

EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO CIVIL

SUMARIO. I. EL INTERÉS PÚBLICO EN EL PROCESO CIVIL: 1) *Proceso e interés público*. 2) *Proceso e intereses colectivos. Legitimación de grupos sociales*. 3) *Interés público en el proceso y Ministerio Público*. II. EL MINISTERIO PÚBLICO, NATURALEZA Y FUNCIÓN (con especial referencia a Latinoamérica y Uruguay): 4) *Breve bosquejo histórico-comparativo*. 5) *El Ministerio Público en Latinoamérica*. 6) *Naturaleza y funciones del Ministerio Público*. 7) *Funciones del Ministerio Público en el proceso civil en el derecho uruguayo*. III. LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO CIVIL: 8) *Formas de actuación del Ministerio Público en el proceso: como parte, como tercero, como auxiliar del juez*. 9) *La posición del Ministerio Público en el proceso. Deberes y derechos*. IV. LA ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN URUGUAY: 10) *Los principios que rigen la organización del Ministerio Público*. 11) *La organización*. V. CONCLUSIONES SOBRE EL MINISTERIO PÚBLICO, PERSPECTIVAS Y TENDENCIAS: 12) *El Ministerio Público en el Uruguay. Realidades*. 13) *El Ministerio Público y la defensa de las clases necesitadas en Uruguay*. 14) *Perspectivas. Futuro del Ministerio Público. Su papel en el proceso moderno frente al rol activo del juez*. 15) *Poderes del Ministerio Público y derechos de los individuos. Conclusión*.

I. EL INTERÉS PÚBLICO EN EL PROCESO CIVIL.

1) *Proceso e interés público*

Siempre se ha contemplado el interés público dentro del proceso, especialmente en el penal, donde es prevalente. No obstante en nuestra época existe una acentuación de esta tendencia. El fenómeno de la publicización del proceso resulta evidente¹ y proclamado por todos los procesalistas. La novedad de nuestro siglo la constituye esa tendencia dentro del proceso civil que lo ha llevado, especialmente por esto, a aproximarse al penal. Hemos procla-

¹ Desde principios de siglo se comenzó a señalar la finalidad pública del proceso. Tales tendencias aparecen ya en los autores italianos como Chiovenda, y, por supuesto, Carne-lutti. Es la posición de toda la doctrina principal de la primera mitad de nuestro siglo. Rosemberg, por ejemplo, señalaba que el derecho procesal tiene por objeto la organización estatal de la justicia, el efecto de las resoluciones descansan en el poder público del Estado. Seguía diciendo que el proceso es una institución para protección de la comunidad, y su fin el aseguramiento de la paz todo lo cual ratifica dicho carácter (*Tratado de Derecho procesal*, ed. española, Buenos Aires, 1955, t. I, p. 7 y 8).

Más adelante este carácter se ha acentuado lo que recalcan los autores modernos. Entre tanto: Mauro Cappelletti. *Proceso e ideología*. También *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Ejea, Buenos Aires, 1972, p. 128.

mado la unidad de ambos procesos de modo de poderse construir una "teoría general"² y hasta han aparecido algunos códigos comunes.³

Este fenómeno de publicización resulta de una tendencia general del derecho, que invade también al sustancial, y se manifiesta, específicamente, en el proceso que ha sido concebido por los autores modernos como un conjunto de actos tendientes más que a la resolución de un conflicto, a la "actuación de la ley" o a la imposición del derecho, o de la paz social, etcétera. Su función (y fin) lo coloca dentro del campo público, lo que tiene una serie de consecuencias, que no cabe estudiar en este trabajo.

El fenómeno, pues, atañe al "proceso", y por consiguiente se da en todo tipo y clase. Naturalmente que, sin perjuicio de ello, y en atención al contenido, existen ciertos procesos en los cuales el interés público es mayor que en otros. Es decir que la pretensión deducida se encuentra en el ámbito de dicho interés.

En todo caso este interés público aparece reiteradamente en el proceso y, justamente, dentro del tema de su defensa es que debemos ubicar el instituto del Ministerio Público.

2) *Proceso e intereses colectivos. Legitimación de grupos sociales*

De nuestra época de socialización uno podía escapar el proceso.⁴ Los grupos colectivos que tanto actúan en nuestra vida social y que deben ser recogidos en su existencia jurídica, reconociéndoseles derechos y deberes (sustanciales) tienden a aparecer, también, en el proceso. Inicialmente se los coloca dentro de los moldes clásicos, esto es, actúan como representantes de quienes los apoderan, es decir, en defensa de intereses subjetivos (o derechos individuales) de particulares (aunque puedan ser muchos y agrupados). Pero modernamente comienzan, al menos en ciertos derechos, a ser reconocidos en la defensa del interés colectivo que les da nacimiento.⁵

² Especialmente en las IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal (Venezuela, 1967). Trabajos importantes fueron presentados a esas jornadas sobre el tema: "Teoría General del Proceso. Enseñanza de la misma". Todos coincidiendo en la uniformidad. Ver especialmente trabajo de N. Alcalá-Zamora y Castillo y también de Barrios de Angelis, Aguirre Godoy, Ungo, Teitelbaum, etcétera en "Rev. Iber. de Der. Proc.", 1968, p. 1 y ss. También: V. Fairén Guillén. *Ideas para una Teoría general del Derecho procesal* (en "Temas del Ordenamiento procesal", t. 1, p. 271 y ss.)

³ Es el caso del Código de Suecia.

⁴ El fenómeno de la socialización del proceso es también el reconocido por todos los autores modernos. M. Cappelletti. *Proceso...*, cit., y *Giustizia e società*, Milano, 1972.

⁵ La cuestión comienza a plantearse, desde hace tiempo, en los países occidentales. Así Guasp, a quien sigue en Latinoamérica Devis Echandía (*Nociones de derecho procesal civil*, p. 474), dice que hay una tercera clase de partes procesales que no son físicas (naturales) ni jurídicas, y que no existen en el derecho común (civil) como ciertas masas de bienes, o patrimonios autónomos.

Así, sucede, especialmente, en los regímenes de los países socialistas, donde a la importancia de los grupos colectivos en el derecho sustancial, se corresponde su actuación en el proceso. Así, en el derecho soviético, que marca la orientación en el área, se admite la participación en el proceso en defensa de sus intereses propios, de las asociaciones profesionales, empresas, organizaciones cooperativas y sociales. Estos organismos pueden intervenir y, en ciertos casos el propio tribunal debe informar a la institución (estatal) interesada de la existencia del proceso, con ese fin.⁶

La intervención puede consistir en la promoción de la demanda, o su posterior participación deduciendo una tercería, o, si se trata de una institución estatal, presentando "conclusiones" respecto a determinado litigio.⁷

El fenómeno aparece también en otros países donde la legitimación también es acordada a ciertos grupos sociales (colectividades) que pueden actuar en el proceso defendiendo ese interés que puede considerarse identificado con el público.⁸

Esto se nota especialmente en ciertos procesos donde están más interesados estos grupos como sucede en los del trabajo.

