

DIREITO COMPARADO

EL MINISTERIO FISCAL EN ALEMANIA

Jorge Nieva Fenoll

Profesor Titular de Derecho Procesal, Universidad de Barcelona

Sumário: 1. Introducción. 2. Origen histórico del Ministerio Fiscal en Alemania. 3. Organización del Ministerio Fiscal. 3.1. *El Generalbundesanwalt* y la Fiscalía del *Land*. 3.2. Órganos auxiliares del Ministerio Fiscal. 3.3. Órganos similares con funciones análogas. 3.4. El Juez investigador. 4. Principios rectores de su actuación. 4.1. Principio de unidad. 4.2. Principio de dependencia jerárquica. 4.3. Principio de independencia de los Tribunales. 4.4. Principio de legalidad. 4.5. Principio de oportunidad. 4.6. Principio de intermediación. 5. El Ministerio Fiscal en el Proceso Civil. 5.1. Su función en las diferentes etapas históricas. 5.2. Su función actual. 6. El Ministerio Fiscal en el Proceso Penal. 6.1. Breve historia reciente. 6.2. Naturaleza jurídica de la figura. 6.3. Funciones en la fase de instrucción. 6.4. Funciones en el periodo intermedio. 6.5. Funciones en el juicio oral. 6.6. Funciones en fase de ejecución. 6.7. Otras posibles funciones del Ministerio Fiscal. Abreviaturas utilizadas.

I INTRODUCCIÓN

El Ministerio Fiscal es una figura que dentro de Alemania ha preocupado muchas más veces al poder político que a la doctrina, quizás por no tratarse dicho Ministerio de una figura germánica autóctona, y no contar con ningún tipo de antecedentes arraigados en los procesos de los Estados Alemanes anteriores a la Primera Unificación. Por este motivo, entre otros que analizaremos después, no se entendió en un origen su posición en el proceso alemán, ya que en definitiva, se trataba de una figura importada del derecho francés.

Más adelante, y una vez superados ciertos escollos históricos a los que después nos referiremos, el Ministerio Fiscal se presenta como una figura de nula relevancia en el proceso civil, y sin embargo de capital importancia en el proceso penal, aunque como veremos, a la postre, el carácter vinculante de su intervención material en el proceso depende completamente del criterio del juzgador, que muestra, según encuestas realizadas en aquel país, una total independencia con respecto al resultado de la investigación del Ministerio Fiscal en cuanto al delito a señalar como cometido, y a la pena por él propuesta.

Con el presente trabajo no pretendemos definir minuciosamente la figura del Ministerio Fiscal alemán, ni hacer un estudio completo sobre la misma. Como en casi cualquier estudio sucinto de derecho comparado, sólo podemos tener la pretensión de acercar un poco más a nuestro país las ideas más relevantes y la configuración general de la institución estudiada. Por tanto describiremos únicamente los caracteres especiales de esta figura en los procesos civil y penal alemanes, completándolas con las apreciaciones doctrinales sobre dichos caracteres, que esperamos que puedan suscitar una reflexión aprovechable para la doctrina española estudiosa de la institución analizada.

II ORIGEN HISTÓRICO DEL MINISTERIO FISCAL EN ALEMANIA

En la etapa previa a la Primera Unificación y en los trabajos preparatorios de la que habría de ser la actual *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG), promulgada en 1877, los liberales habían dejado sentir la necesidad positivista de implantar un guardián de la legalidad, es decir una figura semejante a la del *ministère public* francés, siguiendo la tendencia de los legisladores anteriores, que influenciados notablemente por las ideas ilustradas, ya habían trasplantado numerosas características del proceso francés en los diferentes procesos de los Estados Alemanes desde principios de siglo.¹ La influencia más fuerte provenía como tantas otras veces de Prusia, que antes de la Unificación había introducido la

¹ De hecho la figura ya había sido introducida en varios Estados Alemanes antes de la Unificación. De ese modo lo señala CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zum Gegenwart*, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 299, reeditada por Scientia Verlag Aalen en 1971, p. 1. Sobre esta influencia del modelo francés vid. también, GÖSSEL, Karl-Heinz, *Ministerio Fiscal y policía criminal en el procedimiento penal del Estado de Derecho*, Cuadernos de política criminal (nº 60), 1996, p. 611.

figura del Ministerio Fiscal, ante las crecientes críticas a la arbitrariedad de los Tribunales prusianos, introducción en la que Von Savigny había tenido un papel importante.² Como es obvio, la creación de esta especie de “vigilancia” de los tribunales no había estado exenta de polémica.³

Antes del siglo XIX, el proceso alemán no había conocido realmente una figura similar a la del Ministerio Público. En sus orígenes remotos,⁴ el proceso germánico había estado completamente libre de los designios de la Autoridad “estatal”. El proceso únicamente había constituido un medio para reparar “en público” la violación del derecho acaecida.⁵ Sólo en una época tardía siente el Rey la necesidad de estar de alguna manera presente en estos procesos, designando a un *Graf* (Conde) que asistiera a los mismos con simples poderes de vigilancia, pero sin influencia alguna en la decisión final de la asamblea de vecinos, decisión que proponían los expertos o escabinos. El *Graf* constituyó la institución más parecida al Ministerio Fiscal implantado en el siglo XIX, aunque lo extraordinariamente limitado de sus funciones, si se compara con las actuales, podría fundar una argumentación en contra de la consideración del *Graf* como un antecedente del Ministerio Público.

A partir del siglo VI, en el periodo franco, no se introduce ninguna figura similar al Ministerio Fiscal en el proceso, pero se observa de nuevo una voluntad de omnipresencia del Rey, ya que a partir de entonces es él quien nombra a un “Conde-Juez”, que no tiene la función de dictar sentencia, sino de representar al Rey en los procesos. La resolución final es de los escabinos,⁶ aunque a partir de ahora serán permanentes, y la sentencia ya no la dicta la asamblea.

² Así lo atestigua SCHMIDT, Eberhart, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen 1983, p. 330, haciendo reverencia a la *Promemoria* que presentaron VON SAVIGNY y UHDEN el 23 de Marzo de 1846. Vid también GÖSSEL, *Ministerio Fiscal*, cit. p. 622.

³ GÖSSEL, *Ministerio Fiscal*, cit. pp. 621-622.

⁴ Téngase en cuenta no obstante que existe poca dosis de acuerdo entre los historiadores procesales en cuanto a los caracteres de ese derecho procesal arcaico. Vid. Al respecto GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El Proceso Penal Alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona 1985, pp. 30 y ss.

⁵ LENTZ, Friedrich, *Diritto Procesuale Civile Tedesco*, trad. de la 9ª ed. De München 1959 de *Zivilprozessrecht*, 1962, p. 360.

⁶ Ver de nuevo GÓMEZ COLOMER, op. et. loc. cit. y LENTZ, op. et. loc. cit. Existe discrepancia entre los historiadores sobre el cuándo y el cómo de la introducción de los escabinos.

Como se ve, la idea era que en los procesos hubiera un representante del “Estado” con funciones de vigilancia, pero esto no debe hacer pensar que el *Graf* era un Ministerio Fiscal tal como hoy lo conocemos.⁷

El antecedente más inmediato del Ministerio Fiscal, a pesar de sus profundas diferencias, es el denominado “*Fiskalat*” que existió en algunos Estados Alemanes a partir de la última etapa de la Baja Edad Media. En Brandenburg-Preußen por ejemplo, de desarrollar en el proceso solamente labores de protección de las finanzas del Príncipe, amplió sus funciones con el transcurrir de los siglos, y pasó a velar también, aunque con bastantes idas y venidas, por la justicia y la legalidad en los procesos, para, tras un periodo de aumento de sus funciones, acabar desapareciendo del ordenamiento jurídico en 1809, fundamentalmente por su enfrentamiento con los órganos jurisdiccionales y su deficiente retribución y organización. Sólo en Hessen existió un “*Fiskal*” con funciones acusatorias en los procesos, al menos desde 1535. A partir de 1748 su intervención se limitó a los delitos graves, y teniendo una función de parte en el proceso, ejercía la acusación previa orden del Tribunal.⁸

Con estos antecedentes, y a pesar de la recepción por parte de Alemania del derecho procesal anglo-francés ilustrado, no era aún conocida en general por el proceso alemán la idea de ministerio público francesa, puesto que en el resto de Estados Alemanes había imperado el sistema inquisitivo, que obviamente hacía innecesaria la figura de un Ministerio Fiscal⁹ como lo conocemos en la actualidad.¹⁰ Sólo en Rheinland, como consecuencia de la ocupación napoleónica, había entrado en vigor el *Code d'instruction criminelle* en 1810, con la consiguiente introducción del sistema acusatorio y, casi podría decirse por tanto, del Ministerio Fiscal.

⁷ Debemos decir que la historia relatada no es asumida por toda la doctrina. En contra de la realidad de lo expuesto se muestran entre otros, MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *El Ministerio Fiscal, su pasado y su futuro*. Madrid 1992, p. 25, pues considera que el *Graf* no era órgano de la acusación, pero no puede negarse que representaba al poder real en el proceso, vigilando su adecuación a lo dispuesto por el Rey, es decir, a la legalidad.

⁸ Todos estos antecedentes históricos están desarrollados en CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit. p. 2 y ss.

⁹ CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit. p. 16.

¹⁰ De hecho, la derogación de ese sistema inquisitivo era, según algunos autores como Krey, Volker, *Strafverfahrensrecht*, Bd. I, Stuttgart 1988, p. 134, la razón que estaba en la mente de los liberales cuando propusieron la introducción del Ministerio Fiscal. De esa forma, siempre según el mismo autor, se posibilitaba también la división de poderes de Montesquieu. Sin embargo, veremos a continuación como precisamente la preservación de esa división de poderes fue precisamente una de las objeciones más fuertes que se opusieron a la decisión de encomendar el monopolio de la acción penal al Ministerio Fiscal.

Por otra parte, durante el siglo XIX la figura del Ministerio Fiscal fue mirada con cierta desconfianza por algunos juristas alemanes, por su similitud con el *Fiskalat* prusiano antes comentado, habida cuenta de su desprestigio final,¹¹ y también por el cambio en el sistema procesal que su introducción suponía.¹² Baste como testimonio el de MITTERMAIER, el cual, en un artículo publicado en 1863,¹³ se planteaba algunas dudas sobre las bondades de la introducción del Ministerio Fiscal en el proceso alemán. Preguntándose sobre el mejor modo de hacer el proceso seguro, rápido y económico, para mejor averiguar quien llevaba la razón, recogía ideas muy arraigadas en la ciencia jurídica alemana sobre que lo mejor era “remitirse a una Abogacta inteligente y libre, con unos jueces de profunda formación doctrinal y dilatada experiencia pragmática, enteros de carácter e independientes”.¹⁴ Llegaba entonces a la conclusión de que el Ministerio Fiscal podía suponer un peligro para los intereses de la justicia civil, sin mejorarla, y que además, iba a suponer un aumento de los costes del proceso.

Sin embargo, creemos que el rechazo a la figura no venía exactamente de la tradición histórica alemana, sino del hecho de introducir un mal entendido representante estatal dentro de los tribunales que podía atentar contra su independencia.¹⁵ Temor no tan infundado, en vista de lo que ocurrió en la etapa nazi, a la que nos referiremos después. Se le reprochó al Ministerio Fiscal su origen político, y se llegó a decir, entre otras cosas, que podía representar una ofensa para los Abogados, ya que la introducción del Ministerio Fiscal, se decía, servía para luchar contra los engaños de los Abogados a los Jueces.¹⁶

¹¹ CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit. p. 17.

¹² CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit. p. 18-20, resume las fientes tendencias de la época.

¹³ Citado por PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo, *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil*, en: “Trabajos y orientaciones prácticas de Derecho Procesal”, 1964, nota 17, p. 18.

¹⁴ Traducción de PRIETO-CASTRO. *Construcción dogmática*, cit. p. 17.

¹⁵ De hecho, CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit. p. 17, se refiere a estos problemas, pues estima que la conciencia jurídica general quería introducir el Ministerio Fiscal en el proceso penal, pero siempre y cuando que su función estuviera limitada a la acusación, y por tanto, no fuera un defensor de la legalidad, y además que se preservara la independencia de los Tribunales con respecto al Ministerio Fiscal, impidiendo que la jurisprudencia se viera influida por directrices gubernamentales.

¹⁶ Misma nota 17 de PRIETO-CASTRO, *Construcción dogmática*, cit. p. 18.

