaturalizado en la práctica no sólo de la inmediación del juez frente al caso, sino además, la inmediación del fiscal frente a la investigación.

En esta delegación indebida de funciones la responsabilidad de los órganos de dirección del Poder Judicial tienen la mayor responsabilidad, ya que, han venido privilegiando, en la integración de los tribunales, mayor número de oficiales frente a la cantidad de jueces, con lo cual, el poder de los jueces termina por ser subordinado frente a la cantidad de oficiales que conforman el juzgado.

La utilización de la prisión preventiva como regla general, no obstante, que los

diferentes modelos constitucionales privilegiaban la existencia de una imputación sustentada para declararla, terminaron cediendo ante la práctica judicial, en la cual, se consideraba la existencia de un proceso penal, siempre y cuando hubiera una persona sujeta a medida de coerción.

Esta práctica hasta la fecha no ha variado. En los juzgados se privilegia la imposición de la prisión preventiva, sin que existan medios de prueba que justifiquen la imposición de la misma, por sobre, lo regulado en el artículo 13 de la constitución y 259 del código procesal, que regula, los supuestos en los que es procedente la prisión preventiva, y, con total inobservancia, del principio de presunción de inocencia regulado en el artículo 14 de la constitución.

Como se puede advertir, la existencia de una práctica judicial y una regulación normativa, que estuvo vigente, en el país, durante prácticamente toda su vida independiente, con la única excepción, en el siglo pasado, de los códigos de Livingston que estuvieron vigentes 2 años, y con un sistema procesal penal que apenas tiene de vigencia 5 años, es natural, la influencia que el mismo tiene tanto en la practica judicial, como en la interpretación del modelo normativo.

En definitiva, la vigencia del ordenamiento procesal actual, tiene correlación con el proceso político que ha vivido este país durante los últimos 13 años.

Por lo tanto este marco histórico no debe pasarse por alto, ya que, el cambio que tuvo el sistema de administración de justicia penal, en el modelo normativo, ha sido diametralmente opuesto, y por lo tanto, la influencia cultural que esa historia jurídica, más nefasta que beneficiosa para el modelo de Estado que se aspira a construir, ha dejado en la comunidad jurídica, y, en las instituciones del sistema de justicia penal, lleva tiempo en destruir, lo que no implica, que sea imposible, ni mucho menos, que se dejen de lado acciones que tiendan a la consolidación de un modelo de justicia que, al menos, normativamente y con una interpretación adecuada a los principios constitucionales, se ajusta a los sistemas judiciales propios de los Estados Democráticos de Derecho.

1.2. LA CRISIS DEL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL.

La crisis del sistema de administración de justicia penal hay que abordarla desde tres puntos de vista: el político, el normativo y el funcional.

Desde la perspectiva política es preciso retomar, la forma de ejercicio del poder, en este contexto, hay que tener en cuenta que facticamente, en Guatemala, ha existido un ejercicio del poder centralizado, y como reflejo de ello, la administración de justicia no ha sido en toda su dimensión un poder real que subordine la actuación del poder político, a la ley.

Por el contrario, la figura del caudillo ha sido exaltada y la expresión política que ha terminado por subordinar, tanto al poder judicial, como al legislativo, constituye uno de los problemas principales para hacer operativo el principio republicano de división de poderes.

En este sentido es importante retomar las conclusiones de la Comisión de Esclarecimiento Histórico[139], cuando dice: "El sistema judicial del país, por su ineficacia provocada o deliberada, no garantizó el cumplimiento de la ley, tolerando y hasta propiciando la violencia. Por omisión o acción, el poder judicial contribuyó al agravamiento de los conflictos sociales en distintos momentos de la historia de Guatemala. La impunidad caló hasta el punto de apoderarse de la estructura misma del Estado, y se convirtió tanto en un medio como en un fin. Como medio, cobijó y protegió las actuaciones represivas del Estado así como las de particulares afines a sus propósitos, mientras que, como fin, fue consecuencia de los métodos aplicados para reprimir y eliminar a los adversarios políticos y sociales.".

Es evidente que el sistema judicial en Guatemala, en momento alguno jugó un papel preponderante en la vida política del país, esto dado, que de todos los poderes del Estado, siempre fue el más débil, lo cual se evidencia a partir de la forma en que tradicionalmente fueron nombrados los miembros del poder judicial, y, además, su desintegración o subordinación al caudillo de turno, en especial, durante los regímenes de facto o militares.

Obviamente esta subordinación política del sistema judicial respondía a una estructura definida por la forma en que se ejercía el poder político, la cual, a su vez ,se veía reflejada en toda la estructura del poder judicial.

Es precisamente con la apertura "democrática", que se da en 1985, cuando se inicia la discusión relacionada con la necesidad de fortalecer la independencia judicial, la cual, cobra mayor auge luego de la firma de los acuerdos de paz entre el gobierno y la URNG, el 29 de diciembre de 1996.

Las reformas constitucionales aprobadas por el congreso de la república en 1998, y, que se encuentran sujetas a consulta de los ciudadanos, introducen mecanismos que permiten la consolidación, no sólo, de un poder judicial independiente, sino además, la extensión de esta independencia a todos y cada uno de los jueces.

En la historia política de Guatemala, es la primera vez que se aborda el tema de la independencia judicial, con tanta profundidad, y, se adoptan

---

139 Esta comisión fue establecida en el acuerdo de Oslo, entre la guerrilla y el gobierno, con fecha 23 de junio de 1994. La cual entró a funcionar

mecanismos para separar con claridad las funciones administrativas, de las judiciales, en lo atinente al poder judicial.

En el ámbito normativo, la crisis de la administración de justicia, hay que verla a partir de que las leyes ordinarias, en momento alguno, estas fueron congruentes con los principios constitucionales.

Esta situación, que también es consecuencia de la forma en que se ejercía el poder político, influyó en la instalación de una cultura funcional que privilegiaba el castigo, antes que la solución de los conflictos, y, además, el uso de la fuerza arbitraria, antes que la operativización de las garantías ciudadanas.

En referencia a la incongruencia del modelo normativo, con los principios constitucionales, se puede decir que es una de las causas, que han generado, tanto de la impunidad, como de la arbitrariedad judicial, de allí, la necesidad de reformar el sistema procesal penal.

En este sentido, no debe olvidarse que en diferentes oportunidades, Guatemala ha sido señalada y condenada internacionalmente por estas violaciones.

En 1989, la ONU envió al Profesor Julio Maier para prestar servicios de asesoramiento en materia de justicia, quien elaboró un diagnóstico sobre la situación grave de la justicia.

De la misma manera, coincidieron estas recomendaciones con las propuestas por los expertos de la ONU Héctor Gross Espiel y Christian Tomuschat, así como, las de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido, de la necesidad de transformar la justicia para adecuarla a los preceptos constitucionales y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

La adecuación del modelo normativo ordinario a los principios constitucionales, pudo concretarse con la vigencia del código procesal penal en 1994. Esto, no obstante los esfuerzos que se hicieron, en el país en la segunda mitad del presente siglo.

En este sentido merece mencionarse, el proyecto Soler-Lemus-De León, en 1961. Dicho proyecto retomó los principios de un proceso moderno en cuanto a la publicidad y oralidad, pero mantenía los esquemas anteriores del registro escrito.

En 1972, se presenta el proyecto de Menéndez De La Riva, que contiene los principios del proceso inquisitivo reformado o mixto.

En 1984 y 1986 se presentaron los proyectos del Instituto Judicial y el de los Doctores Edmundo Vásquez Martínez y Hugo González respectivamente, que recogieron los resultados de las VII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, realizadas en Guatemala en noviembre de 1981, contenidas en las "Bases Completas para orientar en Latinoamérica la Unificación Legislativa en Materia Procesal Penal".

Estos proyectos, si bien, no se concretaron legislativamente fueron tomados en cuenta para la elaboración del anteproyecto Maier-Binder, que sirvió de base para la aprobación del decreto 51-92 del Congreso de la República.

En términos generales se puede decir que el sistema procesal penal reúne los principios de un sistema de administración de justicia propio de los Estados Democráticos de Derecho, no obstante, la tarea legislativa aún debe continuar a efecto de adecuar la legislación penal y penitenciaria a tales principios.

El aspecto funcional del sistema de administración de justicia también tiene una incidencia importante en la eficacia de la función del Ministerio Público. Este se encuentra relacionado con la cultura funcional del aparato judicial, en el cual, como se indicó, en el punto anterior, sigue influido por la manera en que se resolvieron los conflictos penales a lo largo de la vida independiente del país.

En este sentido, el funcionamiento del sistema de administración de justicia, también, constituye una herramienta que favorece la impunidad y la arbitrariedad de los operadores jurídicos, en la que, la delegación indebida de funciones y la aplicación de la prisión preventiva son una práctica corriente.

El sistema penal en definitiva no da respuestas a los conflictos sociales, y cuando interviene, las respuestas son inadecuadas, ya que, se privilegia la sanción penal, antes que la solución del conflicto de acuerdo con los intereses de la víctima.