El fenómeno es muy reciente como para sistematizarlo pero aparece simultáneamente en los regímenes comparados más diversos.⁹

Como consecuencia de ello se produce, entonces, una ampliación de la legitimación, inclusive su "colectivización" ("colectivización de la legitimación"). También puede producir una modificación en los sujetos del proceso puesto que la intervención del grupo, si bien puede darse en calidad de actor o demandado, manteniéndose la estructura bilateral (o trilateral con las dos partes y el juez) se produce a veces en calidad de tercero propiamente dicho, lo que cambia esa estructura.¹⁰ Hay una nueva "parte" que defiende

⁶ Conforme y más ampliamente: *Derecho procesal civil soviético*, México, UNAM, 1972, p. 124 y ss. Allí se menciona esa obligación del juez establecida en el art. 80 del C.P.C. de la RSFSR.

⁷ Las propias "Bases del procedimiento judicial civil soviético" (art. 6, parr. 3 y art. 30, parr. 1) establecen ese derecho de las instituciones estatales y asociaciones de diverso tipo (profesionales, etcétera) a presentar demandas y a las instituciones del Estado, además, a presentar conclusiones (art. 30, parr. 2). El derecho a actuar en el proceso significa el de comparecer en todos los actos, presentar pruebas, recurrir, etcétera. (Más ampliamente *Derecho...*, cit., p. 128/131).

⁸ En realidad no es lo mismo el interés de una agrupación colectiva, de un grupo social, por más que represente un importante sector, que el interés público el de la sociedad toda.

A veces, por el contrario, los grupos (de intereses colectivos) suelen defender el propio interés, que aunque no es individual sino de todos los que lo integran, también pugna con el de la sociedad, contra el interés público propiamente dicho.

⁹ Resulta notable que inclusive en los países sajones, más apegados a un sistema procesal menos publicístico, encontremos huellas del mismo fenómeno. Así sucede con las "class action" en los Estados Unidos de Norte América que produce también un ensanchamiento del fenómeno de la legitimación (*standing*).

¹⁰ Ese tercero puede entrar en el proceso a coadyuvar con la parte más débil (el

un interés distinto, no coincidente ni con el del actor ni con el del demandado (tal como sucede cuando el Ministerio Público actúa como tercero).

Debemos señalar que este fenómeno no se registra en general, aún, en el derecho latinoamericano, al menos en forma trascendente, ni, en especial en el derecho uruguayo.

En nuestro derecho, en efecto, no se ha admitido la intervención de los grupos colectivos con legitimación especial, sino en representación (y siguiendo las normas clásicas, esto es con poder) de los particulares interesados. En el proceso laboral debemos recordar que la competencia de los tribunales judiciales (jueces del trabajo) corresponde a los conflictos "individuales" quedando los colectivos en la órbita administrativa. En el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es donde se ha planteado alguna vez el problema, pero éste ha reiterado la necesidad de la intervención del titular de un derecho o interés directo personal y legítimo, de conformidad con el texto constitucional que así lo establece.¹¹ No queda, entonces, campo para admitir el accionamiento de grupos o instituciones que actúan por sus integrantes colocados todos en idéntica situación por un determinado acto administrativo presuntamente ilegítimo. Cabe, sólo, el régimen común de otorgar un poder por todos los interesados, o integrantes del grupo individualmente, a una persona para que asuma la representación, conforme a las reglas tradicionales.

3) *Interés público en el proceso y Ministerio Público*

El fenómeno del interés público en el proceso y su defensa, como vemos, es más amplio y trascendente que el tema del Ministerio Público. Comprende la defensa general de los intereses colectivos, y también el de las personas desamparadas (por razones económicas, culturales, mentales, etcétera) dentro del proceso. Inclusive, naturalmente, existe como tal problema, aún en los países donde no hay un Ministerio Público tal cual lo tenemos en los países latinoamericanos, copiado de la institución francesa a través de España.

Consideramos sin embargo que esta es la institución adecuada para la defensa de dicho interés público o de la colectividad en el proceso, desde luego a condición de tecnificarlo y purificarlo puesto que, como veremos, se le encomiendan funciones ajenas a ésta. Por supuesto que, además, será necesario aumentar sus competencias y reforzar su organización para que pueda

menor, el trabajador, el agricultor, etcétera) o defender un diferente interés al de las dos partes (interés social, público), que resulte afectado por la relación procesal.

¹¹ "La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo" (art. 309, N° 3°).

velar por los importantes intereses públicos que la colectividad tiene, en nuestra época, en los procesos.

Es decir que entendemos que es preferible que, por intermedio del Ministerio Público (o instituciones similares) se defienda el interés colectivo en el proceso, más que a través de las agrupaciones societarias colectivizadas, puesto que *una cosa es el interés de los grupos colectivos y otra el interés colectivo*. Éste si coincide con el público; el primero puede ser el interés de determinado grupo que inclusive, en ciertos casos, puede estar en contra del interés general (*supra* nota N° 8).

Naturalmente que esta función del Ministerio Público, más general e importante, no excluye que, en determinados casos, pueda igualmente concurrir al juicio una corporación en defensa de un interés colectivo que también puede ser diferente (o no) de los que pretenden las partes originales (actor y reo) en el proceso. Justamente esto es lo que se da en los países socialistas donde los grupos societarios (asociaciones, instituciones estatales, empresas, organizaciones cooperativas, etcétera) pueden intervenir en un proceso entre partes, actuando en defensa de un interés diferente, e inclusive con el solo fin de la defensa de éste, o el de establecer determinadas conclusiones sobre el proceso. Esto no es óbice para que tengan todos los derechos de las partes en el proceso en sí y en sus diferentes actos (*supra* N° 2 y notas 6 y 7).

Tampoco es óbice para la importante participación que se reconoce al Ministerio Público en dicho proceso.

II. EL MINISTERIO PÚBLICO. NATURALEZA Y FUNCIÓN (con especial referencia a Latinoamérica y Uruguay)

4) Breve bosquejo histórico-comparativo

Aun cuando no podamos extendernos acerca de los orígenes del instituto que estudiamos, resulta indispensable, para la menor comprensión de su naturaleza y función en el proceso, un breve análisis histórico.

La interpretación de la historia de esta institución, es discutida, pues mientras algunos pretenden ver su origen en la antigüedad, otros lo encuentran en el antiguo derecho francés.

Algunos autores estudian sus antecedentes griegos¹² y especialmente romanos, viendo en los "procuradores cesaris" su lejano antecedente¹³ pero

¹² Así C. Ayarragaray. *El Ministerio Público*, Buenos Aires, 1928, p. 14.

¹³ Es evidente que en el derecho romano se encuentran defensores de la causa pública, e inclusive abogados de personas desamparadas (menores, huérfanos, mujeres, etcétera) y del propio Fisco (Ayarragaray, *ob. cit.*, p. 16 y ss.; M. Amaral Santos, *Primeras líneas de derecho procesal civil*, Sao Paulo, 1962, p. 152/53). Ver *infra* nota N° 17.

otros sostienen que no cabrá este órgano en el régimen de acusación privada y persecución de oficio.

Cuando declina el sistema acusatorio y el juez, que debe hacerlo todo, se encuentra imposibilitado de cumplir su función, y comienza a decaer la justicia, el Estado, que naturalmente encarna los intereses sociales, comienza a buscar mecanismos para evitar ese inconveniente, entre los que aparece éste.