La posición crítica de la mayoría de autores fue muy dura¹⁷ en los años sucesivos,¹⁸ y su influencia alcanzó tanto a la ZPO como a la GVG, ambas de 1877. En el proceso penal la discusión se centró en si era conveniente conceder el monopolio de la acción penal a un órgano dependiente del gobierno.¹⁹ Sin embargo, estas críticas no encontraron el calado que cabía haber esperado de su unanimidad, y finalmente se decidió su introducción en los procesos penal y civil,²⁰ si bien en este último, y siguiendo el ejemplo de la legislación vigente en Baden y en las antiguas provincias prusianas,²¹ con una regulación taxativa y cerrada de los casos en que podía intervenir el Ministerio Fiscal, no dictando ninguna norma general en este sentido.

Dicha regulación y la subsiguiente evolución histórica la trataremos al hablar del proceso civil.²²

III ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

La organización de la Fiscalía alemana está descrita en los §§ 141 a 152 de la GVG.

Tras proclamar en el primer párrafo citado que cada órgano jurisdiccional deberá tener una Fiscalía, se señala luego en el §142 la competencia objetiva (“material”,²³ o “funcional” según otros autores²⁴): Así, se dispondrán en el *Bundesgerichtshof* un Fiscal General Federal (*Generalbundesanwalt*) y uno o varios Fiscales Federales. Los

¹⁷ ARNOLD, BOMHARD, ENDEMANN, FEUERBACH, PLANCK, etc, citados por PRIETO-CASTRO, *Construcción dogmática*, cit. p. 18.

¹⁸ CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit. p. 34 y ss.

¹⁹ CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit. p. 42.

²⁰ De hecho el Ministerio Fiscal, con diferentes formas y matices, ya había sido introducido en la mayoría de Estados Alemanes antes de la Unificación. Vid. CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit. p. 37 y ss.

²¹ CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit. p. 58.

²² Para una información mucho más extensa sobre la historia del Ministerio Fiscal desde mediados del siglo XIX puede consultarse, a pesar de su antigüedad, la obra de CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft*, cit. *passim*.

²³ Traducción de GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal*, cit. p. 480.

²⁴ La traducción “funcional” y no “material”, es de MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio Fiscal*, cit. p. 59. Tenemos que decir al respecto que la expresión alemana es “*sachliche Zuständigkeit*”, y que se suele traducir por “competencia objetiva”. En cualquier caso la competencia no es en realidad del Ministerio Fiscal sino del órgano jurisdiccional que conoce, ya que la “competencia” del Ministerio Fiscal se determina en virtud de la competencia objetiva por razón de la materia del juzgado o tribunal concreto donde el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones.

Oberlandesgerichte y los *Landgerichte* tendrán uno o varios Fiscales, y en cada uno de esos órganos jurisdiccionales existirá un fiscal jefe (en el caso de los OLG se denomina *Generalstaatsanwalt*, y en el de los LG se le conoce como *Leitender Oberstaatsanwalt*),²⁵ Los *Amtsgerichte* contarán con uno o varios Fiscales o Fiscales legos del *Amtsgericht*.

En cuanto a la competencia territorial, podrán ejercer sus funciones, según el §143 GVG, en el territorio en el que el órgano jurisdiccional en el que desempeñan su labor sea competente. No obstante, un Fiscal incompetente en un determinado territorio podrá realizar actos que no pueda llevar a término en el momento un Fiscal competente, si se pudiera derivar peligro por el retraso. En el ámbito penal también podrá ser habilitado un Fiscal incompetente territorialmente, que investigue un asunto o ejecute una resolución cuyo cumplimiento se extienda por varios territorios ajenos a la competencia del tribunal en el que trabaja, y sea aconsejable que dirija toda la actuación un solo Fiscal. La habilitación se extiende a solicitar el auxilio jurisdiccional de otros órganos, incluso fuera de Alemania.

Las contiendas de competencia territorial las resolverá el Fiscal jerárquicamente superior común a aquellos entre los que se produzca la discusión competencial.

Por su importancia, dedicamos punto aparte al Fiscal General Federal (*Generalbundesanwalt*), y a la Fiscalía del *Land*.

1 El *Generalbundesanwalt* y la Fiscalía del *Land*

El Fiscal General Federal (FGF) es nombrado por el Presidente de la República Federal, a propuesta del Ministro de Justicia, con el consentimiento del *Bundesrat* (§149 GVG).²⁶ Es un funcionario político, por lo que si bien no puede ser cesado, si puede serle asignado un “status no-activo”. Dirige la oficina del FGF, y le asisten un cuerpo de Fiscales generales, también funcionarios (§148 GVG), nombrados del mismo modo que el FGF, y sometidos, igual que él y que el resto de fiscales, a incompatibilidades para ejercer funciones jurisdiccionales (§ 151 GVG), por imperativo constitucional.²⁷ Están obligados a ser neutrales y objetivos en su trabajo (§160.2 StPO).

²⁵ VOLK, Klaus, *Strafprozeßrecht*, München 1999, p. 15.

²⁶ Es una cámara de representación territorial. Hay que recordar que la mayoría de competencias en materia de Justicia están asumidas por los *Länder*.

²⁷ REBMANN, Kurt, *La oficina del Fiscal General, su dimensión constitucional y su relación con las distintas ramas del gobierno*, en: “El Poder Judicial en Europa”, Ponencias, Tomo I, Tema 4, 1989, p. 503. Vid. también art. 92 GG.

Como los demás Fiscales, no pertenecen al Poder Judicial,²⁸ y son independientes de él (§ 150 GVG). La relación entre el FGF y el resto de Fiscales del país es jerárquica, pero con una particularidad: Dado que la mayoría de las competencias en materia de justicia están atribuidas a los *Länder*, cada *Land* tiene una Fiscalía. La Fiscalía del *Land* no está obligada a acatar las instrucciones del FGF, y este último debe abstenerse de darlas. Sin embargo, como veremos a continuación, está autorizado a participar con exclusión de otro Fiscal en ciertos asuntos de especial importancia para la seguridad o el interés del Estado Alemán, tema ciertamente peligroso, pues el criterio del FGF para decidir sobre la intervención, salvo error nuestro, es discrecional, ya que la “seguridad o interés del Estado” es un concepto jurídico indeterminado.

No obstante, existe una distribución de la jerarquía según las Fiscalías. La sujeción a las órdenes del superior del §146 GVG viene concretada en el parágrafo siguiente. Así los funcionarios de la Fiscalía del *Land* están sometidos al criterio de sus superiores en la propia Fiscalía (§ 147.3 GVG).

Por su parte el FGF y los Fiscales Federales están sometidos a las instrucciones, dirección e inspección del Ministro de Justicia (§147.1 GVG). Sin embargo, según REBMANN, que en el momento de escribir su artículo era el propio Fiscal Federal General, las instrucciones no se producen en la práctica, y el clima de independencia y entendimiento con los Gobiernos ha venido siendo muy favorable.²⁹

Por último los Fiscales de la Fiscalía del *Land* están sometidos en consecuencia, y por la distribución competencial antes aludida, al responsable de Justicia gubernamental de la propia Administración de cada *Land* (§ 147.2 GVG).

La competencia del FGF viene detallada parcialmente por el §142a GVG, precepto que parece casuístico en exceso, que obliga a realizar constantes remisiones, y que además es de carácter estrictamente político como vamos a ver.³⁰ En este parágrafo se declara que el FGF asumirá las funciones de la Fiscalía de los OLG, cuando estos conozcan en primera instancia, en la vista y resolución de ciertos asuntos descritos en el §120.1 GVG, que son delitos contra la seguridad interna del Estado,³¹

²⁸ Es este un tema discutido por la doctrina, como veremos al hablar del Fiscal en lo penal. Vid. por tanto notas de ese epígrafe.

²⁹ REBMANN, *La oficina*, cit. pp. 404 y 405.

³⁰ MARCHENA, *El Ministerio Fiscal, su pasado*, cit. p. 61.

³¹ REBMANN, *La oficina*, cit. p. 499.

tales como traición a la paz (§80 StGB), alta traición (§81 a 83 StGB), genocidio, delitos terroristas graves, delitos contra instituciones estatales, etc. No obstante, en todos estos casos podrá asumir la persecución la Fiscalía del *Land*, salvo que el *Generalbundesanwalt* decida llevar por sí mismo la citada persecución.

En los casos del §120.2 GVG, que remite para su integración al §74a.2 GVG, se produce un curioso caso de competencia del OLG que será decidida por el *Generalbundesanwalt*. Si este último decide perseguir por su “especial importancia” estos delitos, tales como la delación política,³² deportación, o aquellos de igual naturaleza a los descritos en el §120.1 GVG aunque de menor entidad, la competencia jurisdiccional que correspondería en un principio al LG, pasará al OLG. En estos supuestos, aunque no se diga en el § 142a GVG, se deduce del § 120.2 GVG que también podrá ser competente la Fiscalía del *Land*, si es que el Fiscal General Federal no le sustrae la competencia por las razones ya indicadas. Es más, en el párrafo 4º del § 142a GVG se obliga a remitir la causa de nuevo a la Fiscalía del *Land*, en caso de que dejare de existir la especial importancia que motivó su asunción por el Fiscal General Federal.

El párrafo 2 del § 142a GVG realiza a continuación un listado de hechos punibles que, investigados por el Fiscal General Federal, si dan como resultado los delitos detallados en este párrafo, tiene el FGF la obligación de remitirlos a la Fiscalía del *Land*, salvo que afectaren a los intereses de Alemania, o considere que deba perseguidos él “en interés de la unidad del Derecho”³³ (§142a.3 GVG). Suponemos que se refiere en este último caso a una especie de persecución ante el OLG, Tribunal Superior del *Land*, en interés de la creación de jurisprudencia, caso en el que se considera necesario que intervenga un órgano superior al LG, como el OLG.

El FGF debe participar, por último, en los procedimientos de *Revision y Beschwerde*³⁴ ante la Sala de lo Penal del BGH, Tribunal que como dijimos, es el genuino del FGF. Ante este Tribunal, puede tener dos misiones:

³² Traición o espionaje, en palabras de REBMANN, *La oficina*. cit. p. 499.

³³ Traducción de GÓMEZ COLOMER, *El Proceso Penal*, cit. p. 481.

³⁴ No podemos entrar ahora en el análisis de estos dos recursos. Un examen más profundo puede hallarse en ROXIN, Klaus, *Strafverfahrensrecht*, München 1995, pp. 398 y ss.

– Actuar como “parte”, si la Sentencia del Tribunal inferior es recurrida por él, o bien si el condenado recurre el fallo del Tribunal inferior por estimar que la Sentencia es errónea, por basarse en los cargos asimismo erróneos presentados por el Ministerio Fiscal.³⁵

– Actuar de filtro para la admisión de los recursos de *Revision*, ya que basándose en el §349 StPO, puede pedir una inadmisión sin entrar en el fondo a la Sala correspondiente del BGH, siempre que la Sala sea unánime en la decisión.³⁶

La intervención del FGF debe ser relevante, según REBMANN, para la interpretación que de la Ley hará el BGH en su sentencia, y para el fallo en cuanto a la valoración del delito y pena o medida de seguridad a imponer.³⁷

Fuera de los Tribunales, el FGF es responsable del Registro Criminal Federal Central, donde se registran todos los juicios penales seguidos en Alemania, y también los seguidos en el extranjero contra súbditos alemanes. Está asimismo al frente del Registro Central de Comercio e Industria de Berlín.³⁸

2 Órganos auxiliares del Ministerio Fiscal

Debemos referirnos ahora a cuatro sujetos que asisten decisivamente al Ministerio Fiscal en su labor de investigación y persecución de los ilícitos penales: el *Bundeskriminalamt*, la *Kriminalpolizei*, los funcionarios auxiliares de la Fiscalía del Land y el Juez investigador.

El *Bundeskriminalamt* es el órgano al que normalmente el FGF encarga la investigación de los asuntos de los que él conoce directamente, aunque el resto de cuerpos policiales del país están obligados a asistirle igualmente en su labor.³⁹

La *Kriminalpolizei*, nombre que no necesita traducción, es en definitiva el órgano encargado, *de facto*,⁴⁰ de realizar las funciones

³⁵ Creemos que una cosa u otra ocurrirá con bastante frecuencia, por lo que la función del Ministerio Fiscal, además de la que describiremos a continuación, será casi siempre ésta. REBMANN, *La Oficina*, cit. p. 500.

³⁶ Según REBMANN, *La Oficina*, cit. p. 501, esto ocurre en el 85% de los casos.

³⁷ REBMANN, *La oficina*, cit. p. 501.

³⁸ REBMANN, *La oficina*, cit. p. 499.

³⁹ REBMANN, *La oficina*, cit. p. 502.