1.3. LA CONTRAREFORMA AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.

El movimiento de contrareforma del sistema de justicia penal no hay que verlo simplemente desde los procesos de reforma al código procesal penal, sino, además, en relación con las reformas que ha sufrido el Código Penal y la ley de redención de penas.

El proceso contrareforma de la justicia se inicia desde antes de la vigencia al código procesal penal, y luego de la vigencia del mismo. Sus manifestaciones se concretan en la promoción de dos recursos de inconstitucionalidad planteados en contra del decreto 51-92 promovidos por abogados formados en el anterior

sistema.[140]

Dichos recursos dentro de su contenido planteaban como inconstitucional el hecho de que el Ministerio Publico tuviera a su cargo el ejercicio de la persecución penal, e incluso, en uno de ellos, se planteaba que el código procesal penal atentaba contra la herencia de las instituciones jurídicas heredadas del modelo español.

Como producto de dichos recursos, la Corte de Constitucionalidad declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 203, y, total del 205 del código procesal penal.[141] El primero de ellos, se refería a la facultad del Ministerio Público para decretar el secuestro de la correspondencia en casos de delito flagrante, y el segundo, a la intervención de las telecomunicaciones.

Esta declaratoria de inconstitucionalidad no representa tergiversación alguna de los principios que inspiran el modelo de código procesal penal adoptado.

En sí, el proceso de contrareforma del código procesal penal, cobra auge con la circular del 5 de febrero de 1995, emitida por la Corte Suprema de Justicia, en la cual, le restringen a los jueces de paz la facultad de decretar medidas de coerción al imputado y verificar la legalidad de la detención.

Al respecto es de mencionar que dicha circular no sólo afecto el principio de independencia judicial contenido en el artículo 203 de la constitución, sino además, los artículos 6 y 8 de la CPR, que regulan el derecho del imputado a ser puesto a disposición de juez competente dentro de las 6 horas siguientes a su detención, para que, declare dentro de las 24 horas posteriores a la captura, y, el juez resuelva la situación jurídica del imputado. Así también, el derecho que surge del pacto de San José, relativo, a que, cuando la persona sea detenida debe ser puesta inmediatamente a disposición de juez competente para que resuelva la situación jurídica del imputado (8 CADH).

De esta manera la injerencia de la Corte Suprema de Justicia en la función judicial se hace patente, y, evidencia, que uno de los poderes que más afecta la independencia judicial, es el que ejerce la Corte Suprema de Justicia, que, además, es el máximo tribunal ordinario del país.

---

140 Para un estudio más profundo del tema consultar expedientes 296-94 y 297-94 de la Corte de Constitucionalidad.

141 Cf. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 26 de enero de mil novecientos noventa y cinco, dictada dentro del expediente 296-94.

Dados los comentarios que recibió la citada circular, se inicia ante el Congreso de la República un proceso de modificación del código procesal penal que se materializa en el decreto 32-96 del Congreso de la República, que tomó como base, la circular emitida por la Corte Suprema de Justicia.

Dichas reformas no sólo restringen la potestad de los jueces de paz de resolver la situación jurídica del imputado que es puesto a su disposición, sino además, limitan los supuestos en los cuales se pueden aplicar medidas sustitutivas, estableciendo, en este sentido, un "númerus clausus" para ciertos delitos, tales como: homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación de menor de doce años, sabotaje, robo agravado y hurto agravado, y en el caso de los delitos comprendidos en la ley de Narcoactividad, y a la vez, estableciendo que no pueden beneficiarse con dichas medidas de coerción los reincidentes ni los delincuentes habituales, introduciendo de esta forma criterios propios de un derecho penal de autor.

Otra de las reformas introducidas, por este decreto, se vincula con la fijación de plazos para la investigación, en el supuesto, de que, el imputado se encuentre sujeto a una medida de coerción.

A través del decreto 114-96 se introduce la figura del delator, a través de la cual, es obligatorio para el juez aplicar el criterio de oportunidad a los cómplices o encubridores de ciertos delitos, cuando den información eficaz sobre quienes son los autores. Esta figura afortunadamente no ha sido utilizada, y su introducción en la legislación obedeció fundamentalmente al caso "Moreno", lo que muestra el casuismo con el cual se legisla en el país.

El decreto 79-97 del Congreso de la República nuevamente introduce reformas considerables al código procesal penal.

Dichas reformas le dan facultad al juez para clausurar el proceso, en los casos en que, el Ministerio Público, no requiera la conclusión del procedimiento preparatorio dentro de los plazos que la ley establece (325 CPP). Con esta reforma se desnaturaliza la figura de la clausura provisional (331 CPP), ya que, la misma, según el artículo 331 del código procesal penal procede en los casos, en los que, no se puede acusar, y, tampoco, se puede requerir el sobreseimiento porque falta practicar un medio de prueba esencial para demostrar la responsabilidad del imputado, el cual, debe estar claramente determinado.

Esta última reforma al código procesal penal regula, nuevamente, los plazos para la conclusión de la investigación, loa cuales quedan fijados: en 3 meses, cuando la persona se encuentre sujeta a prisión preventiva, y, 6 meses, cuando esta sujeta a medida sustitutiva (345 bis CPP).

Se reforma, además, lo relativo al criterio de oportunidad, estableciendo

otras categorías y restringiendo su aplicación, en uno de los supuestos, (25.3 CPP), lo cual, es incongruente con la reforma que sufrió el código penal, en lo que respecta al aumento de las pena máxima de prisión.

Así también, se impide la aplicación del criterio de oportunidad a una persona, cuando ya ha sido beneficiada con este mecanismo y el hecho que se le imputa afecta, el mismo bien jurídico (25 quinquies CPP).

Otro de los aspectos criticables de esta reforma se refiere a la ampliación del concepto de flagrancia, el cual, deja un margen muy amplio que legitima la arbitrariedad policial (257 CPP).

En sí esta última reforma, si bien, introduce aspectos positivos como la aclaración de la audiencia de procedimiento intermedio, ingresó en otras esferas que afectan los principios inspiraron, en su origen, el código procesal penal.

Las reformas al código penal han generado no sólo un aumento a la escala punitiva, subiendo la pena de prisión máxima de 30 a 50 años, sino además, se ha ampliado la pena de multa 5 veces su valor. Por otra parte, se ha contemplado la pena de muerte para delitos que no la tenían antes, con lo cual, se afecta la limitación impuesta, por el Pacto de San José, a los países signatarios.

En materia penitenciaria, se modificó el artículo 2 de la ley de redención de penas, limitando los beneficios penitenciarios para reos que sean condenados, entre otros delitos, por secuestro.

Estas reformas constituyen un intento por incorporar mecanismos de retorno al anterior sistema, motivadas fundamentalmente, por dar respuesta al fenómeno de la sensación de inseguridad ciudadana que impera en esta coyuntura política del país.

Es obvio que las constantes reformas que sufre el sistema de administración de justicia actúan negativamente en la consolidación del sistema de justicia penal, y, además, en la eficiencia de las instituciones vinculadas, entre ellas, al Ministerio Público.

2. PROBLEMAS FACTICOS QUE ENFRENTA LA CONSOLIDACIÓN DEL MODELO DE MINISTERIO PÚBLICO.

Desde 1994 se han realizado diversos estudios que han evidenciado los problemas que enfrenta el Ministerio Público para su consolidación orgánica.[142]

---

142 Los estudios realizados son: Modelo Básico del Ministerio Público. 1994. Diagnóstico de la situación actual del Ministerio Público. 1995. CREA/USAID. Estudio para el programa de reorganización del Ministerio Público. 1997.

Los problemas identificados van desde la carencia de recursos económicos hasta la falta de mecanismos que permitan operativizar el modelo normativo.

En definitiva, los problemas que hoy enfrenta, el Ministerio Público, para la consolidación de su modelo, son consecuencia, de que, en su momento, no se adoptaron las decisiones pertinentes para evitarlos.

Hay que tener en cuenta en este sentido que el Ministerio Público tuvo que asumir el ejercicio de la persecución y acción penal, sin un plan estratégico, que le permitiera asumir tales funciones.

En esto, es preciso resaltar, que, el código procesal entró en vigencia, tan solo, 45 días después de que fuera designado el Fiscal General, tiempo que lógicamente no podía permitir la adopción de una estrategia sólida para asumir las funciones que les delegaba el nuevo ordenamiento jurídico.

Por otra parte el cambio de sistema exigía un cambio cultural en los operadores jurídicos, el cual, hasta la fecha aún no se ha dado en su totalidad.

En definitiva los problemas que enfrenta el Ministerio Público para su consolidación pueden sintetizarse en 2 categorías. La primera referida a la función técnica, y, la segunda, a la actividad de la estructura administrativa.

2.1. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA ESTRUCTURA TÉCNICA.

2.1.1. TERGIVERSACION DEL MODELO ORGÁNICO.

Como se indicó en el capitulo IV, el fiscal general es la máxima autoridad del Ministerio Público, el cual, desde la transformación del sistema procesal penal y del modelo orgánico de la Institución, se ha encontrado sobrepasado por la tergiversación, que en la práctica ha sufrido el diseño de organización que establece la Ley Orgánica.