El origen de la organización actual parece estar en el medioevo francés, en los procuradores del rey ("gens du roi") encargados inicialmente de la defensa de los intereses del monarca en juicio. Al transformarse la monarquía (siglo XIV) y encarnar ésta al Estado pasan a ser defensores de los intereses de éste, y luego de la sociedad (y de los desamparados).

Lo mismo sucede en España donde mucho antes surge esa figura del defensor de los intereses del Rey, primero, luego del Estado.

El Instituto español pasa a América. En el Consejo de India había un solo fiscal, en materia civil, encargado de la protección de los pobres y los indios. En las Audiencias Reales (que funcionaban en América), había un fiscal y 2 agentes fiscales. También existían los "promotores fiscales" que asesoraban los jueces legos. Así sucedía en Montevideo.

La Constitución uruguaya de 1830 habla del "fiscal acusador" (art. 115) lo mismo que el Decreto de 28/I/27. El Reglamento de Justicia de 1829 habla de "fiscal letrado" (art. 21) y "fiscal general" (art. 88). El C.P.C. regula sus funciones y el C.O.T. perfecciona su estatuto dedicándole un capítulo especial.

El panorama del derecho comparado, nos muestra el máximo desarrollo del instituto en Francia, y también en Italia,¹⁴ adelantándose en sus funciones, últimamente, los países socialistas.

En aquel país existe una organización del Ministerio Público en cada jurisdicción, especialmente en las represivas.¹⁵ Ante ellas cumplen su misión, diversa según los casos y actúan ya sea como parte principal, o parte adjunta (*partie jointe*) esto, junto a las partes. Se trata de una organización independiente, que tiene el carácter de única e indivisible.

Lo mismo sucede en Italia donde el Ministerio Público toma un desarrollo propio, especialmente con motivo de la aprobación del nuevo Código del Proceso Civil (1940). La Relación Grandi señala que se amplían las funciones del Ministerio Público en lo referente a los casos en que su interven-

¹⁴ Inclusive hay quienes encuentran en instituciones italianas (como los Avogatory de la República Veneta) el origen del Ministerio Público.

¹⁵ Cada jurisdicción tiene su "parquet" en cada una de ellas, hay una organización propia, que, a la vez, forma parte del todo que compone el Ministerio Público francés. (Ampliamente sobre la organización en cada jurisdicción: v. Francisque Goyet. *Le ministère public*, Sirey, Paris, 1953).

ción se hace obligatoria, y, más especialmente, con el aumento de sus poderes, confiándole facultades de pedir pruebas en el juicio.

Esto hace que se preocupe de él la importante doctrina italiana, cuyo aporte, como es lógico, produce un desarrollo científico del instituto. Como hemos dicho, un importante desarrollo del instituto se manifiesta, especialmente, en los países socialistas. Es así que sucede en el proceso de la URSS (rector en ese campo) cuya propia Constitución establece que “el control supremo del cumplimiento exacto de las leyes por todos los ministerios y las instituciones que les están subordinadas, así como por los funcionarios públicos y los ciudadanos de la URSS incumbe al fiscal de la URSS” (art. 113). Es muy amplia la intervención de los fiscales no sólo en el proceso penal, sino también en el civil a los que se le confían, en éste, “la alta inspección de la legalidad”. En tal sentido se tiende a multiplicar los casos de su intervención, en todas las circunstancias en que los procesos estén afectados los intereses fundamentales del “Estado, los koljoses y los ciudadanos soviéticos”. En estos casos (no en todos los procesos) podrá intervenir en cualquier fase del procedimiento, sea a pedido del juez o por iniciativa propia. En ellos actuará como parte principal iniciando el proceso, o como interviniente, en el proceso iniciado.¹⁶

5) *El Ministerio Público en Latinoamérica*

El instituto en latinoamérica, al menos en nuestra América hispana, nos viene de España y a través de ésta del régimen francés.¹⁷ En el Brasil, y a través de las ordenanzas manuelinas, podemos conocer el mismo origen en la raíz francesa.¹⁸

El origen español relaciona al Ministerio Público (llamado “Ministerio fiscal”) “promotor fiscal”, con “la persecución y castigo de los delitos que perjudican a la sociedad...” En cambio se les excluye, originariamente, de las causas civiles. Así se agrega en la misma norma (reglamento provisional) que “no se mezclarán en los negocios civiles que sólo interesan a personas particulares, ni tampoco en las causas sobre delitos meramente privados en que la ley no da acción sino a las personas agraviadas”.¹⁹

¹⁶ Conforme: *Derecho procesal...*, cit., p. 110/124.

¹⁷ Conforme: L. Prieto Castro. *Construcción dogmática del Ministerio fiscal en el orden civil* (en “Trabajos y orientaciones de derecho procesal”, Madrid, 1965, p. 11 y ss.); Ruiz Gutiérrez, *Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Público en España*, “Rev. Der. Proc.”, Madrid, 1952, p. 407 y ss.

¹⁸ Conforme: J. Frederico Marques. *Instituições de direito procesual civil*, S. Pablo, 1962, t. I, p. 257 y ss.

¹⁹ “Reglamento Provisional para la Administración de la Justicia en los respectivos a la Real Jurisdicción Ordinaria” de 26 de septiembre de 1835, art. 101. “Reglamento del Supremo Tribunal de España e Indias” de 17 de octubre de 1835, art. 40.

Al lado de la defensa de la causa pública en los asuntos penales, se realiza la de los intereses fiscales del Estado que recuerda su origen mencionado (y en los antiguos "advocati fisci" o "patronus fisci") que se mantiene mezclado (como veremos). Comienza también a ser abogado del Estado, asesorándolo en múltiples cuestiones jurídicas.

Más modernamente se amplía su función a la defensa del interés público (e "interés social") en todos los juicios, inclusive los civiles.²⁰

Esta mezcla de tres funciones del Ministerio Público (o Fiscal) la encontramos en la gran mayoría de los países latinoamericanos, donde el Ministerio Público es defensor del interés público (y social) ya sea en los pleitos civiles como en los penales; es, a la vez, defensor del Estado (especialmente como fisco) en los procesos, y es también asesor (y abogado) de la administración.

Así en la *República Argentina* donde conserva la designación española de Ministerio Fiscal, éste, fuera de la competencia penal (ante los Tribunales del Crimen) tiene otras de carácter civil y comercial entre las cuales se unen la de defensor de pobres ausentes e incapaces, como la defensa de la competencia de los tribunales y representar al fisco en las causas en que se afecte el patrimonio del Estado.²¹

Los propios autores argentinos que estudian el instituto público, han señalado esta errónea confusión.²²

Al lado del llamado "Ministerio Fiscal" (integrado por diversos órganos especialmente los "procuradores fiscales") aparece el Ministerio *pupilar* con la función de cuidar de los menores (defensores de menores) y asistirlos en juicio (asesores de menores).

En *Brasil* el Ministerio Público, organizado ante la justicia común (está luego el de la justicia militar, electoral y del trabajo) representa a la Unión en juicio (Ley Orgánica 1341, de 30 de enero de 1951). El abogado de la Hacienda Pública es accesorio de él. Los promotores públicos, integrantes

²⁰ Más ampliamente: V. Fairén Guillén, *La situación actual del Ministerio fiscal en "Revista Argentina de Derecho Procesal"*, 1972, N° 2, p. 161 y ss.