⁴⁰ GÖSSEL, *Ministerio Fiscal*, cit. p. 618. KÜHNE, Hans-Kleiner, *Strafprozeßlehre*, Heidelberg 1993, p. 34.

investigadoras del Ministerio Fiscal, ya que jurídicamente la investigación es una labor exclusiva del Ministerio Fiscal en la que la Policía "colabora". La tarea principal de la Policía es de esclarecimiento, siempre vigilada, y en su caso, ordenada por el Ministerio Fiscal (§§ 161 y 163 StPO), al menos en la teoría.⁴¹

Precisamente el principal problema digno de mención en este punto es el a veces excesivo poder de la policía. La policía hace y deshace al margen del Fiscal, cuya actuación se suele limitar a decidir, tras toda la investigación policial a la que ha sido ajeno, si archiva las actuaciones, o decide ejercitar la acusación.⁴²

Sobre los funcionarios auxiliares del §152 GVG, debe decirse que están sometidos a las órdenes del Fiscal del que dependen. Su nombramiento depende del gobierno del *Land*. Autores como BAUMANN parecen considerar a la Policía como uno de los cuerpos auxiliares que recoge este parágrafo,⁴³ lo que nos consta que no es totalmente cierto.⁴⁴

3 Órganos similares con funciones análogas

Nos estamos refiriendo a los Fiscales legos de los *Amtsgerichte*, o Juzgados que conocen en primera instancia de los casos que no conoce el LG. Sólo pueden ser Fiscales en los *Amtsgerichte* (§145.2 GVG), y

⁴¹ BAUMANN, Jürgen, *Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Derecho Procesal Penal*, Trad. de FINZI a la 3ª Ed. de *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts. Eine Einführung an Hand von Fällen*. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1979, Buenos Aires 1986. pp. 180 y ss. Sobre las relaciones entre la Fiscalía y la Policía vd. SCHÖNE, *Líneas generales*, cit. p. 698-700.

⁴² GÖSSEL, *Ministerio Fiscal*, cit. pp. 618 y 629, concreta que esta actitud del Ministerio Fiscal sucede en todos los casos, salvo en los casos de criminalidad grave y de delincuencia económica, en los cuales se hace cargo directamente de las investigaciones. Sin embargo, en los casos en que estos asuntos de delincuencia económica han afectado a personajes relevantes de la vida política y económica, se han producido frecuentes archivos que han hecho dudar de la honestidad de algunos Fiscales, y sobre todo de la conveniencia de su dependencia gubernamental. En sentido análogo KÜHNE, *Strafprozesslehre*, cit. p. 35. Vid. Al respecto MUHM, Raoul, *Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana. (Crisis del modelo y perspectivas de reforma)*, Jueces para la democracia 2/1994, p. 93.

⁴³ BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit. p. 181.

⁴⁴ Por datos conocidos por nosotros por medio de propaganda difundida en la RFA para acceder al cuerpo de Policía, no hacía falta haber estado ocupando un órgano público durante dos años para ser policía, aunque sí era obligatorio tener 21 años, como exige el §152.2 GVG. Parece además difícil que haya policías que no puedan colaborar con el Ministerio Fiscal hasta haber cumplido dos años de servicio.

pueden delegar sus funciones en los *Referendare*, que no son sino licenciados en derecho que habiendo aprobado el primer Examen de Estado para el ejercicio de la Abogacía, están realizando las prácticas previas al segundo examen, que aún deben completar (§ 139 StPO).⁴⁵

4 El Juez investigador

Aunque obviamente no se trata de un órgano de la Fiscalía, debemos referirnos brevemente a esta figura.⁴⁶

No es un instructor, ya que esa tarea de investigación pertenece en exclusiva al Ministerio Fiscal, como diremos más adelante. Sólo está prevista su intervención en caso de necesidad de adopción de medidas urgentes (§§165 a 167 StPO), que luego serán revisadas por la Fiscalía. Interviene también, a instancia del Ministerio Público, en los casos en que este no puede actuar por sí mismo, probablemente por suponer esos casos el ejercicio de la función jurisdiccional, como veremos después. Sobre la intervención del Juez investigador en la fase de instrucción nos pronunciaremos en el epígrafe correspondiente.

IV PRINCIPIOS RECTORES DE SU ACTUACIÓN

En un trabajo breve como el actual probablemente sobraría una referencia a algunos de estos principios, sobradamente conocidos en el derecho interno. No obstante algunas de sus peculiaridades en la doctrina alemana nos obligan a entrar en su consideración. Por ejemplo, la mayor parte de la doctrina alemana no se refiere al principio de imparcialidad como uno de los rectores de su actuación,⁴⁷ a pesar de que el § 160.2 StPO se refiera indudablemente al mismo.

1 Principio de unidad

Es este un principio tradicional en la configuración del Ministerio Fiscal.⁴⁸ Acoge este principio el §144 GVG: “Si la Fiscalía de un

⁴⁵ MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio Fiscal, su pasado*, cit. pp. 59 y ss.

⁴⁶ BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit. p. 170.

⁴⁷ VOLK, *Strafprozessrecht*, cit. p. 18, o KREY, *Strafverfahrensrecht*, cit. p. 145-146, se refieren acertadamente en este sentido al principio de objetividad.

⁴⁸ MARCHENA, *El Ministerio Fiscal, su pasado*, cit. p. 59.

Tribunal estuviera compuesta por varios funcionarios, las personas designadas ante el Primer Funcionario serán tratadas como personas sustitutas del mismo; estos últimos estarán autorizados, cuando actúen por él, a desempeñar el cargo del mismo sin necesidad de justificar un encargo especial”.

El Ministerio Fiscal es único, también en Alemania, por lo menos dentro del *Land*. Hay que recordar que debido a la organización federal de la justicia alemana, el FGF deberá abstenerse de dar instrucciones a las Fiscalías de los *Länder*, por lo que no debe sorprender que este principio de unidad del Ministerio Fiscal no haya preocupado tanto a la doctrina alemana como a la española. Suelen limitarse a decir los autores que el Ministerio Fiscal en Alemania es monocrático,⁴⁹ y se ciñen a repetir lo que dice el precepto transcrito. Otros⁵⁰ ni siquiera se refieren a él, y se limitan a considerarlo como una característica más del principio de dependencia que a continuación analizaremos.

Se refiere este principio a la unidad de actuación del Ministerio Fiscal dentro del *Land*. No importa quién de los funcionarios de la Fiscalía actúe en un determinado caso. Su actuación será igual de correcta que si hubiera actuado cualquier otro Fiscal.

El fin principal que se persigue con el principio de unidad es la uniformidad en la aplicación del derecho, dentro de la circunscripción del superior jerárquico.⁵¹

La unidad de actuación se consigue, en opinión de la doctrina alemana, como consecuencia necesaria del siguiente principio.

2 Principio de dependencia jerárquica

Declara el §146 de la GVG que “*Los funcionarios acatarán las órdenes de su superior que se refieran al servicio.*”. A su vez el §145 GVG dice que los primeros funcionarios de la Fiscalía de los OLG y de los LG pueden asumir el cargo de Fiscal en cualquiera de los Tribunales y Juzgados de su demarcación, y también pueden encargar la labor concreta de un Fiscal a otro, esto es, pueden separar a un Fiscal de un determinado asunto.

Lo declarado en el § 146 se conoce en la doctrina alemana como el derecho de los superiores a dar instrucciones a los inferiores.⁵² Este

⁴⁹ PETERS, Karl, *Strafprozeß*, 4ª Ed., Heidelberg 1985, p. 166.

⁵⁰ GERLAND, Heinrich, *Der deutsche Strafprozeß*, Bensheimer 1927, pp. 107 y ss.

⁵¹ PETERS, *Strafprozeß*, cit. p. 167.

derecho aparece reservado al Ministro de Justicia de la Nación respecto al FGF y a los Fiscales generales, y al Ministro de Justicia del *Land* respecto a los Fiscales que actúan en ese *Land*.⁵² Observamos por tanto el control político de las decisiones de los fiscales. Sin embargo ese derecho a dar instrucciones está limitado por la obligación del Ministerio Fiscal de servir en todo caso a la Justicia,⁵⁴ a pesar de las órdenes de sus superiores. Sólo las instrucciones que se refieran a cuestiones de derecho son obligatorias, y deben servir a los intereses del Estado, dentro de la equidad. Nunca deben ser arbitrarias.

El funcionario superior de la Fiscalía tiene derecho a imponer a sus inferiores una determinada interpretación jurídica que él tenga por correcta, pero en realidad se trata normalmente de instrucciones orientadoras. Puede el superior jerárquico, a través de su inferior, introducir en un proceso, por ejemplo, una especial valoración sobre una prueba que el superior estime pertinente. Sin embargo, estaría completamente privada de efectos una instrucción dirigida a introducir una apreciación sobre una prueba aún no realizada, o una instrucción dirigida a impedir la acusación del autor de un delito públicamente notorio, o una instrucción orientada a imponer la acusación a un inocente, o cuando menos no declarado culpable en una resolución judicial.⁵⁵

Con respecto a estas actuaciones del superior jerárquico, no se le exige al inferior una obediencia ciega, sino que tiene total libertad para comprobar la adecuación a Derecho de la instrucción del superior. Piénsese que el inferior, en caso de acatar una instrucción del superior sin comprobar la adecuación a Derecho, dándole ulterior curso, sería responsable penalmente por su actuación, junto con el superior, por ejemplo, del delito de persecución de un inocente (§344 StGB), o del delito de encubrimiento en el ejercicio de su cargo (§258a StGB).

Las instrucciones sólo tienen efectos en el ámbito interno, por lo que por ejemplo, no tendría éxito una pretensión dirigida a un órgano jurisdiccional, interesando la petición de inadmisión del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, alegando que la interposición de tal recurso contravenía la orden de un superior jerárquico.⁵⁶

⁵² Sobre este derecho, de modo mucho más detallado, KREY, *Strafverfahrensrecht*, cit. p. 152 y ss.

⁵³ MUHM, Dependencia, cit. p. 94. Un aclaratorio cuadro sinóptico de esta división propia de un estado federal puede hallarse en KREY, *Strafverfahrensrecht*, cit. p. 151.

⁵⁴ PETERS, *Strafprozess*, cit. p. 165.

⁵⁵ PETERS, *Strafprozess*, cit. p. 165.

⁵⁶ PETERS, *Strafprozess*, cit. p. 165.

Se debate en la doctrina sobre el mantenimiento de este deber de acatar las órdenes del superior, no solamente en el sentido de ejercer la acusación, sino también en el de decretar un archivo.⁵⁷ PETERS⁵⁸ está a favor, siguiendo la opinión de LÖWE y ROSENBERG. Sin embargo existe un caso especial, que casi podríamos calificar como de objeción de conciencia. Se cuestiona la doctrina si el Fiscal está obligado a formular la acusación en contra de su convencimiento personal, en caso de recibir una instrucción del superior obligándole a la acusación. La mayoría de la doctrina opina que no existe una obligación semejante, ya que a través de su cumplimiento se estaría faltando a la Verdad y a la Justicia,⁵⁹ lo que no resulta aceptable desde ningún punto de vista. Pero debe tenerse en cuenta que siempre quedaría, como apunta ROXIN,⁶⁰ la facultad del superior *ex* § 145 GVG para sustituir al Fiscal, o para ejercer él mismo la acusación, lo que podría convertir en ineficaz la objeción de conciencia. Por poco ortodoxo en el terreno de los principios que pueda parecer, lo cierto es que el párrafo citado no impide la sustitución en esos casos.

3 Principio de independencia de los Tribunales

Proclamado por el § 150 GVG, “*La Fiscalía será independiente de los Tribunales en el desempeño de sus funciones oficiales*”. Este principio está derivado tanto de la naturaleza del Ministerio Fiscal como órgano, independiente del Poder Judicial, como de la naturaleza de su intervención en el proceso. Su actuación no puede estar nunca dirigida por los Tribunales, pues sin duda supondría la creación en la práctica de un sistema inquisitivo en el que el Juez dominara el ejercicio de la acusación penal.

Aparte de esto, se suscita un problema que planteado por la Sentencia de la Sala 3 de lo penal del BGH de 23-9-1980, ha discutido con frecuencia la doctrina: ¿Estará obligado a formular la acusación el Ministerio Fiscal si considera no perseguible una determinada acción u omisión, discrepando lo que diga la jurisprudencia en supuestos análogos? ROXIN opina que no, en aras de la Verdad y la Justicia.⁶¹ Sin embargo, el BGH en la citada sentencia consideró lo contrario en caso de existir

⁵⁷ MUHM, *Dependencia*, cit. p. 95.