Esta tergiversación surge de la creación de 23 fiscalías de distrito en todo el país, o sea, la adopción de un modelo de organización refleja del organismo judicial, ya que, se instalaron las fiscalías distritales de acuerdo al lugar donde funcionaba un juzgado de primera instancia.

MINUGUA/PNUD. Estudio sobre funciones técnicas y administrativas del personal del Ministerio Público 1997. MINUGUA/PNUD.

Esto dio como resultado que, en muchas fiscalías, el fiscal distrital fuera el único que tenía legitimidad para ejercer la persecución y acción penal, ya que, las fiscalías estaban integradas en su mayoría con personal exclusivamente administrativo –oficiales-. Las consecuencias de este fenómeno se desarrollarán más adelante.

La incidencia negativa de este modelo orgánico, que se vincula con la actividad del Fiscal General, radica en el hecho de que el personal inmediato inferior superaba la capacidad del control jerárquico que podía y puede ejercer el jefe máximo de la institución, y, por tanto, la imposibilidad de este de adoptar con sus inferiores inmediatos criterios de política de persecución penal.

En esto, también hay que tener en cuenta que, normativamente, se concibieron 8 fiscales de sección, las que también dependen del Fiscal General.

Con dicha estructura, es imposible poder ejercer un control directo, y por ende, el control jerárquico del Fiscal General para con los Fiscales de Distrito y Fiscales de Sección, terminó por ser sustituido, formalmente, por estructuras administrativas que rompieron la dependencia jerárquica de la organización técnica.

De allí que la función del fiscal general se vea mediatizada por la estructura administrativa, y con pocas posibilidades de lograr la inmediación con el personal inmediato inferior –Fiscales de Distrito y Fiscales de Sección-.

Para solventar este problema los estudios que se han realizado sugieren la introducción de una escala jerárquica intermedia entre el Ministerio Público y los fiscales de distrito y de sección, que podría denominarse Fiscales Regionales. Esta escala intermedia vendría a descongestionar la dependencia jerárquica de los Fiscales de Distrito y de Sección, los cuales, se encontrarían subordinados al Fiscal Regional.

La introducción de esta categoría obviamente debe hacerse mediante la modificación a la Ley Orgánica del Ministerio Público ya que allí se establece taxativamente, quienes son los órganos que desempeñan funciones técnicas, y además, los niveles de dependencia jerárquica, importante para el sistema disciplinario y de instrucciones.

Otro de los problemas relacionados con el modelo orgánico, se encuentra referido a la forma en que se encuentran integradas las fiscalías distritales, en las cuales, en un principio, se privilegió la contratación de oficiales, en lugar de fiscales. Problema que se intenta revertir con el modelo de reorganización de las fiscalías distritales de todo el país.

2.1.2. CARENCIA DE LAS ESTRUCTURAS MINIMAS QUE ESTABLECE LA LEY DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA LAS FISCALIAS DE DISTRITO.

Este problema es importante mencionarlo dado que la Ley del Ministerio Público, establece que las fiscalías de distrito tendrán como estructura básica una oficina de atención permanente y una oficina de atención a la víctima.

Esta estructura hasta 1998 no existía en las fiscalías del interior del país.

Es con el programa de reorganización del Ministerio Público, aprobado por el Fiscal General en agosto de 1998, que se está implementado la estructura mínima, exigida por la Ley del Ministerio Público.

La importancia de la oficina de atención permanente surge a partir de que es el ente encargado de registrar todos los documentos que ingresan y egresan de la fiscalía. Así también, tiene como función la de servir de filtro del sistema y resolver los casos que no constituyen delito o que puedan resolverse inmediatamente.

La oficina de atención a la víctima tiene por finalidad brindarle asistencia inmediata a las personas que han sido afectadas por la comisión de un hecho delictivo, y, evitar que sean víctimas del sistema de administración de justicia.

2.1.3. SISTEMA DE TURNOS Y ASIGNACIÓN DE CASOS.

En la ciudad capital, hasta 1996, y, en el interior del país, hasta 1998, se estableció un sistema de turnos que responde a criterios homogéneos, para lograr hacer eficiente el ejercicio de la persecución penal.

En la ciudad capital el turno es de 3 días, y, a la agencia de turno le son asignados todos los casos que ingresan al sistema en dicho período, igual sucede en las fiscalías del interior, con la variación de que la duración del turno es de 1 mes.

El turno, según la regulación es de disponibilidad, esto significa que durante las horas y días inhábiles los fiscales de turno no necesariamente deben permanecer en la sede de la fiscalía.

Los criterios establecidos para la asignación de casos durante el turno son los siguientes:

a. La fecha de presentación de la denuncia ante el Ministerio Público.
b. La fecha de presentación de la denuncia ante autoridad policial.
c. La fecha de detención del imputado en caso de flagrancia.

d. La fecha de conocimiento del hecho delictivo por parte de la autoridad policial, cuando no haya detenido ni denunciante.
e. La fecha de presentación de la querella ante órgano jurisdiccional.
f. La fecha de la resolución que ordena la remisión de lo conducente al Ministerio Público, en aquellos casos en que la autoridad judicial, durante la tramitación de un proceso, advierte la comisión de un hecho delictivo.
g. La fecha de resolución de la inhibitoria del juzgado de paz.

Respecto de estos criterios opera como principio que, cuando concurra más de una de las circunstancias, deberá tomarse como fecha para la asignación del caso, la más antigua.

Los problemas que se advierten en el turno están orientados, fundamentalmente, a la ausencia del fiscal en la escena del crimen, en donde, en algunos casos, los oficiales, son los únicos que acuden, esto, primordialmente, en horas y días inhábiles.

La asignación de casos se hace directamente a la Agencia Fiscal, la cual, tiene procedimientos diversos para distribuir el trabajo dentro del personal de cada agencia.

Lo cuestionable del sistema interno de asignación de casos, es que, aún, se les está asignando casos a los oficiales, quiénes, están desarrollando tareas que de conformidad con la ley, le corresponden, con exclusividad, a los auxiliares fiscales.

2.1.3. SISTEMA DE REGISTRO DE CASOS.

Hasta la fecha la institución carece de un sistema de registros que le permita recopilar información confiable, no obstante, los esfuerzos que se han hecho para tal fin.

El sistema actual de registro se lleva a través del denominado "Libro de Registro único", el cual, está a cargo de los oficiales de fiscalía. Este sistema se pretende automatizar a través de un programa financiado por el PNUD, el cual abarca a las otras instituciones del sector justicia.

La importancia del sistema de registro y seguimiento de casos radica en la necesidad de fijar criterios de política criminal y poder establecer programas de crecimiento y desarrollo institucional a corto, mediano y largo plazo.

La falta de información es la causa que impide conocer con cierto de grado de exactitud el funcionamiento del sistema de justicia penal, y, además, el establecimiento de criterios de política criminal.

2.2. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA.

El modelo orgánico de la estructura administrativa ha sido sobredimensionado, bajo la dirección del fiscal general se han creado secretarías de diferente naturaleza, con lo cual, se distorsiona el modelo que establece la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Según dicha ley, el área administrativa se encuentra a cargo del Jefe Administrativo, quien debe desempeñar dichas tareas por delegación del Fiscal General.

Esta figura tenía como propósito descargar al Fiscal General de las tareas de administración. Lo cual, con el modelo actual no puede suceder, ya que cada secretaría funciona con autonomía y depende directamente del Fiscal General.

Por otra parte la figura del jefe administrativo debió desde el principio reflejarse en las fiscalías distritales, lo cual, recién ha sido asumido por plan de reorganización del Ministerio Público, a manera de descargar, a dichos fiscales, de las tareas administrativas que genera la fiscalía distrital.

En el área administrativa se evidencian problemas que van desde la falta de coordinación interna hasta la duplicidad de tareas cumplidas por distintas área de la administración.

En este sentido un aspecto que es de suma importancia se vincula con el sistema de reclutamiento y selección de personal.

En la actualidad aún existen problemas para configurar el proceso de selección mediante carrera, lo cual, incide también en el sistema de ascensos de personal.

En cuanto a los traslados de personal esta facultad, por delegación de la ley, corresponde realizarlos, al Fiscal General y a los Fiscales de Distrito y de Sección (71 LOMP),

Esta actividad administrativa no la realizan los fiscales distritales en virtud de que dichas fiscalías concentran, la mayor de las veces, todo el personal en las cabeceras departamentales.

De esta cuenta el sistema de traslados se define desde la administración central que depende del Fiscal General, en donde, el personal es traslado de una fiscalía a otra.

El Fiscal de Distrito, para este sistema de traslados, por regla general, no tiene participación alguna, en ocasiones se entera que un miembro de su fiscalía es trasladado a otra, cuando llega la decisión de la administración central, o, le es comunicada la decisión por la persona que ha sido trasladada.

Esta falta de participación del Fiscal de Distrito en la definición de los traslados, de una fiscalía a otra, ha generado, al interior de las fiscalías, vacíos de personal y sobrecarga de trabajo en otros fiscales.