²¹ Conforme: H. Alsina, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial* 2a. ed., t. II, p. 329 y ss.

²² Así dice el principal tratadista de *El Ministerio público* (Buenos Aires, 1928), C. Ayarragaray: "Ejerce funciones de dos categorías: la representación patrimonial del Fisco y la representación de la Ley, en nombre del interés social. Esta acumulación de atribuciones le aproxima al Ministerio Público europeo. Por tal índole se diferencia sustancialmente del sistema angloamericano, o sea por su intervención en favor de los particulares en materia civil, ejercida con idéntica intensidad que la acción pública en materia penal, al acusar y perseguir. El Ministerio Público argentino (de otro lado) asesora, por intermedio del Procurador General de la Nación al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial. Aseméjase (en esto) por tanto al sistema angloamericano, pero también se diferencia de él por cuanto el procurador general no forma parte del gobierno, como en Inglaterra, ni es jefe del Departamento como en Estados Unidos" (p. 228/229 y 301).

de dicho ministerio, tiene las funciones de curadores de huérfanos, ausentes, de incapaces, masas en quiebra, teniendo, también funciones penales. Dado el carácter de República federativa, en cada Estado la organización es diferente, dentro de las mismas características generales. En el de San Pablo, especialmente en la capital del Estado y ciudades principales, se nota una mayor diferenciación de funciones. En el interior el promotor de la comarca, acumula todas las funciones.²³

En *Colombia* el Ministerio Público, tiene la representación de la Nación cuando es parte (y no tiene apoderado) es defensor de incapaces, y abogado de la legalidad en los procesos de inexecutable de las leyes y decretos.²⁴

En *Venezuela* en la Constitución de 1961 se separa el Ministerio Público (fiscal general) de la Procuraduría General. Al primero corresponden las funciones del Ministerio Público en sentido estricto, al procurador general la representación del Estado en juicio y las funciones de abogacía del Estado.

En *México* se reúnen en el mismo organismo las tres funciones mencionadas. Hay un predominio de la actividad penal del Ministerio Público, incluyendo las funciones de policía judicial (con cuerpos técnicos, periciales, etcétera), que hacen decir a los autores mexicanos que la institución está sobrecargada de competencias y poderes.²⁵

En *Chile* el Ministerio Público tiene la representación del Estado y luego interviene en las contiendas de competencia, juicios de responsabilidad de jueces, etcétera. Esta intervención sin embargo se limita a ciertos tribunales superiores pero fue suprimida su actuación ante los juzgados inferiores (Ley 426 de 28 de febrero de 1927) por lo que los autores destacan su "poca utilidad".²⁶ Al lado de ese instituto y cumpliendo funciones de idéntica naturaleza están los "defensores públicos" que velan por los intereses de las que lo necesitan en función de su capacidad o situación de hecho.²⁷

²³ J. Frederico Marques. *Instituições...*, cit., p. 257 y 226/271.

²⁴ Conforme: H. Devis Echandía. *Compendio de Derecho Procesal*, Bogotá, 1972, t. III, p. 61/62. El código de procedimiento colombiano sólo se ocupa del Ministerio Público, al reglamentar los impedimentos para éste, en forma más restringida, aunque parecida, a los de los jueces. En cuanto a los defensores de menores Devis Echandía les reconoce una "calidad híbrida de Ministerio Público especial y apoderados oficiosos de los menores" de conformidad con las funciones que les atribuye la ley 75 de 1968 (*Compendio...*, cit., p. 61).

²⁵ N. Alcalá-Zamora y Castillo. "Síntesis de derecho procesal" en *Panorama del Derecho Mexicano*. México 1965. t. II, p. 340/343. También "Ministerio Público y Abogacía del Estado", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*. Año XIV Nº 40, p. 39.

²⁶ M. Casarino Viterbo. "Manual de derecho procesal", 2a. ed., Santiago, 1970, t. II, p. 129/143.

²⁷ Los autores chilenos destacan la diferencia entre el Ministerio Público, y estos *defensores públicos* en cuanto no están sometidos a jerarquía (ni unidad) y actúan ante cualquier tribunal y no existe uno para cada juzgado como sucede con aquel, siguiendo el principio francés.

En *Guatemala* el Ministerio Público, representa al Estado (jefe procurador general de la Nación) y defiende a las personas que determina la ley (ausentes, menores, incapaces). Además, asesora a la administración pública. Es también abogado de la legalidad, en la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales.²⁸

En *Uruguay* existe una diferencia entre el Ministerio Público y el fiscal. El primero tiene las funciones que le competen a aquel, es decir intervenir en los asuntos en que esté interesada la causa pública. Órganos que lo integran desempeñan la función de acusación en materia penal. El Ministerio Fiscal fuera de la representación del fisco (salvo en los casos en que la respectiva oficina tenga su representante), e interviene en los asuntos en que haya un interés tributario del Estado (sucesiones, donaciones, etcétera), pero une a su actividad la de la abogacía del Estado. El fiscal de corte y procurador general de la Nación tiene una jerarquía sobre ambos ministerios, aunque el primero es más independiente en el ejercicio de sus funciones. En materia de inconstitucionalidad, actúa como abogado de la legalidad. Este es el panorama que se repite en la mayoría de los restantes países que no mencionamos (algunos por falta de información). En definitiva vemos que el Ministerio Público en Latinoamérica, es heredado del antecedente español (Ministerio Fiscal) y francés. Nació como acusador público en los asuntos penales. Desde su origen unió a esa función la de defensor (y representante) del Estado, especialmente como fisco. Luego se le atribuyen ciertas competencias civiles en defensa de personas desamparadas y en representación de la "causa pública". Es decir que el Ministerio Público que defiende la causa pública en el proceso civil es, generalmente, el mismo que representa al fisco. Sólo las funciones de defensor de menores (Ministerio pupilar) se le escinden en algunos países, como vimos (Chile, Argentina, etcétera).

Muchas veces se ha planteado la necesidad de la división del Ministerio Público, Ministerio Fiscal y abogacía del Estado.²⁹

6) *Naturaleza y funciones del Ministerio Público*

Resulta difícil, dada esta variedad de funciones, encontrar una naturaleza única del instituto.

²⁸ Ley orgánica de 25 de mayo de 1947 y Código de Procedimiento Civil y Mercantil. M. Aguirre Godoy *Derecho procesal civil de Guatemala*, Guatemala, 1973, t. I, pp. 161/171 y 177/184.

²⁹ En el Uruguay el exfiscal de corte y procurador general de la Nación, Guido Berro Oribe, trabajó mucho sobre el tema y formuló tres proyectos de ley orgánica separados sobre cada uno de esos institutos. Asimismo presentó sendas ponencias al III Congreso Interamericano de Ministerio Público (México, 1963). Ampliamente: G. Berro Oribe *Ministerio Público, Ministerio Fiscal y Abogacía del Estado*, en "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", t. 62, pp. 75 y ss.