⁵⁸ PETERS, *Strafprozess*, cit. p. 165.

⁵⁹ ROXIN, *Strafprozessrecht*, cit. p. 51.

⁶⁰ ROXIN, *Strafprozessrecht*, cit. p. 51.

⁶¹ KÜHNE, *Strafprozesslehre*, cit. p. 39. ROXIN, *Strafprozessrecht*, cit. p. 51.

⁶² En el mismo sentido PETERS, *Strafprozess*, cit. pp. 167 y ss.

jurisprudencia constante, pues, entre otras razones, argumentó que de otro modo se rompería el principio de división de poderes, porque el Ministerio Fiscal podría decidir *motu proprio* si una determinada conducta es punible, y además se infringiría el principio de legalidad, al no respetar el Ministerio Fiscal la uniformidad en la interpretación de la norma realizada por el tribunal de casación, lo que también habría de infringir el principio de igualdad. De todas estas consideraciones nació el problema. No existe en el sistema alemán la vinculación al precedente que conoce el derecho anglosajón, y dado que por tanto la jurisprudencia del BGH puede cambiar con mayor facilidad, desde el derecho español no se entendería muy bien por qué no podría un Fiscal, que no es ningún Juez, con su escrito de acusación, instar precisamente un cambio de jurisprudencia, por otro lado necesario si queremos que la jurisprudencia evolucione, o denunciar la inconstitucionalidad de una jurisprudencia.⁶³

La gravedad del problema en Alemania nace en parte a nuestro juicio de que el Ministerio Fiscal sea el único legitimado para el ejercicio de la acción penal. Por tanto, si contrariamente a lo considerado por la jurisprudencia constante estimara que un determinado comportamiento no es punible, podría estar usurpando la función judicial, puesto que no permitiría a los Tribunales juzgar un acto punible, arrogándose una absolucón anticipada,⁶⁴ lo que es especialmente grave, como decimos, si posee el monopolio de la acción penal. Al contrario, si persiguere una acción que reiteradamente los Tribunales han declarado como no punible, podría estar incurriendo en ese caso en un delito de persecución de inocentes tipificado en el §344 StGB, lo cual tampoco deja de ser grave.⁶⁵ En cualquier caso no es una cuestión que tenga una solución fácil, al menos en el primer supuesto, teniendo en cuenta que sólo la buena voluntad de un Fiscal superior podría suplir la indebida actuación del inferior. En el segundo supuesto entendemos que una investigación del dolo del Ministerio Fiscal en la comisión de la acción podría despejar las dudas sobre la comisión del delito.

⁶³ Así lo destaca, KREY, *Strafverfahrensrecht*, cit. p. 142-145, quien además se une totalmente a la doctrina de autores que consideran prácticamente inexistente el vínculo del Ministerio Fiscal a la jurisprudencia, que en caso de existir, si fuera infringido, nunca tendría consecuencias penales para el Fiscal, sino a lo sumo disciplinarias.

⁶⁴ Vid. Sobre el particular KÜHNE, *Strafprozesslehre*, cit. p. 39.

⁶⁵ Este segundo es el único caso en que KÜHNE, *Strafprozesslehre*, cit. p. 39 entiende que existe un vínculo dogmáticamente aceptable del Ministerio Fiscal a la jurisprudencia, por razones de seguridad jurídica.

4 Principio de legalidad

El Ministerio Fiscal está sometido al principio de legalidad. Tan pronto como sospeche o conozca de la comisión de un hecho punible, según las leyes, estará el Ministerio Fiscal obligado a intervenir y a iniciar la investigación (§§ 152 y 160 StPO). Esta obligación existirá tanto si la *notitia criminis* la adquirió por vía de denuncia de un particular, por vía oficial, o bien incluso por vía de conocimiento privado.⁶⁶

El principio de legalidad es un principio objetivo, sin consideración de a quién se dirige la investigación o la acusación. Sirve a la imparcialidad, a la Justicia y a la igualdad. Debe el Ministerio Fiscal adecuar su investigación a las leyes penales, y debe ajustar su acusación al tipo penal adecuado. La utilización exacerbada del principio de legalidad conduce no obstante a resultados no queridos por el legislador, y a la investigación de hechos, que siendo delictivos, no merecen por diversas razones que se formule acusación contra ellos. Es por ello que este principio está modulado por el principio de oportunidad y sus excepciones establecidas por el legislador, que veremos en el siguiente punto.⁶⁷ También debe tenerse en cuenta el dato de que de todas las denuncias que le llegan al Ministerio Fiscal, decreta el archivo en un porcentaje que oscila entre el 70 y el 80% de los casos.⁶⁸

Para comprobar la adecuación de la actuación del Ministerio Fiscal a la legalidad,⁶⁹ la actuación del Ministerio Fiscal está sometida siempre a controles internos (§147 GVG), y judiciales, como el *Klageerzwingungsverfahren* de los §§172 y ss StPO, proceso que cabe iniciar por el ofendido contra la resolución del Ministerio Fiscal de no promover la acción pública. Conoce de dicho proceso el Tribunal superior.⁷⁰

Lo que sin embargo no es revisable es la adecuación a la Constitución de la investigación del Ministerio Fiscal. Así lo ha declarado el BverfG,⁷¹ que considera esta labor como de juicio privado del Fiscal,

⁶⁶ PETERS, *Strafprozess*, cit. p. 167.

⁶⁷ PETERS, *Strafprozess*, cit. p. 171.

⁶⁸ PETERS, *Strafprozess*, cit. p. 178.

⁶⁹ BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit. pp. 60 y ss.

⁷⁰ Observa SCHÖNE, Wolfgang, *Líneas generales del proceso penal alemán (instrucción, juicio y tendencias de reforma)*, Justicia 1989, p. 692, que este procedimiento ha perdido su importancia, en razón de la ampliación que ha tenido el principio de oportunidad en la actuación del Ministerio Fiscal, y que hace muy difícil el control judicial de sus decisiones en este sentido.

⁷¹ Sentencia publicada en NSzZ 1984, 228.

sobre la que no cabe hacer comprobaciones. Sin embargo considera la doctrina unánimemente, que si en el modo de llevar la investigación aparecen indicios de arbitrariedad, ello debe bastar para interponer un recurso dirigido a obtener protección jurídica por ese hecho.⁷²

5 Principio de oportunidad

Como dijimos, este principio recoge genéricamente las excepciones al principio de legalidad, ya que este último aplicado estrictamente es contrario, entre otros objetivos del ordenamiento, al principio de economía procesal, y supondría que deberían perseguirse infracciones no dignas de tal persecución, todo ello a decir de la doctrina alemana.⁷³

No se refiere este principio a la posibilidad de perseguir delitos no tipificados por razones de interés público.⁷⁴ Ello iría sin duda en contra del principio de legalidad penal, y específicamente contra una parte de él, el principio de ley previa: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. El principio de oportunidad es sólo una derogación parcial en casos muy concretos, del principio de legalidad. Tampoco se refiere al tema conocido en la doctrina alemana con el nombre de *Diversión*, o posibilidad de renuncia a la continuación de un proceso penal ya abierto. Por el contrario, este principio se refiere a ciertos supuestos en que tanto Fiscales como Jueces, atendidas las circunstancias del caso, deberán archivar el proceso seguido por unas infracciones que están comprendidas en el ámbito de las siguientes excepciones establecidas por la Ley:

– **Delitos de acción privada:** Son los enumerados en el §374 StPO.⁷⁵ Estos delitos serán perseguibles por el ofendido, sin

⁷² PETERS, *Strafprozess*, cit. p. 171.

⁷³ BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit. pp. 61 y ss.

⁷⁴ PETERS, *Strafprozess*, cit. p. 172.

⁷⁵ Muy brevemente, son los siguientes:

1. Allanamiento de morada.
2. Injurias, si no se dirigen contra una Corporación pública política del 194 StGB.
3. Violación del secreto de correspondencia.
4. Lesión corporal.
5. Amenazas.
6. Delitos contra la libre competencia del §299 StGB.
7. Daños.
8. Hechos punibles según la Ley de Competencia desleal.
9. Hechos punibles según la Ley de patentes, Ley de protección monetaria, Ley de modelos registrados, Ley sobre signos de mercancías, Ley sobre modelos de gusto, Ley sobre derechos de autor, Ley concerniente al derecho de autor sobre obras de las artes gráficas y la fotografía.

necesidad de ponerlo en conocimiento previamente del Ministerio Fiscal. Sin embargo, *ex* §376 StPO, podrá el Ministerio Fiscal ejercer la acción pública por esos hechos, si existiera un interés público.

– **Hechos punibles de escasa importancia:** Aquí sí que entra realmente en juego el principio de oportunidad. Si se trata de una falta (*Vergehen*⁷⁶), y la culpabilidad del autor fuera considerada ínfima, el Ministerio Fiscal, si no concurre el interés público, podrá prescindir de la persecución, con la aprobación del órgano jurisdiccional competente (§ 153.1 StPO).⁷⁷

Similar es el caso del §153a StPO, en el cual, previo consentimiento del órgano jurisdiccional competente para conocer del juicio oral, se concede al Ministerio Fiscal la facultad de prescindir provisionalmente del ejercicio de la acción pública por faltas, si al mismo tiempo se obliga al inculpado, bien a que realice una determinada prestación para la reparación de los daños causados, bien a que entregue una cantidad de dinero a una institución de utilidad pública o estatal, bien a que proporcione prestaciones de otro tipo útiles públicamente, o que cumpla obligaciones alimenticias,⁷⁸ o que llegue a un acuerdo de reparación con la víctima, o a que asista a un seminario sobre circulación vial, todo ello en un plazo que fijará el Ministerio Fiscal. Cumplidas por el inculpado estas prestaciones, se considerará que ha desaparecido el interés público en la persecución de ese delito, y el primitivo inculpado no podrá ser ya juzgado por él.

La finalidad en esta ocasión es decididamente político-criminal, dirigida a conseguir la reeducación del individuo, y la enmienda de la falta.

⁷⁶ Tradicionalmente se ha traducido la palabra *Vergehen* por “falta”, lo que no debe extrañar teniendo en cuenta la solemne división del § 12 StGB entre *Verbrechen* y *Vergehen*, que tanto recuerda a la *summa divisio* “delitos y faltas”. Respetarnos esta traducción habida cuenta que el concepto de falta y el de *Vergehen* vienen a ser iguales: El §12 StGB considera que *Vergehen* son los hechos típicos que están sancionados con una pena privativa de libertad inferior a un año, o con una multa. Por su parte el art. 13 del Código Penal entiende que las faltas son infracciones que la Ley castiga con pena leve. Como se ve en ambos casos se establece la diferencia entre delitos y faltas (o entre *Verbrechen* y *Vergehen*) en función de la respuesta punitiva. La única diferencia real, aparte de la tipología de las faltas en uno y otro código, consiste en que en el *Strafgesetzbuch* no existe un capítulo aparte dedicado a las faltas, sino que las mismas se tratan como correlato a delitos cuyos bienes jurídicos protegidos son idénticos o similares.

⁷⁷ Sobre la aplicación del principio de oportunidad en este caso argumenta SCHÖNE, *Líneas generales*, cit. pp. 702-703, que puede causar un indeseable clima de permisividad entre la ciudadanía.

⁷⁸ La Ley no especifica para con quien.

– **Hechos punibles accesorios no esenciales:** Si la pena o medida de seguridad a imponer por un hecho delictivo no tuviese una importancia considerable en relación con otra que ya hubiese sido impuesta, o se fuera a imponer con seguridad, por otro delito, y tuviere autoridad de cosa juzgada esta segunda, el Ministerio Fiscal podrá abstenerse de la persecución del hecho (§ 154 y 154a StPO).

– **Víctimas de chantaje:** El Ministerio Fiscal tendrá la facultad de no perseguir hechos punibles de escasa importancia, si una persona que conociese de los hechos amenazare con su descubrimiento al autor de los mismos (§ 154c StPO). En ese caso se podrá perseguir al chantagista por amenazas.

– **Hechos ocurridos en el extranjero:** Encontramos esta excepción en los §§153c y 154b StPO. En esta ocasión tiene el objeto de respetar el principio de territorialidad, facilitar el reconocimiento de sentencias penales extranjeras, y favorecer el interés público. El Ministerio Fiscal de propia autoridad podrá abstenerse de ejercer la acción pública por delitos, cometidos fuera de Alemania, o cuya condena ya hubiese sido cumplida en el extranjero, o cuando el inculcado debiere ser extraditado a autoridades extranjeras, o expulsado, o incluso cuando del hecho de la persecución se derivaram graves inconvenientes para el Estado Alemán.⁷⁹

– **Delitos políticos:** En los casos de los delitos políticos enumerados en los §§74a. 1. 2 a 4 y 120 ap.2 a 7 GVG, podrá el FGF con el consentimiento previo del ÖLG, abstenerse de la persecución de los hechos, si hubiere habido arrepentimiento activo que haya ayudado al descubrimiento de los hechos delictivos por parte del inculcado.