Según los estudios realizados sobre el funcionamiento del sistema de traslados, se puede determinar, que previo al traslado no existe una medición del impacto que este tiene al interior de la fiscalía de donde es sustraída la persona trasladada; así también, se evidencia la carencia de un sistema transparente de traslados del personal, lo cual, puede permitir que sea fácilmente manipulable.[143]

De hecho en algunas ocasiones el sistema de traslados a operado como un mecanismo de sanción administrativa, lo cual desnaturaliza esta institución, y, además, el problema es transferido a otra región.

Un problema que es evidente en la administración es que, ésta, no ha internalizado que su función, debe tender a favorecer la actividad de los fiscales y no a entorpecerla.

En definitiva, la falta de configuración del modelo orgánico definido por la Ley Orgánica del Ministerio Público, genera como consecuencia problemas en el ejercicio de la persecución y acción penal pública, en la cual, se ve afectada la población que es usuaria del sistema de administración de justicia.

3. PROBLEMAS QUE AFECTAN AL MINISTERIO PÚBLICO EN EL EJERCICIO DE LA PERSECUCIÓN Y ACCIÓN PENAL.

3.1. ARBITRARIEDAD EN LAS DETENCIONES POLICIALES.

La actividad policial en las detenciones constituye uno de los principales problemas del sistema de administración de justicia. Del total de detenciones que se practican en el país, el 95% constituyen detenciones policiales, y, únicamente el 5% son detenciones ordenadas por juez competente,[144] lo que evidencia, un sistema

---

143 Informe "Análisis de las Funciones Administrativas y Técnicas del Personal del Ministerio Público. 1997.

144 Informe presentado por el ICCPG a la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia. 1997.

penal que opera a partir de la selección de conductas que hacen las fuerzas de seguridad, y no, como producto de un proceso de investigación.

Al respecto es importante tener en cuenta que del total de detenciones policiales, el 98% por ciento constituyen detenciones arbitrarias en las cuales se ha fraguado la flagrancia o el delito.[145] No obstante este índice de detenciones arbitrarias, es preciso resaltar, que por regla general, los jueces no operan como contralores de legalidad, y, decretan, la prisión preventiva.

El impacto de estos casos en la eficiencia de la persecución penal es de dos tipos: en primer lugar genera una saturación de casos que deben ser resueltos en un plazo perentorio por el ministerio público, quién, se encuentra obligado a formular requerimiento conclusorio del procedimiento preparatorio –3 meses, según el artículo 324 bis del CPP-; y, en segundo lugar, como producto de las detenciones arbitrarias se produce, un considerable número de casos que no tienen viabilidad jurídica dentro del proceso penal, dado que, en muchos casos, la detención arbitraria produce la ilegalidad de la prueba, y, por tanto, el fiscal no puede ofrecer esos medios de prueba para fundar una decisión judicial (183 CPP); y, además, en el eventual caso de que se ofrecieren, el juez no los podrá valorar, ni fundar resolución judicial alguna (281 CPP). No obstante, estos límites, la regla general, es la ratificación, por parte del juez, de la detención realizada por las fuerzas de seguridad.

En consecuencia, al no darse el control inicial de la legalidad de la detención, no solamente, se está saturando el sistema, sino se le hace pagar un costo a la persona detenida, por fuera, de los límites que establece el ordenamiento jurídico, con lo cual, se está imponiendo una práctica judicial heredada del sistema anterior.

Otro aspecto que hay que tener en cuenta con la detención policial, se encuentra relacionado con la calidad de las conductas seleccionadas por la policía, en este sentido, es ejemplar el hecho de que, el 8.8%, de personas detenidas preventivamente, lo estén por posesión para el consumo, el 1.7% por portación de arma blanca, el 4% por portación de arma de fuego, el 2.5% no está identificado, el 2.1% por daños y el 5.2% por hurto.

Estos conflictos, según la regulación del código procesal penal bien pueden resolverse por mecanismos alternos al proceso común.[146]

Lo anterior se agrava si se considera que en este tipo de delitos el parte policial, por regla general, indica, como motivo inicial de la detención, que: "la

---

145 Diagnóstico del Servicio Público de Defensa Penal. ICCPG/MINUGUA.1996.

146 Informe sobre la Normatividad y la Práctica de la prisión preventiva. ICCPG/PNUD. 1998.

persona se conducía sospechosamente". Es obvio que, esta justificación, vulnera el principio de legalidad penal (17 CPR) y el de libertad de acción (5 CPR). En el caso de los delitos contra el patrimonio, es frecuente encontrar, en los partes policiales como motivo de la detención, además, de conducirse sospechosamente, el hecho de que la persona no demuestre la propiedad del bien. Con está práctica se está dejando de lado el principio contenido en el código civil que establece que la propiedad se presume respecto de su legítimo tenedor (617 CC), así como, el elemento característico de los delitos contra este tipo de delitos, en los que, la discusión se da sobre la propiedad del bien mueble, lo que exige, la existencia de una persona que haya sido afectada en su patrimonio.

Con relación al perfil de personas detenidas, la actividad policial se orienta, a aquélla, más vulnerable económica y socialmente. El 30% de los privados de libertad, antes de su captura, recibía un ingreso menor de Q.400.00 al mes; el 17% menos de Q.600.00 y el 10% menos de Q 800.00. Esto indica, que el 60% de los privados de libertad, percibían ingresos menores de Q800.00 al mes.

En lo que se refiere a la instrucción, únicamente, el 1% tenia instrucción universitaria; el 30% no terminó la escuela primaria y el 22% no recibió ninguna instrucción, y. el 25%. reconoció no saber leer y escribir.

Con relación a las actividades económicas, a las que, se dedicaban antes de su detención, el 21% se refirió que realizaba tareas del campo; 18% eran obreros de la construcción; 18% realizaba trabajos informales; y el 5% reconoció estar desempleado.[147]

En consecuencia, si se toma en cuenta el nivel de arbitrariedad de la detención policial, en comparación con el perfil de las personas detenidas, se puede concluir: que el sistema penal está orientado a penalizar la pobreza en forma desmedida, y por lo tanto, el poder punitivo del Estado se orienta con mayor fuerza en contra de las personas más desposeídas del país, en tanto, se dejan de perseguir las conductas de cuello blanco, y que, la mayor de las veces, producen o han producido mayor daño social.

La detención policial entonces está funcionando de una manera desproporcionada, la cual se utiliza, además, como un mecanismo de control social para un sector determinado de la población.

En esto hay que tener presente que la responsabilidad de está práctica ilegal, y, que es constitutiva de delito, es responsabilidad, también, de los jefes de las fuerzas de seguridad, quienes según reportes de prensa, le han fijado a los agentes

---

147 Cf. Diagnóstico del Sistema Penitenciario. Cit.

de policía un porcentaje de registros diarios tanto de personas, como de vehículos, incluso, una cuota de capturas.

Es obvio, que con esta política, de las fuerzas de seguridad, las posibilidades de hacer racional el sistema penal y orientarlo a las conductas más graves, constituye, una tarea difícil, por no decir, imposible, y, en consecuencia, no puede exigirse eficiencia en la persecución penal, mas esto no excluye la responsabilidad, del Ministerio Público, en las prácticas ilegales que realiza la policía, dada la subordinación que le deben las fuerzas de seguridad, y, su obligación constitucional de ser el contralor de legalidad (251 CPR).

3.2. LA FALTA DE INMEDIACIÓN EN LA PRIMERA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO.

Otro de los problemas que genera ineficacia en la persecución penal, se encuentra ligada a la mediatización, de los operadores claves del sistema de justicia, con relación a la recepción de la primera declaración del imputado, en donde, es por demás decir, que se vulneran, por regla general, todos los derechos y garantías que la constitución y el ordenamiento jurídico le otorgan a la persona sindicada de un hecho delictivo.

La declaración del imputado, en la práctica, se viene desarrollando como un mero formalismo, que no respeta las reglas establecidas en la ley para su recepción, ni las garantías contenidas en la constitución y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, los cuales, según el artículo 46 de la Constitución tienen preeminencia sobre el derecho interno.

La violación a las normas contenidas en la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos se da desde el momento en que se le quita a los jueces de paz la facultad de resolver la situación jurídica de los imputados, pero no, la de recibir la primera declaración.

Al respecto, es de resaltar que según la Constitución y los Tratados Internacionales en la materia, estipulan, como garantía para la persona, "el ser puesto a disposición de un juez, cuando sean detenidos, para que resuelva su situación jurídica", lo cual, según las modificaciones introducidas por el decreto 32-96 y 79-97 del Congreso de la República, no es competencia de los jueces de paz, por lo tanto, tampoco podrían ser competentes para tomar la primera declaración, dado que no pueden hacer mérito sobre la legalidad de la detención.

En la práctica este problema se ha intentado solventar de la forma siguiente: el juez de paz recibe la primera declaración dentro del plazo de las 24 horas siguientes a la detención, y, posteriormente, el juez de primera instancia emite el auto de prisión, el cual, en un considerable número, no se dicta dentro de los plazos legales.

Esta práctica rompe todos los esquemas de un sistema de justicia propio de los Estados Democráticos de Derecho, dado que vulnera la garantía del detenido a que el juez resuelva inmediatamente su situación jurídica.