Hay quienes consideran que el Ministerio Público es un *sustituto procesal*, pues actúa en nombre propio pero en defensa de un interés ajeno, sea el del Estado, la sociedad, o de un particular desamparado (ausente, incapaz, herencia yacente, etcétera). Otros dicen que realmente actúa deduciendo en juicio *derechos sustanciales pertenecientes al Estado* por lo que en realidad no sólo actúa como parte en el proceso, sino que también lo es de la relación sustancial.³⁰ Otros sostienen que se trata de un órgano especial, que no coincide ni con el juez ni con la parte. No sería, entonces, parte en el proceso, sino una institución peculiar. Así Carnelutti considera que cuando actúa "como parte" se acerca a la figura del sustituto y cuando actúa como "tercero" se acerca a la figura del interviniente, pero, no coincide con ellas, manteniendo su fisonomía propia.³¹

En realidad resulta muy difícil encuadrar a nuestro instituto dentro de una sola categoría jurídica, en virtud de las múltiples funciones que cumple. Además los autores y las diferentes legislaciones, unas veces piensan que el Ministerio Público que actúa en defensa de un interés social (difuso) otras en lugar de una persona desamparada (concreta), otras en representación del Estado. (Inclusive se mezcla en el problema al Ministerio Fiscal, que se estudia conjuntamente con aquel y se organiza también conjuntamente como en nuestro COT.)

Es evidente que cuando actúa en nombre del Estado, y hasta en su representación, puede entenderse que es una *parte*, pero esta función queda reservada, generalmente, al Ministerio Fiscal. (Aquí realmente la parte, inclusive en el litigio, será el Estado.)

Es claro que cuando actúa en nombre de un incapaz puede ser un *sustituto procesal*, pero generalmente el Ministerio Público al defender los intereses de ese incapaz (como del ausente, o del menor) actúa, muy a menudo, sin perjuicio del representante de aquel, que es la parte en el juicio, y en defensa de los supremos intereses de la sociedad (más que de los del propio incapaz, aunque ambos puedan coincidir).³² Es entonces un tercero en el proceso

³⁰ Es la posición de Allorio. Ver *El Ministerio Público en el nuevo proceso civil*, en "Problemas de Derecho Procesal", Ejea, Buenos Aires, 1963, pp. 397 y ss., esp. págs. 413/415. (Trabajo originalmente public. en "Riv. Dir. Proc.", 1941).

³¹ F. Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1944, t. II, pp. 48 y ss.

³² Dice Calamandrei ("*Instituciones...*", cit., p. 438) refiriéndose a la posición de Albrio, pero en conceptos que comprenden, a nuestro juicio las dos doctrinas que comentamos: "Si la defensa del derecho objetivo es el interés público preeminente por el cual el Ministerio Público participa en el proceso civil, parecen inaceptables aquellas doctrinas... lo representan como órgano de la tutela social y no como órgano de legalidad, es decir, como órgano legitimado para hacer valer en el proceso civil, no el interés genérico en la observancia del derecho objetivo, sino intereses sustanciales de naturaleza más restringida y específica... derechos subjetivos del Estado considerado como parte en "sentido substancial" (Allorio)... Ahora bien, no hay duda que en ciertos casos... el Ministerio Público puede ser llamado excepcionalmente a hacer valer

defendiendo realmente un interés público (social) superior, independiente del de la parte (incapaz, ausente, etcétera). Sólo puede ser parte procesal. Quiere decir que la posición del Ministerio público en el proceso *varia*, por lo que no puede adoptarse una solución determinada válida para todas las situaciones. La conclusión será, entonces, de que estamos ante un órgano estatal especial, que actúa como sujeto del proceso y que toma diferentes posiciones.³³

Su finalidad (función) en la defensa de ese interés público, consiste en excitar el órgano jurisdiccional, al decir de Calamandrei ejercer una "actividad estimuladora de los órganos que ejercen la jurisdicción", que así pueden mantener su estructura imparcial (*ne procedat iure ex officio; nemo iudex sine actore*). En tal sentido la intervención del Ministerio Público como parte en el proceso civil, no es distinta a la que tiene en el proceso penal, o sea evitar la falta de iniciativa (o la ineficaz iniciativa) de las partes privadas, deje sin cumplir las supremas necesidades públicas. En definitiva para que el derecho penal (y ciertos casos, en aumento, en el civil) no quede a merced de los intereses privados e individuales de las personas. Es por eso que en el proceso penal, donde los fines públicos son más trascendentes, se ha llegado prácticamente a abolir la iniciativa privada supliéndola por la actividad del juez, y por el ejercicio de la acción por el Ministerio Público, hasta el punto que éste tiene el monopolio de su ejercicio.

En el proceso civil por las mismas razones, y sin perjuicio de mantenerse el principio dispositivo, en ciertos casos, excepcionales pero cada vez más frecuentes, en defensa del mismo interés, se permite al Ministerio Público el ejercicio de la acción, convirtiéndose así en parte (principal) en el proceso.

en el proceso civil verdaderos y propios derechos subjetivos en carácter de sustituto; pero es verdad que la función característica y general del M. P. es la de estar en juicio, no para la defensa de los derechos subjetivos pertenecientes a las partes en la causa... sino para promover la observancia de los concretos preceptos del derecho objetivo, sin cuidarse directamente de los intereses sustanciales que en él encuentran tutela" (Los casos citados en los que se le reconoce la calidad de sustituto procesal por el autor, referidos naturalmente, al derecho positivo italiano, son: el ejercicio de la acción civil en el juicio penal, por el damnificado cuando éste por enfermedad, incapacidad, o minoría de edad no la pueda hacer valer y no haya quién lo represente; en el de los derechos de autor también cuando luego de su muerte los parientes omitan hacer valer el derecho; la promoción de la rectificación en los casos del estado civil en interés de personas pobres, *ob. cit.*, p. 447).

En caso de sustitución, en nuestro derecho, sería en la responsabilidad judicial, especialmente si se persigue la civil, contra el juez (art. 148 y ss. COT).

³³ Esta es la única conclusión posible con carácter general, especialmente referida a nuestro derecho y el Latinoamericano. Para una mayor precisión se requiere un estudio caso por caso de la intervención del Ministerio Público. Entre nosotros tal tarea ha sido hecha por C. F. Laverle *Formas de intervención del Ministerio Público en materia civil*, Montevideo, 1960. Ver también: E. Tarigo *Funciones del Ministerio Público*, en "Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración", t. 70, pp. 147 y ss.

En otros casos, no ya con el fin de salvar la inercia de las partes, sino más bien con el de prevenir que dichas partes actúen, no en aplicación de la ley, sino en desmedro en fraude de ella, se admite la *intervención* del Ministerio Público "como tercero" en un proceso ya iniciado entre otras partes.

Son éstas las dos formas procesales en que interviene en el proceso, que analizaremos al estudiar nuestro régimen positivo (*Infra* núm. 8).

Se trata, desde el punto de vista de su estructura, de un órgano del Estado a quien le están confiados los intereses públicos. Actúa cumpliendo un *poder-deber* público, para lo cual se le rodean de garantías similares a las del juez: independencia, inamovilidad, etcétera. (*Infra* núm. 6). No obstante, como vimos, no ejerce función jurisdiccional, estando en una posición diferente a la de la parte y la del juez, unas veces acercándose a uno, otras a otro. Por eso se ha dicho que si es parte, es una "parte imparcial", que no es el juez, pero es el "espejo" de él, etcétera.