En los mismos casos, así como en los delitos de deportación y delación política (74a 5 y 6 GVG), podrá el FGF, esta vez por sí mismo, abstenerse de la persecución, si ello supusiera grave perjuicio para el Estado Alemán.⁸⁰

– **Resolución de una cuestión prejudicial de carácter penal, civil o administrativa:** El Ministerio Fiscal podrá abstenerse de la persecución de una falta, hasta que no se declare en el juicio civil o administrativo (pendiente cuando debería iniciar el Ministerio Fiscal la investigación) la realidad o no del hecho en que se fundaría la acción pública (154d StPO).

⁷⁹ BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit. p. 69.

⁸⁰ Sorprende a MARCHENA, *El Ministerio Fiscal*, cit. p. 61, esta prerrogativa del Ministerio Fiscal en caso de desventaja para Alemania. Argumenta este autor que esto no hace más que confirmar el carácter omnímodo del que goza el Ministerio Fiscal en Alemania.

Lo mismo ocurrirá en caso de la persecución de un delito de injurias, si el delito declarado por el injuriante está pendiente de resolución (154e StPO).⁸¹

Argumenta PETERS que en estos casos debe realizar el Ministerio Fiscal una interpretación restrictiva de la resolución que se dé en el juicio previo, ya que no se debe impedir a un hipotético denunciante la facultad de instar la persecución de hechos no englobados por la sentencia previa. Es más, el Ministerio Fiscal no puede, ni teórica ni prácticamente imponer al denunciante la visión que de esos hechos tuvo la sentencia previa, sino que debe permitir denunciados y proceder a la persecución, aunque la versión del denunciante sea diferente a la que dio la sentencia,⁸² ya que de lo contrario se estaría favoreciendo una interpretación formalista del proceso que puede ser contraria a la verdad de los hechos. Además se ha de tener en cuenta que esa sentencia previa nunca es penal, y por tanto el órgano jurisdiccional no habrá contado con las amplias facultades que las normas procesales penales le otorgan a él y a sus colaboradores, por ejemplo, para la averiguación de los hechos.

– Por último prevé la legislación alemana que en caso de que jóvenes delincuentes ya estén cumpliendo medidas educativas que se consideren suficientes para los fines político-criminales, no procederá el Ministerio Fiscal al ejercicio de la acción pública, incluso sin el consentimiento jurisdiccional (§45 JGG).

Nos has parecido necesaria hacer una enumeración bastante exhaustiva de estos casos, a fin y efecto de entender correctamente la motivación general por la que considera el legislador alemán que debe entrar en funcionamiento el principio de oportunidad en la actuación del Ministerio Fiscal.

Queremos señalar para finalizar, que el principio de oportunidad no es la panacea en relación con el principio de legalidad. Si la aplicación estricta de este último llevaba a una indebida persecución de algunos hechos, la aplicación amplia del principio de oportunidad conduciría sin duda a la desaparición del Estado de Derecho.⁸³

⁸¹ Entiende PETERS, *Strafprozess*, cit. p. 176 que en este caso el Ministerio Fiscal no tiene una facultad, sino una obligación.

⁸² PETERS, *Strafprozess*, cit. p. 177.

⁸³ PETERS, *Strafprozess*, cit. p. 177.

6 Principio de inmediación

Conocida es por todos la significación de este principio en lo que a la Autoridad Judicial concierne. En cuanto a los Fiscales la doctrina alemana ha proclamado a veces indirectamente este principio.⁸⁴ Debe señalarse que los Fiscales tienen el deber de asistir a las vistas que se celebren en el procedimiento principal (§226 StPO). Si no pueden asistir, interpreta BAUMANN que pueden hacerse sustituir por otro funcionario de la Fiscalía (§227 StPO).⁸⁵

Como siempre que se producen sustituciones de las personas que deberían ejercer las funciones de sus cargos, nos parece peligroso que un Fiscal pueda ser sustituido por otro. Ciertamente es que el principio de unidad del Ministerio Fiscal queda intacto, pero no creemos que sea conveniente que en una vista pueda tomar parte activa un Fiscal que no ha tenido ninguna relación previa con el caso, que no ha llevado en definitiva la investigación, y no puede por tanto defender con la misma vehemencia que el Fiscal primitivo las conclusiones que extrajo de su investigación.

Sin embargo, desgraciadamente, lo dicho no es en realidad tan grave en la práctica, ya que como dijimos, la gran mayoría de las tareas investigadoras están en manos de la policía, y el Fiscal permanece ajeno a ellas. Por consiguiente, en muchos casos la misma relación tendrá en definitiva con el asunto el Fiscal dedicado desde el principio al caso, que el sustituto. Ambos habrán extraído conclusiones del informe policial, igual de disponible para ambos.

V EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO CIVIL

Pocas veces una figura jurídica habrá tenido peor fortuna en el proceso civil alemán. Al margen de la problemática previa a su introducción, antes comentada, es una figura que históricamente ha sido mirada con total desconfianza por los procesalistas civiles alemanes, que siempre han remitido su estudio al proceso penal,⁸⁶ incluso cuando todavía el Ministerio Fiscal conservaba competencias en el ámbito civil.

⁸⁴ ROXIN, *Strafprozessrecht*, cit. p. 51.

⁸⁵ BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit. p. 92.

⁸⁶ ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, cit. p. 142.

Autores de principios de siglo como HELLOWIG⁸⁷ solían hablar sólo de ella en los casos en que intervenía efectivamente. Otros como ARENS y LÜKE,⁸⁸ no le dedicaron en los tiempos previos a la última reforma ni un solo párrafo.

1 Su función en las diferentes etapas históricas

Ya hablamos en el epígrafe 2º de las circunstancias de la introducción del Ministerio Fiscal en el proceso civil alemán, comentadas por PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ.

Desde el principio se optó por un sistema de lista cerrada en cuanto a la enumeración de las funciones del Ministerio Fiscal. De ese modo, desde 1877, fecha de promulgación de la ZPO y la GVG, podemos decir que el Ministerio Fiscal podía y en ocasiones debía intervenir en asuntos matrimoniales, en las declaraciones de fallecimiento, de filiación, de incapacitación, y en la resolución de estos asuntos por el BGH, entonces *Reichsgericht*, si intervenía el pleno de dicho Tribunal.⁸⁹

Tenía diferentes funciones, unas veces facultativas, otras obligatorias, para preservar el interés general en materias que se consideraran dignas de dicho interés, así como para proteger a los sujetos más débiles en estos procesos.⁹⁰ En general, podía el Ministerio Fiscal intervenir en los debates, aportar nuevos hechos y medios de prueba, emitir opinión sobre la resolución a dictar, presentar demanda antes incluso de plantearse el litigio, e interponer recursos.⁹¹

En la época nacional-socialista se amplían las facultades del Ministerio Fiscal. En 1937, por medio del Reglamento de la Ley de Sociedades Anónimas de 29 de Septiembre de 1937, se permitió que el Ministerio Fiscal pudiera instar, por medio de una demanda, a que el reparto de beneficios de los miembros directivos y del consejo de administración de una sociedad anónima, guardara una proporción que respondiera al bien común, teniendo en cuenta los gastos de la sociedad,

⁸⁷ HELLOWIG, Konrad, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, reimpr. de la ed. de Leipzig 1912, Scientia Verlag Aalen 1980, pp. 5 y ss.

⁸⁸ ARENS, Peter / LÜKE, Wolfgang, *Zivilprozessrecht*. 5ª Ed., München 1992.

⁸⁹ HELLOWIG, *System des deutschen*, cit. pp. 5 y ss.

⁹⁰ Un análisis de las funciones concretas que desempeñaban, puede verse en HELLOWIG, *System des deutschen*, cit., ROSENBERG, Leo, *Derecho Procesal Civil*, trad. a la ed. de 1949. Buenos Aires 1955, p. 146, SCHÖNKE, Adolf, *Zivilprozessrecht*. Verlags AG. 1938, etc.

⁹¹ ROSENBERG, *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 562.

en favor de empleados o instituciones (77.3 y 98. 4 del reglamento a la Ley).⁹² En 1938 se publica otro reglamento con fecha de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en un recurso dirigido a conseguir la cancelación de hipotecas antiguas. En 1940 sale a la luz un nuevo reglamento de 3 de septiembre sobre la intervención del Ministerio Fiscal en un recurso para la cancelación de deudas antiguas, que intentaba un dirigismo gubernamental sobre la Justicia a través del Ministerio Fiscal, que podía recurrir sentencias firmes civiles para conseguir la cancelación de dichas deudas.⁹³

Llegamos a la época en la que el Ministerio Fiscal más funciones ha tenido, a partir de 1941. La figura que no se había modificado prácticamente desde 1877, cambió a través de la Ley de 15 de Julio de 1941, que facultó al Ministerio Fiscal para poder participar en todos los asuntos civiles; más concretamente, para *“introducir y hacer valer el punto de vista o los intereses generales en el proceso (entiéndase, el punto de vista estatal), y alegar asimismo las circunstancias que, por ese mismo motivo, deban ser consideradas en la decisión final del Juzgador.”*⁹⁴

De todas formas lo más polémico con diferencia de esa Ley, fue la llamada revisión extraordinaria (*außerordentliche Wiederaufnahme*), que permitía al Ministerio Fiscal recurrir una sentencia firme en el plazo de un año, *“cuando existiesen dudas considerables de hecho o de derecho sobre la corrección de una resolución judicial, y cuando, a juicio del Ministerio Fiscal, fuera necesario un nuevo proceso y sentencia sobre un caso ya juzgado, por ser la resolución firme de especial importancia para la sociedad alemana”*.⁹⁵ La norma fue criticada duramente entre otros por BÜLOW, a quien aparte de parecerle que provocaba una inseguridad jurídica tremenda a las partes, que no podrían saber cuál era realmente su derecho hasta pasado un año,⁹⁶ estimó incorrecta la celebración de un proceso *quasi*-administrativo sobre un asunto civil, en el que por añadidura, las partes primitivas ni siquiera tenían por qué ser oídas;

⁹² SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, (1938), cit. p. 80.

⁹³ BÜLOW, Arthur, *Die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*. AcP 1949, (XV), pp. 294 y 295.

⁹⁴ “um die Standpunkt der Allgemeinheit im Verfahren und bei der Entscheidung zu berücksichtigenden Umstände geltend zu machen”.

⁹⁵ “wenn gegen die Richtigkeit der Entscheidung schwerwiegende rechtliche oder tatsächliche Bedenken bestanden und wenn er wegen der besonderen Bedeutung der Entscheidung für die Volksgemeinschaft die erneuerte Verhandlung und Entscheidung für erforderlich hielt”.

⁹⁶ BÜLOW, *Die Mitwirkung*, cit. pp. 312 y ss.

además era un proceso que no servía a los intereses de la generalidad de los ciudadanos, dado que la mayoría de los recursos se inadmitían de plano, y nunca se llegaron a resolver más de un 5% de los asuntos.⁹⁷ Era sólo, en definitiva, un instrumento del poder político para atacar ciertas decisiones muy concretas. La ley de 15 de Julio de 1941 fue derogada definitivamente por la Ley de unificación normativa de 12 de Septiembre de 1950, aunque curiosamente muchas de sus previsiones quedaron en vigor en la República Democrática, e incluso fueron reformadas sin suponer un paso atrás en la Ley de 1941, por la Ley de la DDR de 7 de Abril de 1977 sobre el Ministerio Fiscal.⁹⁸

A partir de la Ley de 1950 se volvió a una regulación parecida a la existente antes del nazismo, pudiendo intervenir el Ministerio Fiscal en los asuntos de matrimonio y derecho de familia, cuestiones de incapacitación, y también en los asuntos de esa naturaleza ante el pleno del BGH, y en las cuestiones sobre el reparto de ganancias en las sociedades anónimas, antes explicadas.⁹⁹

Conforme ha ido pasando el tiempo, el Ministerio Fiscal ha ido perdiendo cada vez más peso específico en el proceso civil, y por ejemplo, LENT, en 1959, ya sólo destacaba la participación del Ministerio Fiscal en asuntos de filiación, matrimonio e incapacitación.¹⁰⁰

2 Su función actual

Sea por la desconfianza a su presencia en el proceso civil, sea por razones de efectividad, hasta hace poco tiempo en el proceso civil alemán el Ministerio Fiscal representaba poco más que una figura decorativa. A lo largo de los años se han ido suprimiendo sus atribuciones. En los procesos de filiación, se le ha sustituido por un representante legal *ad hoc*.¹⁰¹ Por otra parte los procesos sobre cuestiones de incapacitación dejaron ya de pertenecer a la jurisdicción ordinaria (los antiguos §§645 a 687 ZPO están derogados), por lo que su

⁹⁷ BÜLOW, *Die Mitwirkung*, cit. pp. 308 y ss.