Por otra parte, en cuanto al acto e la primera declaración, en donde es requisito que se informe al imputado el hecho que se le imputa y los medios de prueba que fundamentan la imputación, en ese momento, tiene por objeto, no solo, la posibilidad de que el imputado ejerza su derecho de defensa, sino, que el juez verifique la legalidad de la captura.

En la actividad judicial, por regla general, la imputación no se encuentra sustentada en medios de prueba, sino sólo en el parte de policía, el cual, por demás está decir, no constituye prueba alguna, ya que es, el medio por el cual se pone en conocimiento un hecho delictivo, y, las diligencias que ha practicado la policía en casos de urgencia (304 y 305 CPP). En consecuencia, la verificación de la legalidad de la detención no puede realizarse y debiera operar en este caso el in dubio pro reo. No obstante lo anterior, se procede a la recepción de la primera declaración.

Con respecto a este acto, lo realiza el oficial del juzgado, sin la presencia del juez, quien está obligado a recibirla, ni del fiscal, que tiene la obligación de acudir a la misma, no solo para controlar la legalidad del acto, sino para requerir la aplicación o no de una medida de coerción, si fuere procedente. Así también, en muchos casos la primera declaración se recibe sin la presencia de un abogado defensor.

El efecto jurídico de una declaración, recibida en estas condiciones, es que no puede ser utilizada para fundar, en caso de procedencia, una medida de coerción (14, 281 y 283 CPP), así también, la hace inútil para ser reproducida en el juicio (370 CPP).

Como se indicó en el apartado anterior, en la práctica, es común que una vez practicada la detención, se ratifica la prisión preventiva, con lo cual, inician a correr los plazos para que el Ministerio Público requiera el acto conclusorio del procedimiento preparatorio, el cual, es de 3 meses si la persona está sujeta a prisión preventiva y de 6, si está bajo medida sustitutiva.

Si a lo anterior se le adiciona el hecho de que el fiscal no está presente en la primera declaración, y, que, en un representativo número de casos el expediente le llega ya que han transcurrido 1 o 2 meses después de la resolución que impone la medida de coerción, es lógico que se tenga como resultado que, el fiscal, requerirá, un sobreseimiento o una clausura provisional, lo que explica el porqué, la mayoría, de casos, salen del sistema, por estos mecanismos.[148]

---

[148] Cf. Programa de Reorganización y Regionalización del Ministerio Público. 1998. Evaluación de la fiscalía Metropolitana. 1999.

Esto muestra el grado de ineficacia en la persecución penal, pero más que esto, una práctica judicial que considera que únicamente hay proceso penal, cuando la persona se encuentra vinculada mediante una medida de coerción, lo cual, es errado.

La práctica enunciada en el párrafo anterior se sustenta, además, con el hecho de que del total de casos que aparecen reportados, en el Ministerio Público, un 70%, no tienen una salida formal del sistema.[149]

Finalmente, es importante tener en cuenta que la primera declaración del imputado debe realizarse mediante una audiencia en la que estén presentes los sujetos procesales, excepto el agraviado, salvo que lo autorice el sindicado. Esto por la importancia del acto, y, que, luego de la misma, el fiscal, es el único, que puede requerir la imposición o no de una medida de coerción, esto por mandato constitucional, ya que le corresponde el ejercicio de la acción penal (251 CPR), y, la misma, se ejerce en todo el proceso penal.

3.3. LA PRESENTACIÓN DE LOS IMPUTADOS ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.

Una de las prácticas policiales que merecen ser cuestionadas con mayor fuerza, no sólo por la vulneración al principio jurídico de "estado de inocencia" sino por las consecuencias de afectación a la investigación, es la presentación, de las personas detenidas, a los medios de comunicación.

Dicha práctica policial, se ha venido utilizando como un medio publicitario de eficiencia en la actividad desarrollada por las fuerzas de seguridad, en su aparente, "lucha contra la delincuencia", además, como un medio para desacreditar de alguna forma a los otras instituciones del sector justicia bajo el argumento de que "la policía captura a los delincuentes" y las otras instituciones los dejan libres.

Está política de las fuerzas de seguridad hacen nula la posibilidad de desarrollar un reconocimiento en fila de personas, dado que, al aparecer publicada la fotografía de la persona en los medios de comunicación, se está viciando esta diligencia que debe reunir los requisitos de una prueba anticipada.

La practica de este medio de prueba es importante en casos como la violación o el secuestro, en los que, muchas veces no existen otros testigos ni otros medios de prueba que puedan demostrar la participación de la persona, en el hecho delictivo, y aún, y, cuando no sea esencial, se le está vedando al Ministerio Público la

---

149 Cf. Programa de Reorganización y Regionalización del Ministerio Público. Cit.

posibilidad de practicar un medio de prueba que puede ser de utilidad para el juicio, con lo que, se pone en crisis la eficacia en el ejercicio de la acción y persecución penal.

3.4. LA FALTA DE SUBORDINACIÓN DE LA POLICÍA Y FUERZAS DE SEGURIDAD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN.

La falta de subordinación de la policía al Ministerio Público cuando realiza tareas de investigación es, sin lugar a dudas, uno de los problemas principales que afectan la eficiencia en la persecución y acción penal pública.

Este problema no sólo hay que abordarlo desde la perspectiva de la resistencia de las fuerzas policiales a tal subordinación, sino de la incapacidad de los fiscales para hacerla operativa.

En lo que respecta a la resistencia de las fuerzas de seguridad a subordinarse al Ministerio Público, se puede decir, que éstas realizan tareas de investigación en forma autónoma, por fuera del conocimiento de los fiscales, lo cual, les está vedado por el ordenamiento jurídico del país.

La incidencia en el proceso de esta práctica de las fuerzas policiales es negativa, ya que, se pueden estropear medios pruebas que son determinantes para demostrar el hecho delictivo en el juicio.

En este sentido, es preciso recordar que es al fiscal, a quien corresponde demostrar, en el proceso penal, la responsabilidad de las personas sindicadas de un hecho delictivo, y, que, además, esa demostración tiene ciertas reglas. Es decir, no se pueden utilizar medios de prueba que hayan sido obtenidos mediante un procedimiento ilegal o violando el sistema de garantías que contiene la Constitución y los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos.

A eso obedece que la policía y las fuerzas de seguridad tengan vedada la posibilidad de realizar investigaciones autónomas, en virtud, de que todo hecho delictivo debe ser probado por medios obtenidos legalmente y sin que violen derechos y garantías de las personas.

Por otra parte, las diligencias que practique la policía en forma autónoma no pueden incorporarse al proceso, salvo que las mismas, sean obtenidas en casos de urgencia, lo cual, también puede ser objetado.

La falta de capacidad del Ministerio Público para hacer operativa la subordinación de las fuerzas de seguridad, deviene de la cultura funcional heredada del anterior sistema, y, además, es consecuencia de que, en muchos casos, la investigación es dirigida por personal no legitimado normativamente para llevar adelante la investigación –oficiales-.

En definitiva, la infuncionalidad, en la práctica, de la subordinación de las fuerzas de seguridad, legitimadas para realizar tareas de investigación, deja a los fiscales sin la posibilidad de realizar una tarea de investigación eficiente, dado que la institución no cuenta con legitimidad para tener investigadores en la institución, los cuales, además, no debe tener dada la función técnica que debe desempeñar el Ministerio Público en el proceso penal.

Al respecto, el Ministerio Público, según la Constitución y la Ley Orgánica de la institución, está concebido como una institución, cuyo personal principal debe ser experto en el derecho.

El auxilio de la policía es fundamental para que los fiscales puedan recopilar los medios de investigación, ya que, de lo contrario, sería como un cuerpo sin extremidades.

3.5. CARENCIA DE EXPERTOS Y LABORATORIOS PARA LA REALIZACIÓN DE PERICIAS.

Una de las carencias del sistema de administración de justicia, es la falta de expertos en distintas ramas de las ciencias criminalísticas, así como, de laboratorios adecuados para la práctica de muchas de ellas, con lo cual, aún y existiendo peritos, las mismas, no se pueden realizar.[150]

Debido a eso muchos casos complejos no pueden ser esclarecidos, lo que tiene como consecuencia la impunidad de hechos que, con expertos calificados y laboratorios idóneos, podrían esclarecerse.

Obviamente no se puede exigir una buena sustentación de la acusación o de la condena, si hacen falta medios de prueba para demostrar los hechos y la participación de la persona. En muchos casos, esta sustentación se logra, únicamente, con la práctica de medios de investigación científicos, dada la complejidad de los casos, y, la ausencia de otros medios de prueba.

Otro de los problemas que afronta la investigación criminal se vincula con la centralización de los laboratorios en la capital, y, además, con el hecho de que no en todos los departamentos existen medios para recopilar evidencias que posteriormente podrían ser analizadas por los peritos.

Esto explica, por qué, en muchos casos se pierden elementos de prueba importantes para la investigación, fenómeno que se da, con mayor frecuencia, en el

---

150 Para mayor información sobre los laboratorios que operan en el país. Cf. El Manual del Fiscal. 1999.

interior del país, lo que no excluye, las carencias con que cuentan los fiscales en la ciudad capital.