7) *Funciones del Ministerio Público en el proceso civil en el derecho uruguayo*

Como hemos dicho, el Ministerio Público en el Uruguay, pese a estar separado (parcialmente) del fiscal, encierra en sí una serie de funciones. Así una de sus ramas (fiscales del crimen) tienen la titularidad del ejercicio de la pretensión punitiva penal, actuando en esa materia. A otra rama, los fiscales de lo civil, se les adjudican funciones dentro del proceso civil (no penal).

El Código de Organización de los Tribunales, cuerpo de leyes que estructura su organización y tareas comienza su enumeración diciendo que tiene como cometido "Representar y defender la causa pública en todos los asuntos en que pueda estar interesada" (art. 171, núm. 1). La extensión de la referida expresión hace que deba comprenderse su texto con la amplitud que deriva de su letra, y como consecuencia de ello que la doctrina y jurisprudencia sostenga que este numeral subsume las demás atribuciones que mencionan los numerales siguientes.³⁴

³⁴ Dice así el mencionado artículo:

"Corresponde al Ministerio Público: 1º) Representar y defender la causa pública en todos los asuntos en que pueda estar interesada. 2º) Defender la jurisdicción de los jueces y tribunales siempre que sea desconocida o menoscabada. 3º) Vigilar por la pronta y recta administración de justicia pidiendo el remedio de los abusos y malas prácticas que notare, en la forma establecida en el artículo 168. 4º) Intervendrá, además: A) En las contiendas de jurisdicción y en todo diligenciamiento de exhortos de autoridades extranjeras. B) En los juicios sobre el estado civil de las personas. C) En los incidentes de recusación que se promuevan contra los jueces. D) En lo relativo a las denuncias de impedimento para el matrimonio civil. E) En general, en todo negocio respecto del cual las leyes prescriban expresamente su audiencia o intervención.

El art. 172 agrega algunas otras funciones relativas a los menores e incapaces. No obstante muchas de estas facultades han pasado luego del Código del Niño a organismos

Es cierto que determinadas leyes de fondo van estableciendo (antes y después del código mencionado, aprobado en 1933) diversos casos en los que interviene el Ministerio Público, y, a veces, en qué calidad lo hace. No obstante dada esta disposición debemos entender que no hay que realizar una interpretación restrictiva sino extensiva, que la enumeración del COT ni de dichas leyes es taxativa.³⁵ Sólo se requerirá el supuesto legal ("estar interesada la causa pública"). Si así no fuera, las partes y el juez podrían oponerse a su intervención. (El art. 178, inc. 2 del COT dice: Requeridos los jueces por el Ministerio Público deberán hacerle pasar inmediatamente el proceso sin perjuicio del derecho de los interesados para reclamar si lo estimaren conveniente contra la intervención de aquél.)

Muchas disposiciones legales (inclusive codificadas como sucede con los códigos Civil, de Comercio, etcétera) prevén su actuación. Así sucede con las normas relativas al divorcio, y a los juicios de estado civil de las personas e investigación de la paternidad a las que nos referiremos luego.³⁶

administrativos y a los jueces de menores. Especialmente así sucede con todo lo relativo al cuidado y guarda de menores. Quedan, entonces para el Fiscal las funciones de intervención en los juicios relativos a dichos menores, y, en lo que se refiere este artículo a "ser oído en las gestiones judiciales relativas a la autorización o aprobación de actos de los representantes legales de menores e incapaces", etcétera.

³⁵ Contra esta posición señala Tarigo que la enumeración del art. 171 no agota los casos, pero que ellos deben estar previstos en forma legal, como resulta, según el del propio numeral E. (*Funciones...*, *cit.*) Nos apartamos también de Layerle, en cuanto sostiene que el nuestro es un sistema ecléctico, dado que si bien permite la amplia intervención del Ministerio Público, tal como lo sostenemos, el hecho de autorizar la oposición de las partes (178 C.P.C.) lo aparta del sistema amplio, opinión que carece de todo fundamento. También nos parece inaceptable su posición de que cuando el fiscal actúa como parte, la enumeración legal no es taxativa, y cuando como tercero sí, lo que no es coherente ni encuentra asidero legal, a nuestro juicio. La defensa de la causa pública por el fiscal se realiza en cualquier forma que actúe. (*Formas...*, *cit.*, pp. 125/130 y 136). Por lo demás, los artículos del COT se refieren indistintamente a casos en que actúa como parte y como tercero (art. 171 COT).

³⁶ Los demás casos resultan, fundamentalmente, de remisiones a intervenciones decretadas por las leyes de fondo, cuyo estudio pormenorizado excede los límites de este libro, e inclusive de nuestra materia.

Mencionaremos, a título informativo que, según nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritaria, interviene como parte en casos de colocación y remoción de sellos, herencia yacente, juicio de responsabilidad judicial, ausencia, nulidad de matrimonio, pérdida de patria potestad, calificación de la quiebra, extradición y diligenciamiento de exhortos, etcétera. Interviene como tercero en el incidente de falsedad, ejecución de sentencia extranjera, habilitación para comparecer en juicio, juicio sucesorio, venias, recusación, etcétera. Se discute cuál es su intervención, si como parte o tercero, en el juicio de incapacidad, en los asuntos de estado civil, etcétera.

Desempeña, asimismo, funciones administrativas de asesoramiento al Poder Ejecutivo, ante sus diversas dependencias, encomendadas por una variada gama de leyes especiales. Conforme F. Layerle, *Formas...*, citado.

III. LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO CIVIL

8) *Formas de actuación del Ministerio Público en el proceso: como parte, como tercero, como auxiliar del juez*

La actuación del Ministerio Público en nuestro derecho depende de la posición que adopte dentro del proceso. Por ello es necesario primero, señalar las disposiciones de la legislación sobre la forma de actuar, para entrar a considerar, luego, sus funciones dentro del proceso, y en los diversos actos del procedimiento.

Nuestra ley dice (desde 1877) que "el Ministerio Público obra, según la naturaleza de los juicios, como parte principal o como tercero o como auxiliar del juez".³⁷

La ley distingue el primer caso en el que "figurará en todos los trámites del juicio" de los otros en los cuales, dice, "será oído cuando el proceso se encuentre en estado de dictar resolución, sin perjuicio de que intervenga cuando el juez lo considere necesario o conveniente" (arts. 175 y 176 COT). Tal diferencia, que la doctrina discute en cada caso concreto, hace que sea muy importante distinguir los diversos casos.

La primera intervención es la que crea menos problemas. La única cuestión es saber realmente cuándo es parte y cuándo "tercero". El Ministerio Público puede ser "*parte*". En tal sentido puede ser actor (y lo será generalmente por lo cual la doctrina suele decir que, en este carácter actúa por vía de "acción"). Pero también puede ser demandado. Asimismo puede intervenir luego de iniciada la demanda como lo hace un tercero convirtiéndose, así, en parte en el proceso.³⁸

³⁷ Art. 175 Código de Organización de los Tribunales (1933). El Código de Procedimiento Civil (1877) ya traía el mismo texto con la sola diferencia de que decía el "Ministerio Público y Fiscal", y ahora sólo se hace referencia al primero.