⁹⁸ JAUERNIG, Othmar, *Zivilprozessrecht*. 24ª Ed., München 1993, p. 47. Un estudio más completo de la situación del Ministerio Fiscal en la DDR se puede obtener en PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo, *El Ministerio Fiscal en Europa*, en: "Temas de derecho actual y su práctica", Madrid 1977, pp. 383-384, y en la bibliografía allí citada.

⁹⁹ SCHÖNKE, Adolf, *Zivilprozessrecht*. Karlsruhe 1951, pp. 83 y 84, ROSENBERG, *Derecho Procesal Civil*. cit. pp. 145-146 y 538 y ss.

¹⁰⁰ LENT, *Diritto Processuale Civile Tedesco*, cit. pp. 334 y ss.

¹⁰¹ Vid. el §640b ZPO: "gesetzlichen Vertreter".

intervención en dichos procesos es imposible. Por último, hasta la Ley de 4 de mayo de 1998 quedaban en manos del Ministerio Fiscal algunas cuestiones matrimoniales, participando en los procesos sobre nulidad y declaración de existencia o inexistencia de un matrimonio (ant-§§631 a 638 ZPO). Con dicha ley se suprimió la intervención del Ministerio Fiscal en esos procesos, atribuyéndose a una autoridad administrativa parte de sus anteriores competencias en dichos asuntos.

Como puede verse, desde la citada Ley de 1998, el Ministerio Fiscal ha desaparecido del proceso civil alemán. Por otra parte parece más adecuado a las circunstancias el hecho de que sea siempre un representante legal o una autoridad administrativa quienes en todo caso se ocupen del menor en los asuntos en que estos intervengan, por el mayor celo y la mayor atención y particularización que esto supondrá para el menor, si dicha atención se compara con la que les suele dedicar el Ministerio Fiscal en la práctica en otros Estados europeos. Además pensemos que el Ministerio Fiscal suele estar dedicado casi con exclusividad a asuntos penales lo que le roba la mayor parte de su atención a las causas civiles. La Ley de 1998 sencillamente ha adecuado la realidad legal a esa realidad material.

VI EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL

Es ésta la sede donde el estudio del Ministerio Fiscal adquiere su importancia. Algunos temas que deberíamos tratar aquí, tales como la organización del Ministerio Fiscal, la elección de sus miembros, o su competencia, ya han quedado descritos en anteriores epígrafes, por lo que a lo dicho en los mismos nos remitimos.

1 Breve historia reciente

Su importación del proceso francés siguió una historia paralela a la relatada en el proceso civil. Lo más destacable de su devenir histórico es el antes y el después de la Nueva Gran Reforma del Proceso Penal de 1974.

Antes de esa reforma el proceso alemán, como a continuación explicaremos, aparecía dividido en tres fases: fase de investigación, período intermedio, y proceso principal. El gran cambio se va a producir en la primera de las citadas fases, la de investigación, ya que antes de la reforma se dividía en dos, una que era conducida por el

Ministerio Fiscal en su mayoría, que PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ traduce por diligencias previas,¹⁰² y otra que era la instrucción propiamente dicha (*Untersuchungsverfahren, o Voruntersuchung*), a cargo del Juez instructor. A partir de la reforma el Juez instructor sale casi totalmente de la escena, desaparece la fase en la que él intervenía, y sus poderes pasan al Ministerio Fiscal. Ésta es la situación que estudiaremos a partir de ahora.

2 Naturaleza jurídica de la figura

La naturaleza del Ministerio Fiscal y su posición jurídica son cuestiones que no se hallan completamente resueltas por la doctrina alemana, ya que no se le encuentra una sede adecuada en la cual pueda desempeñar netamente, y sin objeciones dogmáticas, las funciones que le caracterizan. Baste decir que PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, nuestro primer gran estudioso del proceso alemán, calificó ya hace algunos años la situación de “*gran paradoja*”.¹⁰³

Existen serias dudas entre la doctrina, que ha creado tantas tendencias como posibles opciones teóricas existen. No faltan autores que, por ejemplo, consideran al Ministerio Fiscal como un órgano del Poder Judicial,¹⁰⁴ aunque autónomo de la Jurisdicción.¹⁰⁵ Otros tratadistas estiman que el Ministerio Fiscal es un órgano de la Administración de Justicia, aunque independiente, de manera que no se inscribe ni en el Poder Judicial ni en el Ejecutivo.¹⁰⁶ Ambas opciones son criticadas con dureza por GÖSSEL,¹⁰⁷ quien con respecto a la primera considera inadecuado mezclar en un solo poder del Estado órganos independientes con órganos dependientes de la Administración de Justicia; y con respecto a la segunda entiende que esa teoría que deja al

¹⁰² “Ermittlungsverfahren. PRIETO-CASTRO, El Ministerio Fiscal en Europa, cit. pp. 364 y ss.

¹⁰³ PRIETO-CASTRO, El Ministerio Fiscal en Europa, cit. p. 368.

¹⁰⁴ KLEINKNECHT/MEYER/MEYER-GÖBNER, *Strafprozessordnung*, cit. pp. 1439-1440. WAGNER, *Zur weisungsgebundenheit der Staatsanwälte*, NJW, 63, p. 8.

¹⁰⁵ SCHÖNE, *Lineas generales*, cit. p. 694, que sigue la opinión de SCHMIDT, Eberhardt, *Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justizbehörde*, Monatsschrift für Deutsches Recht, 1964, pp. 629 y ss, y 713 y ss, citado por el propio autor.

¹⁰⁶ ROXIN, *Strafprozessrecht*, cit. p. 50. SCHOREIT, *Comentario al §141 GVG*, en: “AAVV, Karlsruher Kommentar, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz”, München 1999, p. 2253.

¹⁰⁷ GÖSSEL, *Ministerio Fiscal*, cit. pp. 619-620.

Ministerio público a medio camino entre dos poderes, implicando la creación de una suerte de cuarto poder, incompatible con la tripartición estatal. Concluye el citado autor afirmando que el Ministerio Fiscal está encuadrado dentro del Poder Ejecutivo.¹⁰⁸

En lo único que existe cierto acuerdo doctrinal es en la cuestión de que se trata de un órgano¹⁰⁹ o autoridad¹¹⁰ de la Administración de Justicia, dejando a un margen su ubicación teórica en los poderes del Estado. Sin embargo ello no debe hacer pensar que ejerce la función jurisdiccional, pues ésta viene encomendada constitucionalmente a los Jueces (art. 92 GG). Sus resoluciones no tienen efectos de cosa juzgada, y está sometido jerárquicamente a sus superiores. Nunca podría ser por tanto una autoridad judicial.

En lo que hay todavía menos acuerdo es en la posición que el Ministerio Fiscal ocupa dentro de la Administración, y en la relación que el Ministerio Fiscal tiene con la policía. PETERS piensa que el Ministerio Fiscal, además de ser una autoridad de la Administración de Justicia, es una autoridad administrativamente concebida para la persecución penal, en definitiva una autoridad administrativa a la que le incumbe la investigación de los delitos, actividad en la que se equipara con la policía.¹¹¹ ROXINI¹¹² opina por su parte que el Ministerio Fiscal no es una autoridad administrativa pura, ya que su actividad no está orientada a las exigencias de la Administración, sino, como los propios Jueces, a la Verdad y la Justicia. Adoptando una postura más práctica opina BAUMANN que al Ministerio Fiscal le corresponde la dirección de la labor policial, aunque en realidad sea la policía la que conduce y lleva a cabo las investigaciones. Por ello, y después de aludir a los autores que han defendido una neta separación entre la policía y el Ministerio Fiscal, y a los que los han considerado completamente unidos,¹¹³ se muestra a favor de una posición ambigua en este punto, a medio camino entre una y otra postura.

¹⁰⁸ GÖSSEL, *Ministerio Fiscal*, cit. pp. 620-621.

¹⁰⁹ BAUMANN, cit. p. 166.

¹¹⁰ ROXIN, *Strafprozeßrecht*, cit. p. 50, PETERS, *Strafprozeß*, cit. p. 163. Por último, acumulando la configuración como "órgano" a la de "autoridad", KREY, *Strafverfahrensrecht*, cit. p. 136-137.

¹¹¹ PETERS, *Strafprozeß*, cit. p. 163.

¹¹² ROXIN, *Strafprozeßrecht*, cit. p. 50.

¹¹³ PETERS, *Strafprozeß*, cit. p. 163.

Para PETERS, como decíamos, el Ministerio Fiscal tiene una doble caracterización, como órgano de la Administración, y como órgano de la Administración de Justicia, siendo este segundo carácter lo que le separa de la Policía. Sin embargo más adelante¹¹⁴ argumenta que como autoridad de la Administración de Justicia, no debe perseguir ningún fin típicamente administrativo, sino que sólo debe servir a la Justicia del caso concreto, acusando o exculpando, cuando proceda. Más adelante considera al Ministerio Fiscal como un órgano puente entre la Policía y la Justicia, y se muestra en contra de la inclusión de aquella en ésta.¹¹⁵

En conclusión, lo único que con seguridad podemos afirmar es que el Ministerio Fiscal es un órgano de la Administración de Justicia, y que sirve a los fines de la Justicia, lo que obviamente no quiere decir que sea un órgano del Poder Judicial. Su posición autónoma con respecto al resto de órganos de la Administración de Justicia es necesaria para la actuación imparcial y tampoco es discutida.

Su separación respecto de la policía es meramente funcional. La policía no puede ejercer la acusación, sólo puede investigar, y el Ministerio Fiscal está facultado para hacer ambas cosas. De todos modos, la inclusión de la policía en la Administración de Justicia, más que un problema teórico, es una cuestión que debe resolver el modelo constitucional de cada Estado.

Personalmente estimamos que el Ministerio Fiscal es la última posibilidad que tiene el Ejecutivo de influir en la función jurisdiccional, sin afectar a la imparcialidad, ya que obviamente el Ministerio Fiscal no debe tener intervención alguna en la elaboración definitiva de la resolución judicial. Se respeta así la independencia del Poder Judicial, pero obligándole a que escuche la opinión del Ministerio Fiscal, a veces de origen gubernamental. Puede no convencer este resultado, pero las funciones del Ministerio Fiscal y su sumisión jerárquica conducen a esta conclusión.

Recordemos para concluir que como decía el FGF, las instrucciones del Ministro al FGF no se habían producido nunca en la práctica. Es importante que así sea, pues una investigación “conducida”, puede dar lugar a una resolución judicial errónea realizada por Jueces que confiaron en la labor investigadora del Ministerio Fiscal.

¹¹⁴ PETERS, *Strafprozess*, cit. p. 164.

¹¹⁵ BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit. pp. 168 y ss, con gráficas expresiones, no toma una postura clara sobre este terna. Se muestra a favor de la modernización de la Justicia, pero en contra de la inclusión, más que de la Policía, de sus métodos, en el Poder Judicial.

Otra cuestión interesante es si el Ministerio Fiscal actúa como parte en el proceso penal alemán, integrando el contradictorio. En este tema la doctrina parece unánime y contrasta sobremanera con la postura mayoritariamente mantenida por la doctrina española.¹¹⁶ A decir de los autores alemanes, el Ministerio Fiscal no es parte en el proceso penal, ya que no persigue ningún interés propio, sino que su única función es contribuir a la averiguación de la verdad.¹¹⁷ El hecho de que monopolice la acusación en la fase principal del procedimiento, es una cuestión aparte que analizaremos más adelante. No es parte porque según BAUMANN,¹¹⁸ si lo fuera, tendría que estar en una situación de completa igualdad con el acusado, cuando esto no es así, ya que el acusado no tiene ni los poderes investigadores ni las facultades procesales que tiene el Ministerio Fiscal.