3.6. RITUALISMO Y FORMALISMO EXCESIVO EN EL PROCESO PENAL Y DEFICIENTE RESGUARDO DEL SISTEMA DE GARANTIAS.

El exceso de ritos y formalismos se ve reflejado en la forma en que es llevado el expediente, en el cual, la excesiva burocracia se impone ante el contenido y resguardo del sistema de garantías, con lo que, se produce como fenómeno la producción excesiva de documentos que, en muchos casos, no tienen relevancia para el caso.

El rito se ha convertido, al menos, en la etapa preparatoria, en uno de los principales problemas que enfrenta el sistema de administración de justicia, en donde, las actas hacen constar la presencia del Agente Fiscal en actos de investigación en los cuales, en la realidad, no participa, tal es el caso de la recepción de declaraciones testimoniales, o, en las diligencias de investigación en la escena del crimen. Diligencias que son practicadas, en la mayoría de los casos, por personal no legitimado para realizarlas –oficiales-.

El mismo fenómeno se da en la actividad judicial, en donde, la primera declaración del imputado, es tomada por el oficial del juzgado, sin la presencia del juez, e, incluso, las resoluciones judiciales son emitidas por dicho personal, el cual, en el mejor de los casos consulta, al juez, la decisión que va a adoptar.

Con estos ejemplos se evidencia el sacrificio del sistema de garantías en eventos importantes que son determinantes para el curso del caso, lo que genera, la mediatización de los operadores claves del sistema de justicia –jueces y fiscales-, con relación, a los procesos, y, terminan, por estar supeditados a la actuación que desarrollan los oficiales y al rumbo que quieran darle al caso.

Lo anterior genera que el sistema de justicia se convierta en una actividad administrativa y no judicial, en el que, la responsabilidad se diluye en la estructura administrativa, y, los operadores claves del sistema, se encuentran esclavizados al expediente, que por demás está decir, no han construido.

Precisamente, la subordinación a las actuaciones, que han practicado los oficiales, evidencian, la falta de una estrategia sólida, en el juicio, y, por lo tanto, las debilidades en la sustentación de los hechos por los cuales se acusa a una persona.

De allí, la importancia de que sea el fiscal, el que reciba las declaraciones testimoniales, solamente él, puede determinar si el testimonio es relevante o no para el caso, y, en el supuesto de que no lo sea, obviamente, no es necesario que

la reciba, basta con que deje constancia de los motivos por los cuales no lo tome. Así también, la importancia de que el fiscal acuda a la escena de un crimen, tiene por objeto que se levanten evidencias que pueden ser determinantes para el esclarecimiento del hecho, y, para la formulación inicial de la hipótesis de investigación.

En igual forma, la inmediación de los jueces en la primera declaración permite verificar la legalidad de la misma, y, evitar, no sólo arbitrariedades en la imposición de medidas de coerción, sino, además, no permitir la saturación de casos en el sistema, como producto, de la imposición de medidas restrictivas de derechos para asegurar la presencia del imputado en el proceso, en casos, que no lo ameritan por no ser constitutivos de delitos, o, porque no se dan los presupuestos contenidos en la constitución y la ley.

En cuanto a las resoluciones judiciales estas se dan, por regla general, como producto de una petición por escrito de los sujetos procesales, lo cual, crea una burocracia excesiva que le quita celeridad a las decisiones, y en este caso, para nadie es un secreto que se fragua la fecha en que, las mismas, se emiten. Este fenómeno se da como consecuencia de los plazos que fija la ley para emitirlas, los cuales no sólo, no se respetan, sino que, además, las mismas son emitidas por personas distintas al juez, lo cual, sustancialmente, le quita validez a las mismas.

Otro aspecto que se puede citar, con relación a los ritos, es la excesiva intervención del órgano judicial en la etapa preparatoria, ya sea en la práctica o autorización de tareas que las puede desarrollar el fiscal sin la presencia del juez.

Al respecto, en muchos casos se requiere al juez que escuche testigos, o bien, que ordene la práctica de pericias, lo cual, en la etapa preparatoria le corresponde al fiscal, y, excepcionalmente, sólo, en los casos de prueba anticipada, son facultad de los jueces.

Esta intervención excesiva de los jueces en la primera fase del proceso contamina su imparcialidad, y, además, genera un desgaste de la actividad judicial que lo aleja de su función contralora del respeto al sistema de garantías en la etapa de investigación.

Las practicas enunciadas en este apartado son consecuencia de la influencia cultural del sistema anterior, en el cual, el juez de instrucción era el centro de la investigación, y, el Ministerio Público, no tenía ningún papel protagónico.

3.7. FALTA DE UTILIZACIÓN DE LOS MECANISMOS ALTERNOS AL PROCESO COMÚN.

El Código Procesal Penal ha establecido mecanismos alternos al proceso común que permiten descongestionar el volumen de casos que ingresan al sistema de justicia penal, y, resolver los conflictos de acuerdo a su naturaleza, los intereses de las partes, y, a la posibilidad de la víctima, de asumir el ejercicio de la acción penal; ya sea, por la facilidad de acceso a los medios de prueba o por la característica del conflicto, en el cual, prima, un interés, más particular que público.

Instituciones como el criterio de oportunidad y la suspensión condicional de la persecución penal rescatan, en mayor medida, los intereses del imputado y de la víctima, en el que el Estado privilegia la reparación del daño con relación a la sanción punitiva.

De las dos instituciones antes nominadas, es el criterio de oportunidad, el que le da mayor participación a la víctima, quién tiene que prestar su consentimiento para que se aplique esta figura, y, además, el imputado se encuentra obligado a reparar el daño.

Los supuestos en los cuales se puede aplicar el criterio de oportunidad son (25 CPP):

1. Que los delitos no sean sancionados con pena de prisión.
2. Que los delitos sean perseguibles por instancia particular.
3. Que la pena máxima contemplada para los delitos de acción pública no supere los 5 años.
4. Que la responsabilidad del sindicado o su contribución a la comisión del delito sea mínima
5. Que el imputado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias del delito, en el caso de los delitos culposos; y,
6. Que los cómplices o autores del delito de encubrimiento presten declaración eficaz en contra de los autores de delitos contra la salud, defraudación, contrabando, delitos contra la hacienda pública, la economía nacional, la seguridad del Estado, la constitución, el orden público, la tranquilidad social, cohecho, peculado, negociaciones ilícitas y plagio o secuestro.

De estos supuestos, como ya se indicó, el numeral 6 afecta el principio de independencia judicial ya que, el juez, se encuentra obligado a aplicarlo y decretar de oficio el sobreseimiento, por otra parte, es contraproducente que el Estado incentive la figura del delator, y, sacrifique el sistema de garantías, y, dentro, estás la de juicio previo y presunción de inocencia.

En la práctica judicial, este último supuesto, no es aplicado con mucha frecuencia. En si su regulación obedeció a un caso particular de contrabando y defraudación tributaria, pero no a un diseño de política criminal coherente con los principios del Estado Democrático de Derecho.

Con relación a los otros supuestos, se ha evidenciado que existen problemas de aplicación en lo que se refiere a los delitos cuya acción está supeditada a instancia particular, y, en los que, la pena máxima que contempla el delito no supera los 5 años, así como, la falta de aplicación, en los casos en los que la responsabilidad o la contribución del sindicado es mínima.[151]

Los problemas de aplicación, en los delitos cuya acción depende de instancia particular, obedecen a una práctica heredada del sistema anterior, en el cual, la víctima tenía que presionar al poder judicial para que impulsara el trámite del caso, y si esta desistía, el proceso concluía.

Esta misma práctica judicial ha sido adoptada en el Ministerio Público, en donde, se acepta el desistimiento de la víctima en este tipo de delitos, y, el proceso se archiva ilegalmente. Se dice que el archivo es ilegal porque según la legislación procesal, este tipo de delitos, únicamente, pueden egresar del sistema,, por fuera de los procedimientos ordinarios, por la aplicación del criterio de oportunidad, la conversión y la suspensión condicional de la persecución penal.

En lo que respecta a los casos cuya pena máxima contemplada para el delito no supere los 5 años, la actividad de los fiscales se circunscribe a remitirse a la parte especial del código penal, y verificar la pena correspondiente, sin entrar a valorar disposiciones de la parte general relativas a la pena que debe aplicarse a los cómplices o en los casos de delitos en grado de tentativa, cuya pena se reduce en una tercera parte, en sus mínimos y máximos.

La falta de aplicación del criterio de oportunidad en los casos en que la responsabilidad o la contribución a la perpetración del delito, por parte del sindicado sea mínima, surge del nivel de abstracción que requiere la aplicación de estos supuestos, los cuales remiten a un análisis en concreto, del caso, sobre el grado de culpabilidad y de participación de la persona.

En consecuencia puede existir responsabilidad mínima cuando el reproche de la conducta que puede hacerse al imputado, por su conducta delictiva, es de una magnitud insignificante, dados los motivos por los cuales cometió el hecho, sin que por ello, opere una causa de justificación o inculpabilidad. Es el caso de la persona hambrienta, que en un supermercado sustrae comida, para alimentarse,

---

151 Cf. Informe de Evaluación de la Fiscalía Distrital de Guatemala. 1999.

pero esto no configura un estado de necesidad; y, existirá participación mínima cuando la contribución del inculpado, es intrascendente para la comisión del hecho delictivo, es decir, que su actuar no es determinante para la consumación del mismo.