³⁸ No existe en el derecho uruguayo una disposición similar a la del Código de Procedimiento italiano según la cual el M.P. "debe intervenir 'so pena de nulidad' en los negocios en que el mismo podía incoar por acción" (art. 79). Solamente existe una previsión especial en el juicio por limitación o pérdida de la patria potestad (art. 291 C. Civ.). Pero nos parece que, fuera de la analogía con este caso, tal solución surge de los principios generales y debe ser acogida como válida en nuestro derecho.

En este caso el M.P. interviene como "tercerista", y no como "tercero" (art. 171 COT).

Layerle señala las diferencias: 1º) La intervención como tercerista debe producirse necesariamente en la jurisdicción contenciosa, como tercero puede actuar también en la voluntaria; 2º) El tercerista tiene el poder inminente de provocar el proceso, aparece tarde porque no ha usado de él, el tercero sólo interviene en un proceso entre partes; 3º) procesalmente el primero figura en todos los trámites del juicio, y tiene todas las consecuencias de la parte, no así el tercero, como hemos visto y veremos en el texto (*Formas...*, cit., p. 233 y notas 351 y 352. Esta calidad de tercero excluye la de "parte adjunta" de la que se ha hablado en nuestro derecho siguiendo una expresión francesa

Desde el punto de vista procesal la posición de parte lo coloca, en general, en la misma situación que las demás que actúan en juicio. Por eso dice nuestra ley que "figurará en todos los trámites del proceso" y debe entenderse sea el principal o sus incidencias, e inclusive en la etapa de ejecución de sentencia. Podrá, naturalmente producir pruebas, e interponer todos los recursos legales. Inclusive podrá plantear la inconstitucionalidad por vía incidental y principal ("por vía de acción" tal como dice la Constitución) respecto de las normas que rigen los asuntos en los cuales es parte. Tendrá los mismos términos que las partes, los mismos vencimientos, se le podrá acusar rebeldía (prevista expresamente por el C.P.C.) podrá reclamar la perención que, a su vez, podrá pedirse contra él, etcétera.

En nuestro derecho, como en la mayoría de los demás, tiene, sin embargo algunos "privilegios", esto es, goza de un tratamiento especial en virtud de su carácter de órgano público que ejerce, en su actuación, un poder-deber.

Así en materia de notificaciones no se le aplica el régimen común de los litigantes que, salvo de determinadas providencias exceptuadas, se les notifican las restantes en la propia oficina (despacho) del tribunal. Al Ministerio Público (y Fiscal, para quien se aplican las mismas disposiciones) se notifican todas las providencias judiciales en su despacho (art. 2, ley 9594).³⁹

Con respecto a los tributos y costos se establece también un régimen de excepción no cabiéndole este tipo de condenas,⁴⁰ sin perjuicio del régimen de responsabilidades y sanciones que puede generar su actuación. También se le considera en situación especial en cuanto a que el juez no puede sancionarlo.⁴¹

Tiene luego algunas limitaciones en sus facultades de disposición tales como la de conciliar, transigir o someter la cuestión a árbitros, lo que estudiamos en el capítulo respectivo (*infra* núm. 9).

También puede el Ministerio Público obrar, según nuestra ley, "como ter-

(partie-jointe) tomada en Italia (parte aggiunta) que hoy ya no utilizan los autores modernos, y que no responde a ninguna situación real (V. J. Arlas. *Naturaleza y alcance de la intervención del Ministerio Público en el juicio de investigación de paternidad*, "Rev. D.J.A.", t. 53, p. 17. También Layerle, *Formas...*, cit., p. 219, notas 310/313 y p. 234.

³⁹ La ley 13.355, que introdujo algunas modificaciones, no cambió este artículo que debe considerarse en vigencia (Conforme: Tarigo, *Funciones...*, cit.).

⁴⁰ Ver Art. 1294 C.P.C. y Arts. 252 y 253, ley 12.804 (30/XI/60, redacción art. 16 ley 13.032).

⁴¹ Sin perjuicio de las atribuciones que la ley les da para mantener el orden de los procesos y la policía en las audiencias, los jueces y tribunales no pueden corregir disciplinariamente a los oficiales del Ministerio Público y Fiscal.

Sin embargo, cuando los oficiales del Ministerio Público y Fiscal en el ejercicio de sus funciones no cumplan los deberes de su cargo, o comprometan el honor, la delicadeza o la dignidad del mismo, los jueces y tribunales pondrán esos hechos en conocimiento del fiscal de Corte, salvo que se trate de faltas cometidas por éste, en cuyo caso la Alta Corte pondrá los hechos en conocimiento del Poder Ejecutivo. (Art. 198 C.O.T.).

cero". Ya dijimos que no se trata de un "tercerista" sino de un verdadero fenómeno de intervención procesal (*supra* nota núm. 38). Esta posición sería, en principio similar a la que la doctrina francesa llama "partie jointe" que se ha traducido por "parte adjunta" lo que significa que actúa junto a las otras partes que defienden sus intereses propios en el proceso. Sin embargo dentro de esta calidad hay una gama de posiciones que cabe distinguir dejando de lado dicha expresión, tan tradicional como poco técnica.

Nuestro derecho positivo expresa que, en estos casos, el fiscal "*será oído*" y que esto se hará "cuando el proceso se encuentre en estado de dictarse resolución" (art. 176 COT). Similar disposición existe en otros países latinoamericanos.⁴² De acuerdo con este simple texto (que como hemos visto viene desde el siglo pasado en nuestro derecho) parecería la posición del Ministerio Público la del simple dictaminante ("concluyente"). Sin embargo, como veremos, hay disposiciones que permiten, en este caso, al fiscal, producir pruebas (disposición que se entiende pueden extenderse a los demás casos) y, por consiguiente alegar, y, quizá, interponer recursos (*infra* N^o 9).

Esto hace que resulte ilustrativa la distinción de Prieto Castro señalando que, dado que en muchos casos el interés público no aparece suficientemente tutelado con la calidad de dictaminante, la propia legislación y jurisprudencia considera que existe una diferente posición, al decir de él "distinta e intermedia entre el M. P. parte plena y el meramente dictaminador".⁴³ En tal caso se admite que el fiscal actúe como verdadero "tercero" pudiendo alegar hechos (aunque sin modificar el objeto del proceso fijado por las partes), producir pruebas y apelar (*infra* núm. 9). Así, en lugar de ser un simple dictaminador, para dar al juez su opinión, casi como un perito jurídico⁴⁴ es un verdadero "interviniente" con facultades propias para defender eficazmente la causa pública aún contra las dos partes del proceso.

Observando la legislación vemos que los casos que la ley marca de intervención como "tercero" son diversos y las facultades también distintas por lo que es imposible establecer conclusiones generales absolutas (*infra* N^o 9).

También dice el COT que puede intervenir "como auxiliar del juez". Nuestra doctrina más recibida parece inclinarse por la solución de que no sería ésta una función distinta, sino que su intervención como tercero absor-

⁴² Así sucede, por ejemplo en Chile, donde cuando el M.P. interviene como tercero antes de dictar sentencia definitiva se le pasa el expediente para que lo examine y exponga las conclusiones que crea procedentes. Sin embargo "no será oído su segunda instancia" (art. 335 inc. 2 C.O.T.) M. Casarino Viterbo *Manual...*, cit., pp. 134/135).