La averiguación de la naturaleza del Ministerio Fiscal no es un tema sin importancia. Precisamente de ella depende, por ejemplo, la determinación de si el Ministerio Fiscal es un órgano recusable. ROXIN,¹¹⁹ de una forma un tanto enrevesada, considera como principio que debe ser admitida la recusación del Ministerio Fiscal, al ser un órgano que al igual que los jueces, tiene la obligación de perseguir la Justicia y a la Verdad. El problema a partir de ahí consiste en buscar un precepto que pueda fundamentar dicha recusación, y entiende ROXIN que dicha “recusación” debería proceder previa solicitud en este sentido del acusado al superior jerárquico, que éste podría atender en virtud de la facultad de sustitución del § 145 GVG antes referida. Si denegare la solicitud, ROXIN entiende que dicha denegación se concretaría en un “acto de la administración de justicia”, sobre cuya adecuación a derecho

¹¹⁶ Por todos, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *El Ministerio Fiscal*, RDPProc. 1979, pp. 643-644.

¹¹⁷ PETERS, *Strafprozess*, cit. p. 164, ROXIN, *Strafprozessrecht*, cit. p. 50. KREY, *Strafverfahrensrecht*, cit. p. 146-145. Con similares razones, GÖSSEL, *Ministerio Fiscal*, cit. p. 621. SCHÖNE, *Líneas generales*, cit. p. 694, KLEINKNECHT, Theodor / MEYER, Karlheinz / MEYER-GÖßNER, Lutz, *Strafprozessordnung*, München 1995, p. 1440. VOLK, *Strafprozessrecht*, cit. p. 18. Al hilo de la práctica judicial discrepa de esta categorización KÜHNE, *Strafprozesslehre*, cit. pp. 36-37, quien refiriéndose a su propia experiencia, observa que en la gran mayoría de las ocasiones el Ministerio Fiscal no se comporta como un órgano imparcial, sino que contraviniendo el deber de objetividad al que está obligado, soslaya con frecuencia las pruebas de descargo, comportándose como un auténtico acusador parcial, más que como un órgano independiente de la Jurisdicción penal, como vimos que le categorizaba parte de la doctrina.

¹¹⁸ BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit. pp. 53 y ss.

¹¹⁹ ROXIN, *Strafprozessrecht*, cit. p. 52.

resolvería la jurisdicción ordinaria a tenor de lo dispuesto en el §23 de la EGGVG.¹²⁰ Evidentemente, para entender aplicable este último párrafo es imprescindible concebir al Ministerio Fiscal como una autoridad de la Administración de Justicia (*Justizbehörde*), tal y como vimos que lo hacía ROXIN. Sin embargo opina PETERS, que como el Fiscal no es un Juez, sencillamente no es recusable. No obstante es consciente de lo discutible de su opinión, y deja la cuestión en el aire citando doctrina sobre el particular, y una sentencia del BVerfG de 1979, en la que se considera que el hecho de que participe en un proceso un Fiscal parcial, constituye una violación de los principios del Estado de Derecho.¹²¹

Lo que subyace detrás de toda esta polémica, como advierte KREY, es el hecho de que el legislador nunca pensó en que el Ministerio Fiscal hubiera de ser un órgano recusable, habida cuenta de la facilidad con que su superior jerárquico podía sustituirlo si era necesario.¹²² Esa idea del legislador ha sido considerada insuficiente por casi toda la doctrina, y de ahí han surgido intentos como el de ROXIN de encontrar un apoyo legal a la existencia de la recusación.¹²³ La problemática sigue abierta en la actualidad.

¹²⁰ §23 EGGVG. (*Rechtsweg bei Justizverwaltungsakten*). (1) *Über die Rechtmäßigkeit der Anordnungen, Verfügungen oder sonstigen Maßnahmen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten auf den Gebieten des bürgerlichen Rechts einschließlich des Handelsrechts, des Zivilprozesses, der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Strafrechtspflege getroffen werden, entscheiden auf Antrag die ordentlichen Gerichte. Das gleiche gilt für Anordnungen, Verfügungen und sonstige Maßnahmen der Vollzugsbehörden im Vollzug der Jugendstrafe, des Jugendarrestes und der Untersuchungshaft sowie derjenigen Freiheitsstrafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung, die außerhalb des Justizvollzuges vollzogen werden.*

(2) *Mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung kann auch die Verpflichtung der Justiz- oder Vollzugsbehörde zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes begehrt werden.*

(3) *Soweit die ordentlichen Gerichte bereits auf Grund anderer Vorschriften angerufen werden können, behält es hierbei sein Bewenden.*

¹²¹ PETERS, *Strafprozess*, pp. 164-165.

¹²² Recogiendo estos antecedentes legislativos, KREY, *Strafverfahrensrecht*, cit. p. 162.

¹²³ Apoyo legal el del §145 GVG que KREY, *Strafverfahrensrecht*, cit. p. 163, considera "infecundo", por no fundar una obligación de recusación del Ministerio Fiscal, sino una mera facultad. Vid. *ibidem* para un extenso y detallado resumen del resto de intentos doctrinales para encontrar una solución *de lege data* al problema.

3 Funciones en la fase de instrucción

El Ministerio Fiscal tiene conferida en exclusiva la dirección de la investigación previa a la celebración del juicio.¹²⁴ Las funciones del Ministerio Fiscal en esta fase se pueden dividir en tres categorías:

- Tramitación de las denuncias y solicitudes penales¹²⁵ que le sean presentadas, de manera oral o escrita (§158 StPO).

- Dirección y colaboración en el procedimiento de investigación, realizando las actividades oportunas (§160 y ss StPO). Dichas actividades serían por ejemplo tomar declaración a testigos y peritos, u obligarles a comparecer y declarar (si la declaración ha de ser jurada hace falta el concurso del Juez) (§161 a 1 StPO). También puede forzar la comparecencia del imputado, aunque naturalmente sin obligación de declarar (§163a.3 StPO). Puede ordenar, por lo demás, bajo ciertas circunstancias, la vigilancia continuada de lugares o personas por tiempo no superior a un mes, puesto que a partir de dicho plazo requiere autorización judicial (§163f StPO).

- Realizar aquellas actuaciones urgentes cuya demora pueda frustrar su finalidad: Se trata de medidas de naturaleza coercitiva, para cuya adopción es precisa siempre la aprobación judicial. Entre ellas está la detención provisional, si concurrieren los presupuestos para haber dictado una orden de prisión (§127.2 StPO), o la detención de las personas que perturbaren en un momento determinado una actuación de investigación (§164 StPO), o el establecimiento de puestos de control para asegurar, por ejemplo, una captura urgente (§111 StPO), o la orden de busca urgente, así como la publicación de fotografías del imputado o de un testigo, también urgente (§§ 131a, 131b y 131c StPO), o el secuestro, la orden y ejecución del embargo (§§ 98 y 111c-1 StPO), o la ordenación del secuestro de una obra escrita (§111n StPO). Sin ánimo de exhaustividad otras son la intervención de

¹²⁴ GÖSSEL, *Ministerio Fiscal*, cit. p. 627. SCHÖNE, *Líneas generales*, cit. p. 693. De manera similar KÜHNE, *Strafprozesslehre*, cit. p. 32.

¹²⁵ Es la traducción de *Strafanträge* de GOMEZ COLOMER, *El proceso penal*, cit. pp. 148 y ss, que desde luego es más descriptiva y literal que la tradicional de "querella", ya que el *Strafantrag* no es estrictamente una querella en el sentido dado a esta palabra por nuestra legislación procesal penal. Al contrario, el *Strafantrag* se correspondería con la querella en los delitos privados y semipúblicos sólo de forma muy parcial si se tiene en cuenta su contenido, en el que no podemos entrar en este momento. Vid. Al respecto por todos, PETERS, *Strafprozess*, cit. pp. 194 y ss y 529 y ss, donde se detallan las diferencias existentes entre la *Anzeige*, el *Antrag auf Strafverfolgung*, y finalmente un subtipo de este último, el *Strafantrag*.

correspondencia (§§99 y 100 StPO), el registro en lugar cerrado (§105.1 StPO) u de personas y cosas, inspecciones corporales del imputado (§81a. 2 StPO) u otras personas relacionadas con el delito (§81c. 5 StPO) o la intervención de comunicaciones (§100b. 1 StPO).

Las facultades están completamente tasadas de acuerdo con el principio de legalidad que rige las normas penales y procesales, y no podrán ser ampliadas en ningún caso.¹²⁶ Como ya se dijo, el *Ermittlungsrichter* no tiene facultades investigadoras. Sólo en casos de urgencia en que no pueda acudir al Ministerio Fiscal por la premura de tiempo, el Juez podrá ordenar diligencias de investigación.¹²⁷

4 Funciones en el periodo intermedio

La función del Ministerio Fiscal en esta fase es muy concreta. Según el §170 StPO deberá el Ministerio Fiscal promover la acción pública dependiendo de si de la investigación surgen suficientes motivos para ejercitarla.

Su actuación en esta fase debe limitarse a presentar el escrito de acusación ante el órgano jurisdiccional, siempre que lo considere oportuno en cumplimiento de la legalidad. Con anterioridad a ese momento, el §163a StPO, le obliga a disponer un trámite de audiencia al imputado, a fin y efecto de que éste pueda ejercitar debidamente su derecho de defensa, pudiendo proponer pruebas que conduzcan a su exculpación. Si tras la celebración de dicha audiencia el Ministerio Fiscal continuara convencido de la culpabilidad del imputado, presentará definitivamente el escrito de acusación. Reiteramos que el sostenimiento de la acusación es potestad del Ministerio Fiscal, ajustándose siempre a la Ley, y considerando las posibles causas de excepción a la persecución que tratamos más arriba.¹²⁸

La decisión final sobre la apertura del proceso principal corresponde al órgano jurisdiccional, pudiendo éste denegarlo por medio de auto. El auto es impugnabile a través de la *Beschwerde* por el Ministerio Fiscal, si la no-apertura obedeció a un vicio procesal (206a. 2 StPO) o a motivos de fondo, o si el Juez o Tribunal competente lo remitió a otro órgano jurisdiccional diferente, en contra de la opinión del Ministerio Fiscal.

¹²⁶ BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit. pp. 170 y ss.

¹²⁷ §165 StPO [*Richterliche Nothandlungen*] Bei Gefahr im Verzug kann der Richter die erforderlichen Untersuchungshandlungen auch ohne Antrag vornehmen, wenn ein Staatsanwalt nicht erreichbar ist.

¹²⁸ BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit. pp. 174 y ss.

5 Funciones en el juicio oral

El Ministerio Fiscal deberá estar siempre presente en el juicio oral (literalmente “fase o vista principal” (§226 StPO)). Las funciones que al Ministerio Fiscal se le otorgan en esta fase no son más que expresión del principio acusatorio que rige el proceso penal. Existe por tanto la lógica división de las funciones procesales, y por tanto, ya que el Juez no puede acusar, esa función se le encomienda a un órgano independiente del Juez, que no es otro que el Ministerio Fiscal. Se busca con esta división una protección del acusado.¹²⁹

Dictado el auto de apertura del juicio (vista principal), y en caso de que éste contenga una calificación diferente con respecto al escrito de acusación, o difiera en la elección del órgano jurisdiccional competente, o en cualquier otra cuestión, el Fiscal deberá modificar convenientemente su escrito de acusación para la vista (§207.3 StPO).

En la vista principal, y tras la mención de la causa (*Aufruf der Sache*)¹³⁰ por el Juzgador (el Presidente si se trata de un tribunal) y el interrogatorio del acusado sobre sus circunstancias personales, el Fiscal leerá el escrito de acusación redactado conforme al auto de apertura.¹³¹ Se intenta con esto que el acusado esté informado en todo momento de la acusación para facilitar sus posibilidades de defensa. Lo dicho es expresión del llamado “monopolio de la acción penal” del Ministerio

¹²⁹ BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit. pp. 56 y ss.

¹³⁰ Entendemos que aunque esta traducción del citado formulismo sea etimológicamente menos literal, es superior a la de “invocación de la causa”, o incluso a la literalmente más correcta de “llamada de la causa” que realizó GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal*, cit. p. 359, del §243 StPO, o a la de “anuncio formal de la apertura del caso” que realiza SCHÖNE, *Líneas generales*, cit. p. 703, por ser excesivamente extensa, pese al ajuste a la realidad de la expresión, o incluso a la de “apertura de la sesión” (“*se abre la sesión*”), que probablemente fuera la más fiel desde un punto de vista semántico. La acepción de “mención” que empleamos (recuerdo o memoria que se hace de una persona o cosa, nombrándola, contándola o refiriéndola), se ajusta mejor al sentido de la expresión alemana que cualquiera de las acepciones admitidas de la palabra “invocación” (de “invocar”, llamar uno a otro en su favor y auxilio. Acogerse a una ley, costumbre o razón; exponerla, alegarla). Piénsese además que nuestra tradición procesal penal no conoce una expresión similar aparte de la indicada, razón de su inexistencia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo cual no se puede tachar esta traducción de barbarismo, siendo necesario construir una expresión nueva. Por ello proponemos la de “mención”.