Los problemas que se han encontrado en la aplicación de la suspensión condicional de la persecución penal, obedecen a una interpretación errónea por parte de los abogados litigantes en el sentido de considerar que la aceptación de los hechos, es igual, a la aceptación de "culpabilidad".

Esta interpretación es consecuencia, también, de la práctica judicial del sistema anterior, en la que, se contemplaba "la confesión del imputado", la cual bastaba, para una condena.

En sí, el código procesal penal vigente, no establece "la confesión del imputado" para la imposición de una sentencia condenatoria, ya que, la operativización de la garantía de juicio previo y el principio "onus probandi", requieren necesariamente que el hecho que se imputa al sindicado, sea demostrado por quien tiene la carga de la prueba, en este caso, el Ministerio Público y el Querellante, con lo cual, la aceptación de los hechos es un requisito que opera, únicamente, para la aplicación de esta institución, y el procedimiento abreviado, sin que esto signifique declaración de culpabilidad.

En este sentido, por ejemplo, si el juez rechaza la aplicación de la suspensión condicional de la persecución penal, el acto de haber aceptado los hechos no puede ser usado en contra del imputado, ya que también, se afectó la garantía a declarar libremente (16 CPR).

La conversión de la acción, que es un mecanismo que tiene por objeto delegar en la víctima el ejercicio de la acción penal pública, dado que, ésta, tiene mayor acceso a los medios de prueba, por la naturaleza del delito, o por el interés en juego; es un mecanismo, que no se utiliza por la aprehensión de los fiscales a los casos, en los cuales, muchas veces, consideran que, en todos los casos, existe un interés público comprometido; o bien, porque la víctima considera que es obligación del Ministerio Público perseguirlo, con lo cual, se hace daño la víctima dado que el fiscal no puede llevar el proceso a un ritmo adecuado, y se hace daño el fiscal que se satura de casos.

Estos problemas que han sido enunciados se ven reflejados en las estadísticas del Ministerio Público, en las que, se evidencia la falta de aplicación del criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal, procedimiento abreviado y conversión es bajo, y no superan el 6% de los casos que egresan del sistema.[152]

---

[152] Para un estudio más profundo de estos datos es importante remitirse a la

Por ello, se puede afirmar, que, en la práctica, no se está privilegiando la ɔlución de los conflictos, sino el castigo, ya que, la mayoría, de casos se llevan por procedimiento común, lo que, además, genera niveles altos de ineficiencia, que se aducen en impunidad.[153]

También, es importante resaltar, que en los casos en que se aplican los ıecanismos alternativos al proceso común, muchas veces, se hace tardíamente ados los niveles burocráticos y la falta de inmediación de los operadores claves del istema de justicia en la solución de los conflictos penales.

La aplicación oportuna de los mecanismos alternos al procedimiento común, demás, de descongestionar el sistema de justicia, evitan que el conflicto se agrave, , la víctima sea resarcida oportunamente.

.8. INVERSIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD REFERIDO AL PODER DISPOSITIVO DE LA PERSECUCIÓN Y ACCIÓN PENAL PÚBLICA.

No obstante, el ordenamiento jurídico del país obliga al Ministerio Público a ɔjercer la persecución y acción penal en los delitos de acción pública y en aquellos ıue requieren instancia particular una vez que el agraviado a puesto en ɔonocimiento el hecho delictivo, el sistema de justicia penal, en la práctica, opera de ɔrma inversa, es decir, el proceso penal avanza en la medida en que existe un ıgraviado que requiere que el proceso sea diligenciado, de lo contrario el caso ıueda en un estado de archivo de facto, comúnmente llamado "sobreaveriguar".[154]

Esta práctica, aunada a la errónea concepción de que existe proceso cuando ıay una persona sujeta a medida de coerción ha generado que cerca del 70% del

---

memoria de labores del Ministerio Público de los años 1995, 1996, 1997, 1998 y 1999. Así como a los informes de evaluación de la Fiscalía Metropolitana de 1999, y de Reorganización y Reestructuración del Ministerio Público de 1998.

153 Del total de casos ingresados a la fiscalía metropolitana desde enero de 1995 hasta diciembre de 1998 han egresado por criterio de oportunidad el 4.75%, por suspensión condicional de la persecución penal el 0.20%, por procedimiento abreviado el 0.64%, por conversión de la acción pública en privada el 0.18%, por desestimación 4.74%, archivo 17.89%, clausura provisional 3.52% y sobreseimiento 6.92%. Cf. Evaluación de la Fiscalía de Guatemala. 1999.

154 Cf. Análisis de las Funciones Técnicas y Administrativas del Ministerio Público. 1997.

total de casos que ingresan anualmente al sistema de justicia no tengan una solución.

Por otro lado se incumple el derecho de las víctimas a la justicia (2 CPR), y la obligación del Estado –en este caso el Ministerio Público- a perseguir todas las conductas delictivas, o al menos, que sean resueltas dentro de los límites establecidos en el ordenamiento jurídico.

Como ya se ha dicho, esta práctica que también es consecuencia de la forma en que funcionaba el sistema anterior, no ha permitido la consolidación del sistema del sistema de administración de justicia que actualmente se encuentra vigente.

Por otra parte, es también, causa de las críticas y señalamientos de ineficiencia que a través de los medios de comunicación social se le hacen a las instituciones vinculadas al sistema de administración de justicia.

Al punto en el que se ha desarrollado este capítulo, puede afirmarse que la inversión del principio de legalidad tiene multiplicidad de causas, las que van desde la falta y mala distribución de recursos y las prácticas heredadas del anterior sistema, hasta, la errónea interpretación conceptual del modelo de justicia que se encuentra operando en el país.

3.9. DECISIONES DE POLÍTICA CRIMINAL PROPIAS DE ESTADOS AUTORITARIOS.

Paradójicamente con el proceso de construcción del Estado Democrático de Derecho iniciado en 1985, el cual, se vio reforzado, con la firma de los acuerdos de paz, en diciembre de 1996, las decisiones político criminales que se han adoptado en el país, han correspondido más a un modelo autoritario de ejercicio del poder, que, al fortalecimiento del sistema democrático de derecho.

Esta afirmación se hace fundado, en especial, a partir de las decisiones de los poderes legislativo y ejecutivo que han sugerido y adoptado decisiones que se orientan a generar una mayor represión ante la sensación del aumento de los niveles de violencia social.

En este sentido, llama la atención que, es precisamente, en este periodo en el cual, ha cobrado vigencia la discusión sobre la aplicación de la pena de muerte y su regulación para supuestos delictivos que no los contemplaban con anterioridad a la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por otra parte, la pena máxima de prisión se ha incrementado de 30 a 50 años, lo cual, es una muestra de violación a los fines de la pena contenidos en la Constitución Política de la República (19 CPR).

En cuanto a las decisiones del poder ejecutivo se ha magnificado la intervención del ejército en la seguridad interna y el fortalecimiento de los cuerpos de inteligencia militar para intervenir en la investigación de delitos, cuya competencia, debe ser de las fuerzas de seguridad civil, siempre, bajo la dirección del Ministerio Público.

Así también, las instituciones vinculadas a la administración de justicia se han visto incapacitadas de fijar criterios de política criminal, que correspondan, con el modelo de administración de justicia adoptado, a partir de la vigencia del código procesal penal, en 1994.

Esta incapacidad que es generada por los múltiples problemas que enfrentan las instituciones relacionadas con la justicia, la cual, no es casual, dado que en el pasado, dichas instituciones, no tuvieron un papel protagónico en la solución de los conflictos sociales y nacionales, constituye el principal problema para construir un verdadero Estado de Derecho, en el cual, el poder judicial subordine la arbitrariedad de los otros poderes del Estado, y, contribuya a disminuir los niveles de violencia social.

De esta manera, el fortalecimiento de las instituciones de la administración de justicia, en general, y, del Ministerio Público, en particular es esencial para consolidar un sistema de persecución penal, que sea adecuado, a los principios de un modelo de justicia, propio de los Estados Democráticos de Derecho.

CONCLUSIONES

1. En las sociedades en las cuales el ejercicio del poder se encuentra centralizado, la existencia de un órgano, encargado de la persecución penal pública se hace innecesaria.

2. El Ministerio Público debe organizarse a partir de la forma en que se encuentra estructurado el ejercicio del poder Estatal.

3. En los Estados Democráticos de Derecho el Ministerio Público debe contar con autonomía funcional para definir los criterios políticos de persecución penal, en los espacios discrecionales que deja el ordenamiento jurídico.

4. En un Estado Democrático de Derecho el Ministerio Público debe ser el titular de la acción y persecución penal pública, a efecto, de que se hagan operativas las garantías que establece el orden constitucional para el ejercicio del poder punitivo y coercitivo del Estado.

5. En los Estados Democráticos de Derecho es imprescindible la participación de la víctima y el control ciudadano en el ejercicio de la persecución y acción penal pública.