¹³¹ GÓMEZ COLOMER realiza en este punto una traducción del §243 StPO y se refiere a la lectura de la “frase de acusación” por el Fiscal. Creemos que podríamos hablar simplemente de “la acusación”, pues el Fiscal se limita a exponer el contenido del escrito de acusación, haciendo apreciaciones sobre el auto de apertura.

Fiscal. El Ministerio Fiscal es el único encargado de representar la acusación en esta fase (§243.3 StPO).¹³²

Prácticamente concluye aquí la actuación “oficial” del Ministerio Fiscal. La dirección de la vista principal está a partir de ese momento a cargo de los Jueces. El Ministerio Fiscal participará en los debates de forma similar al defensor, lo que es expresión del principio de igualdad en el proceso, aunque la doctrina alemana no considere al Fiscal como parte. Tiene derecho a efectuar declaraciones después del interrogatorio del acusado y después de cada una de las pruebas, declaraciones por otro lado, que no podrán avanzar el informe que se realiza al final de esta fase, antes de dictar sentencia y de tomar el acusado la última palabra (§257.1 StPO). Este informe está dirigido a fijar y clarificar los puntos en los que se deberá basar la decisión judicial. También se permite y es conveniente una declaración del Ministerio Fiscal sobre la pena a imponer.¹³³ Expuesto el informe, tendrá el Fiscal derecho a réplica tras oír el informe del defensor (§258 StPO).

No se podrá dictar ninguna resolución, ni en la vista principal ni fuera de ella, si antes el Ministerio Fiscal no ha sido oído sobre cada particular, en forma oral o escrita (§33.1 y 2 StPO).

Estas son las facultades del Ministerio Fiscal en la vista.¹³⁴ Se discute sin embargo si el órgano jurisdiccional tiene potestad para obligar al Ministerio Fiscal a ajustarse a la ley en el informe de las conclusiones, y

¹³² PETERS, *Strafprozess*, cit. p. 178. KREHL, Christoph, *Comentarios*, en: “LEMKE, Michael / JULIUS, Karl-Peter / KREHL, Cristoph / KURTH, Hans-Joachim / RARTENBERG, Erardo Cristoforo, *Strafprozessordnung*”, Heidelberg, 1999, p. 587. VOLK, *Strafprozessrecht*, cit., pp. 14 y 17.

¹³³ PETERS, *Strafprozess*, cit. pp. 179 y ss.

¹³⁴ Por experiencia propia en los *Amtsgerichte* de Colonia y Munich, podemos testimoniar que el Ministerio Público realiza un escaso uso de todas las facultades descritas. En la vista se observaba una total colaboración del Ministerio Fiscal con el Juez, y bien parecía que previamente hubieran repasado juntos los casos. El Juez llevaba, como es lógico, toda la dirección de la vista. El Fiscal generalmente no realizaba apreciaciones especiales, y las que hacía no solían estar cargadas precisamente de vehemencia, por lo que escasamente influía en el acusado, aunque mucho menos en su defensor o en los testigos. El que sí acostumbraba a actuar muy activamente, tratando de preguntar y averiguar lo más posible, es el Juez. El Fiscal se limitaba a leer la acusación (venía a tardar entre unos veinte segundos y un minuto), y al final emitía su informe sobre la vista, que solía reproducir lo dicho en un principio. Prácticamente con estas dos actividades concluía su actuación más destacable. La aportación de pruebas solía también por cierto resumirse en ese primer informe inicial, lo que puede parecer sorprendente.

en el resto de sus funciones en la vista.¹³⁵ El problema es el siguiente: ¿Qué ocurre, por ejemplo, si el Ministerio Fiscal se niega a realizar el informe, por estimar que se han producido vicios procedimentales, y en consecuencia, se debe repetir el proceso?.¹³⁶ El órgano jurisdiccional no puede dar órdenes al Ministerio Fiscal en este sentido, ya que es independiente del poder judicial, y las facultades de dirección y control del proceso por parte del Juzgador se limitan a cuestiones procedimentales, en lo que al Ministerio Fiscal se refiere. No podría por consiguiente obligarle a emitir el informe. En el mismo sentido se discute si el órgano jurisdiccional puede obligar al Ministerio Fiscal a no realizar o retirar ciertas manifestaciones de su informe, o de sus intervenciones en la vista, en cuanto sean inconducentes, capciosas o sugestivas. Existe poca jurisprudencia sobre estos asuntos. Acerca del tema del informe y su obligatoriedad, por ejemplo, la jurisprudencia obliga al Ministerio Fiscal a realizar un informe sobre el fondo, a pesar de existieran en su opinión vicios formales, que también, no obstante, deben ser denunciados.¹³⁷

Sobre su actuación en la vista, piénsese en la importancia de las manifestaciones del Ministerio Fiscal tras la declaración de un testigo, en orden a influir al Juzgador o al propio defensor para articular su estrategia. PETERS concluye que es difícil controlar la actuación del Ministerio Fiscal en este tema. Después de apelar a la objetividad de la actuación del Ministerio Fiscal, acaba dando como única posibilidad la prescrita en el §176 GVG sobre policía de estrados. Interpretando ampliamente esta norma, el Juez, o el Presidente del Tribunal que conociera, dentro de su función de mantener el orden, podría cortar estas intervenciones impertinentes del Ministerio Fiscal. Sin embargo la discusión está, como hemos dicho, en que ello podría atentar contra el principio de independencia del Ministerio Fiscal con respecto de los Jueces y Tribunales proclamado en el §150 GVG.

¹³⁵ Vid. PETERS, *Strafprozess*, cit. pp. 178 y ss, donde el citado autor realiza una amplia investigación doctrinal sobre este punto.

¹³⁶ Caso real resuelto por el OLG de Düsseldorf, NJW 63, 1167. El OLG se decidió por la obligatoriedad del informe del Ministerio Fiscal sobre el fondo, a pesar de los vicios procedimentales, ya que estos deben ser declarados por el órgano jurisdiccional, no por el Fiscal, que sólo puede denunciarlos.

¹³⁷ Ver nota anterior.

Cierto es que el Ministerio Fiscal puede “portarse mal” sin temor a reacciones del órgano jurisdiccional, pero no es menos cierto que el Juzgador también es libre al tomar su decisión, y al haber estado presente en la vista, puede determinar cuál ha sido la influencia real del Ministerio Fiscal en toda esta fase, y puede dictar en consecuencia una resolución alejada completamente de los criterios del Ministerio Fiscal. No obstante, sigue siendo peligrosa la actuación tan libre del Fiscal, ya que si bien esta libertad contribuye a la averiguación de la verdad, podría no ser así en todos los casos.

Hay que replantearse la función del Ministerio Fiscal, averiguando hasta qué punto le está permitido utilizar su especial posición dentro de la proceso para tratar de influir en la labor y decisión judicial.¹³⁸ No se puede negar, con todos los respetos y por mucho que se discuta, que no hay igualdad por lo menos fáctica, entre el Ministerio Fiscal y el defensor. Por ello deben poner los Fiscales todo el celo posible en lograr la objetividad de su actuación.

Por último, puede el Ministerio Fiscal interponer recursos (art. 296 y 301 StPO). BAUMANN entiende que ese poder tiene que ser en ocasiones un deber si el recurso ha de favorecer al acusado. En este caso, si el Ministerio Fiscal quisiera desistir del recurso, debe contar con el consentimiento del acusado (§302 StPO). Rige por lo demás la prohibición de *reformatio in peius* en casación (§358 StPO) para la resolución de los recursos presentados por el Fiscal.¹³⁹

6 Funciones en fase de ejecución

Esta es la última fase en la que la Ley prevé que el Ministerio Fiscal puede intervenir.

Según el §451 StPO, el Ministerio Fiscal es autoridad de ejecución, y no tiene limitada su función en razón del llamado principio de territorialidad, es decir, puede realizar actividades de ejecución de resoluciones penales aunque las mismas deban ejecutarse fuera del partido judicial del órgano jurisdiccional en el que realice su función.

¹³⁸ PETERS, *Strafprozess*, cit. p. 180. No dice PETERS nada sobre esta situación de privilegio del Ministerio Fiscal con respecto al resto de participantes en la vista. Sin embargo se refiere a la cuestión de si el Ministerio Fiscal podría utilizar en la vista medios de prueba, que exciten la sensibilidad de los Jueces, y que en definitiva pueden afectar a su decisión final.

¹³⁹ BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit. pp. 176 a 178.

BAUMANN¹⁴⁰ calificó de desacertada esta facultad del Ministerio Fiscal, habida cuenta de que provocaba que la ejecución se lleve a cabo por un Fiscal demasiado alejado del lugar de cumplimiento de la condena, y abogaba por la creación de órganos especiales para estos menesteres. Las últimas reformas parecen haber seguido este camino, al menos en parte.¹⁴¹

Tendrá que oírse al Ministerio Fiscal en todas las decisiones judiciales sobre modificación o suspensión de la pena, o incluso abstención de la imposición de la pena. Se está pensando entre otros, en casos de abstención por extradición del condenado (§456a StPO), o aplazamiento de la pena por enfermedad mental del condenado u otras enfermedades que pongan en peligro la vida del condenado (§455 StPO), o por los perjuicios económicos que la pena privativa de libertad ocasionaría a la familia del condenado (§456 StPO). También puede producirse dicha abstención de ejecución de la pena por razones organizativas, por ejemplo por superpoblación de centros penitenciarios (§455 a StPO).¹⁴² Asimismo, tiene el Ministerio Fiscal la facultad de decidir sobre las condiciones de pago que se impondrán al condenado para el cumplimiento de una condena pecuniaria —normalmente para facilitar dicho pago—, y también para decidir sobre la imposición de una pena privativa de libertad sustitutoria en caso de no pagar la pena pecuniaria (§459a y e StPO).

Destaca BAUMANN por último, y dentro del proceso de ejecución, la posibilidad que posee el Ministerio Fiscal de dictar una orden de detención si el condenado no se presentare a la citación realizada por el propio Fiscal. Dicha detención puede ordenarse sin el concurso del órgano jurisdiccional (§457 StPO).

¹⁴⁰ BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit. pp. 178 y ss.

¹⁴¹ La reforma acaecida a través de la Ley de 3 de mayo de 2000 ha introducido un párrafo 5 cri el §143 GVG que tiene el siguiente tenor: “Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung einer Staatsanwaltschaft für die Bezirke mehrerer Land- oder Oberlandesgerichte die Zuständigkeit für die Strafvollstreckung und die Vollstreckung von Maßregeln der Besserung und Sicherung ganz oder teilweise zuzuweisen, sofern dies für eine sachdienliche Förderung oder schnellere Erledigung der Vollstreckungsverfahren zweckmäßig ist. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung den Landesjustizverwaltungen übertragen.”

¹⁴² BAUMANN, *Conceptos fundamentales*, cit. pp. 178 y ss.

7 Otras posibles funciones del Ministerio Fiscal

Parte de la doctrina considera conveniente que el Ministerio Fiscal pudiera emprender por sí mismo diligencias tendentes a la prevención de delitos. Dado que el Ministerio Fiscal, como investigador, es el que mejor conoce los hechos delictivos y sus autores, debería también poder tomar medidas en orden a la prevención de nuevos hechos punibles.

Sin embargo, como dijimos antes, la investigación está en la práctica en manos de la Policía, y mucho nos tememos que si estas actividades de prevención debieran partir del Ministerio Público, con toda probabilidad partirían de la propia policía, lo que no parece deseable. No hay que desdeñar no obstante esta posibilidad planteada por PETERS,¹⁴³ siempre y cuando se produjera en la investigación penal una labor más activa del Ministerio Fiscal, y que por tanto controlase en mayor medida la actuación policial.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BGH:	<i>Bundesgerichtshof.</i>
BVerfG:	<i>Bundesverfassungsgericht.</i>
DDR:	<i>Deutsche Demokratische Republik.</i>
FGF:	Fiscal General Federal (<i>Generalbundesanwalt</i>).
GG:	<i>Grundgesetz.</i>
EGGVG:	<i>Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.</i>
GVG:	<i>Gerichtsverfassungsgesetz.</i>
JGG:	<i>Jugendgerichtsgesetz.</i>
LG:	<i>Landgericht.</i>
OLG:	<i>Oberlandesgericht.</i>
StGB:	<i>Strafgesetzbuch.</i>
StPO:	<i>Strafprozeßordnung.</i>
ZPO:	<i>Zivilprozeßordnung.</i>

¹⁴³ PETERS, *Strafprozeß*. cit., p. 181.