6. Los principios fundamentales que deben regir al Ministerio Público en un Estado Democrático son: la autonomía funcional, independencia técnica de los fiscales, subordinación de las fuerzas de seguridad al Ministerio Público y el control ciudadano sobre la actividad del Ministerio Público.

7. El Ministerio Público de Guatemala se encuentra estructurado sobre la base de los principios propios del Ministerio Público en un Estado Democrático de Derecho.

8. EL Ministerio Público de Guatemala no ha podido configurar su modelo orgánico sólido que le permita hacer eficiente las funciones que el ordenamiento jurídico le delega.

9. Las deficiencias en el ejercicio de la persecución y acción penal pública son imputables a todas las instituciones vinculadas al sistema de administración de justicia penal.

BIBLIOGRAFIA

Aguilar, Hernán. Derecho Procesal Penal Guatemalteco. Editorial Landivar. 1973.

Andrés Ibañez, Perfecto. Ni Fiscal Instructor, ni Habermas "Procesalista" (a pesar de Vives Antón). Jueces para la Democracia. No. 16-17. Madrid. Febrero/Marzo 1992.

Baytelman A., Andrés. La Fiscalía del Crimen del Bronx (en busca de elementos para la futura fiscalía del Crimen en Chile. Pena y Estado. Editores del Puerto srl. No. 2. 1997.

Beccaria, Cesare, De los Delitos y de las Penas. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Alianza Editorial Madrid, 9na. Edición. 1996.

Beling, Ernst. Derecho Procesal Penal. Traducción de Miguel Fenech. Editorial Labor, S.A. 1943.

Binder, Alberto. Funciones y Disfunciones del Ministerio Público. Justicia Penal y Sociedad. Año 4. No. 6. 1997.

Bobbio, Norberto; Estado, Gobierno y Sociedad, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

Bovino, Alberto. La Persecución Penal Pública en el Derecho Anglosajón. Pena y Estado. Editores del Puerto s.r.l. No. 2. 1997.

9. Cafferata Nores, José I. Policía Judicial. Editorial Marcos Lerner. Editora Córdoba. S.R.L. Argentina. Colección: "Opúsculos de derecho penal y criminología". No. 9.

10. Clariá Olmedo, Jorge. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Editorial Marcos Lerner. 1984.

11. Compte Massach, Teresa. Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal, en jueces para la Democracia. No. 23. Marzo 1194. Madrid.

12. Cuevas del Cid, Rafael. Introducción al Estudio del Derecho Penal. Editorial Universitaria, Guatemala, 1954.

13. De Chateubriand, Francisco Renato. Historia de las Revoluciones Antiguas. Tomo I. Traducción directa del Francés de Francisco Medina-Veytia. Editorial Sopena Argentina Buenos Aires, 1era. Edición. 1942.

14. Exposición de motivos del proyecto de ley del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Santiago del Estero, Argentina.

15. Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel y otros, editorial Trota. 1995.

16. Foucault, Michel, La verdad y las formas jurídicas, Editorial Gedisa, Barcelona, 1991.

17. García García, María Angeles. La dependencia del Ministerio Fiscal y la Investigación Oficial. Jueces para la Democracia. No. 8. Madrid. Diciembre 1989.

18. García Laguardia, Jorge Mario. Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985. 5a. Edición. 1997. Imprenta y Fotograbado LLerena S.A.

19. Gómez Colomer, Juan Luis. No es Conveniente que nos pueda procesar un fiscal, en Jueces para la Democracia. No. 2. Madrid. Octubre de 1987.

20. Gössel, Karl-Heinz. Reflexiones sobre la Situación del Ministerio Público en el Procedimiento Penal de un Estado de Derecho y sobre las relaciones con la Policía. Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Ediciones Depalma. Año 4. No. 13 a 16. Buenos Aires. 1981.

21. Guilco, Hernán Víctor. Pena y Estado. Editores del Puerto srl. No. 2. 1997.

22. Hassemer, Winfried. La Persecución Penal: Legalidad y Oportunidad. Jueces para la Democracia. No. 4. Madrid. Septiembre 1988.

23. Hassemer, Winfried. Crítica al Derecho Penal de Hoy. Traducción Patricia S. Ziffer. Editorial Ad-hoc. 1era. Edición 1995.

24. Herrarte, Alberto. Derecho Procesal Penal. El proceso penal guatemalteco. Centro editorial Vile. 1989.

25. ILANUD. El Ministerio Público en América Latina. Desde la Perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno. 1991.

26. Kamen, Henry; La Inquisición Española, Editorial Grijalbo, México, 1985.

27. Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal Argentino, Tomo 1 b, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, 1ra. Edición.

28. Maier, Julio B.J. Derecho procesal Penal Argentino. Tomo 1 a, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 1989, 1ra. Edición.

29. Maier, Julio B.J. El Ministerio Público: un adolescente? El Ministerio Público en el Proceso Penal. Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1993.

30. Maier, Julio B.J., Derecho Procesal Penal, Tomo I. Fundamentos, Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 1996, 2da. Edición.

31. Mommsen, Theodor, Derecho Penal Romano, traducción de Dorado Montero, Pedro, Editorial Temis, Bogotá, 1976.

32. Montesquieu. Del Espíritu de las Leyes. Editorial Porrúa, S.A. 8ª. Edición. 1990.

33. Muhm, Raoul. Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana. (Crisis del Modelo y perspectivas de reforma), en Revista Jueces Para la Democracia. No. 22. Febrero de 1994. Madrid.

34. Naón, Eduardo M., Ministerio Público Comparado, Casa Editorial Franco-Ibero-Americana, París, 1924.

35. Nicod, Jean-Claude. El Ministerio Público en Francia, en Jueces para la Democracia. No. 18. Enero 1993. Madrid.

36. Petrie, A., Introducción al Estudio de Grecia, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1988, 1ra. Edición.

37. Pietro Castro y Fernández, Leonardo. El Ministerio Fiscal en Europa; sobre la base de la conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación con motivo de la conmemoración del cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal.

38. Pignatelli, Amos. Ministerio Público y Juez en el Futuro Proceso Penal Italiano. Jueces para la Democracia. No. 2. Madrid. Octubre 1987.

39. Roig Bustos, Ladislao. Por un Fiscal del Estado de designación parlamentaria. En Jueces para la Democracia. No. 18. Enero de 1993. Madrid.

40. Roxin, Claus. Posición Jurídica y Tareas Futuras del Ministerio público. El Ministerio Público en el Proceso Penal. Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1993.

41. Salas, Luis y Rico, José María. La justicia Penal en Guatemala. Editorial Educa. 1989.

42. Schmidt, Eberhard. Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal. Editorial Bibliográfica Argentina. 1957.

43. Torres Moss, Clodoveo. La Organización Judicial en las Indias, en Revista de la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. 1986.

44. V.H. de la Rua. De la organización atribuciones y deberes del ministerio fiscal. d.V.G.Ch. Madrid 1853.

45. Valenzuela O, Wilfredo. Lecciones de Derecho Procesal Penal, Tomo I. Talleres de la Facultad de Ciencias Jurídicas.

46. Vela, David. Vida Pasión y Muerte de los Códigos de Livingston. Justicia Penal y Sociedad. Año I. No. 0. 1991.

47. Vélez Mariconde, Alfredo, Derecho Procesal Penal, Tomo I, 3ra. Edición. Editorial Lerner, Córdoba, 1986.

48. Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán, Parte General/ 11 edición. 2da. edición castellana. Traducción del alemán Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, 1976.

LEYES CONSULTADAS.

49. Constitución Política de la República 1985 (CPR)

50. Acta Constitutiva de la República de Guatemala del 19 de octubre de 1851.

51. Código penal y procesal penal de 1877.

52. Código procesal penal de 1898.

53. Código procesal penal de 1973.

54. Código Procesal Penal -decreto 51-92 del Congreso de la República- (CPP).

55. Constitución de la República de Guatemala de 1945.

6. Constitución de la República de Guatemala de 1965.

7. Constitución de la República Federal del 22 de noviembre de 1824.

8. Constitución del Estado de Guatemala del 11 de octubre de 1825.

9. Decreto 73 de fecha 16 de diciembre de 1839.

10. Decreto 76 de fecha 14 de diciembre de 1839.

11. Decreto 81 de fecha 10 de enero de 1852.

12. Decreto legislativo 1618 de fecha 31 de mayo de 1921.

13. Ley Constitutiva de la República de Guatemala del 12 de diciembre de 1879.

14. Reformas a la Constitución Federal de Centroamérica decretada el 13 de febrero de 183.

15. Reformas a la ley Constitutiva de la República de Guatemala del 20 de octubre de 1885.

16. Reformas constitucionales del 5 de noviembre de 1887.

17. Reformas de la constitución federal del 13 de febrero de 1835.

18. Ley Orgánica del Ministerio Público -decreto 40-94 del Congreso de la República- (LOMP).

JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

69. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 26 de enero de 1995 dentro del expediente 296-94.

70. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 9 de febrero de 1995 dentro del expediente 297-94.

71. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 14 de junio de 1995 dentro del expediente 662-94.

72. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 15 de febrero de 1996 dentro del expediente 865-95.