⁴³ En Trabajos y orientaciones..., cit., p. 39.

⁴⁴ Conforme y más ampliamente: Biondi *Del pubblico ministero nel processo civile* Padova, 1931. También: *La perizia giuridica*, Firenze, 1935, espec. pp. 62 y ss. Además, sus trabajos en "Riv. Dir. Proc." 1929, pp. 538 y ss.; 1930 2ª parte, p. 53 y p. 297; y en "Temi Emiliana", 1920, pp. 538 y ss.

bería a ésta.⁴⁵ En efecto, cuando la ley prescribe su intervención, fuera de la actuación como parte, en defensa de la causa pública, y obra como “tercero”, tal actividad comprende todos los casos que se puedan imaginar en carácter de auxilio del juez.⁴⁶ En otras palabras, parece no haber esta tercer categoría de intervención del Ministerio Público en el proceso. Por lo demás hay acuerdo que, de existir estos casos, su posición procesal sería la misma que cuando actúa como “tercero” (especialmente si en este caso como vimos sus funciones son diversas, según los casos).

9) *La posición del Ministerio Público en el proceso. Deberes y derechos*

En cuanto a las facultades del Ministerio Público dentro del proceso depende, en primer lugar, de su posición de parte o tercero. Haremos un estudio, en general, sobre su actuación en los diversos actos del proceso.

En cuanto a su poder para iniciar la acción, se reduce a los casos en que es parte, puesto que cuando es tercero su intervención no puede derivar en la iniciativa del proceso.

Como reo actuará cuando sea demandado legítimamente.

En cuanto a los casos y las áreas en los cuales puede actuar el Ministerio Público, ello, naturalmente, depende de nuestro derecho de fondo. En principio debemos manifestar que, en ciertos casos, se establece expresamente la calidad de parte, y la posibilidad y necesidad de su actuación.⁴⁷

El problema reside en saber si, a falta de texto expreso, el Ministerio Público puede accionar en justicia deduciendo pretensiones cuando se dan determinados extremos (interés de la causa pública) y en cualquier materia. Creemos, con ciertas dudas, que la solución debe ser la afirmativa. Es decir que preconizamos la interpretación extensiva: si la causa pública está interesada el Ministerio Público puede actuar. Esta interpretación se funda en las normas positivas que establecen la competencia del órgano (*supra* N° 7 y nota N° 35). Es la que predomina, con discrepancias en nuestra doctrina⁴⁸ y la

⁴⁵ Así Couture, en sus *Apuntes de Derecho Procesal Civil*, p. 114 (cit. por Layerle *Formas...*, cit., p. 274, nota N° 476. Igual Tarigo *Funciones...*, cit.).

⁴⁶ Nos referimos a los casos citados por Layerle quien sostiene que exista esta tercer categoría con argumentos que no nos convencen (*Formas...*, cit., pp. 276 y ss.).

⁴⁷ Así por ejemplo el Código de Comercio dice que en la quiebra (expediente de calificación) “es parte legítima el fiscal de lo civil” (art. 1653). También en el de rehabilitación del fallido (art. 1771) en que habla de “parte esencial”. En materia de pérdida de patria potestad dice que “Sólo podrán deducir la acción... pérdida o limitación... la madre, los ascendientes, los colaterales dentro del cuarto grado y el Ministerio Público” (art. 289 del Código Civil). En cuanto a la nulidad del matrimonio se dice que no sólo puede sino que debe pedirla (art. 204). Más ampliamente F. Layerle *Formas...*, cit., pp. 112 y ss. (*supra*, nota N° 36.)

⁴⁸ Conforme F. Layerle *Formas...*, cit., pp. 124 y ss. Es la misma tendencia que anuncia F. Goyet en la jurisprudencia francesa desde fines de siglo (*Le ministère...*, cit., p. 21).

que está de acuerdo con las tendencias actuales y el más moderno derecho comparado. Creemos que con esta interpretación el Ministerio Público podrá desarrollar una más efectiva acción en defensa del interés general que es, naturalmente, el que debe predominar en el proceso.

La circunstancia de poder deducir pretensión como actor hace que el órgano pueda, en cualquier momento, intervenir en el proceso.

La calidad de órgano que ejerce un poder deber, hace que debamos señalar que el Ministerio Público no sólo puede sino que además *debe* iniciar la acción en los casos establecidos. Naturalmente que queda un margen de discrecionalidad al titular del órgano para interpretar en qué casos se da la necesidad de actuar, pero si ello es así debe hacerlo y no simplemente "puede". En tal sentido la regla será que dado el interés de la causa pública en actuar y la necesidad de deducir una pretensión procesal para su salvaguarda, así se debe hacer.⁴⁹

Fuera de los casos en que actúa desde la iniciación, el fiscal puede intervenir en procesos ya iniciados en los que habiendo podido ser parte no lo hubiera sido.⁵⁰ Nuestro derecho registra, además, ciertos casos en los cuales es preceptiva su intervención en un proceso ya iniciado en el que asume la calidad de parte ya sea en todos los casos⁵¹ ya sea si se da el supuesto del abandono de la acción por las partes.⁵²

En cuanto al objeto del proceso (*thema decidendi*) para ser consecuentes con nuestra posición y sus fundamentos, debemos admitir que, en todos los casos, puede entrar a fijarlo y modificarlo. La cuestión no admite dudas, tratándose de los casos en que interviene como parte, en los cuales, inclusive, (si es actor) determina dicho objeto. En cambio si es "tercero" la cuestión es más dudosa y nuestra doctrina, sin mucha conciencia del tema, se inclina por negar ese derecho. Sin embargo parece claro que si el Ministerio Público interviene en un proceso en defensa de la causa pública, y si la finalidad de su intervención es evitar una colusión de las partes, en detrimento de ella,

⁴⁹ Es la posición de nuestra doctrina más autorizada, pese a la discusión que se plantea entre nosotros y a otras opiniones contrarias bien fundadas. F. Layerle. *Formas...*, cit., pp. 119/122 y 150/151. No compartimos, sin embargo, la idea de que se diga que el caso especial citado en la ley (de nulidad de matrimonio: *supra*, nota N° 47) sea "la excepción a la discrecionalidad" que tiene el Ministerio Público para iniciar la acción.

⁵⁰ Consideramos que es éste el principio general (Prieto Castro *El Ministerio...*, cit., p. 28) que debe entenderse de aplicación en nuestro derecho.

⁵¹ Así sucede en la investigación de la paternidad donde el art. 291 del Código Civil dice luego de enumerar el procedimiento: "Si la acción no hubiera sido deducida por el Ministerio Público, se conferirá traslado a éste en último término y con el mismo plazo" (inc. 6). Aquí no se habla de oír sino de conferir traslado y por el mismo plazo que a la otra parte.

⁵² Así sucede en el caso del art. 203 que dice: "Al Ministerio Público se le dará voz en el pleito (por nulidad de matrimonio) por rebeldía o abandono de los litigantes, hasta que recaiga sentencia que pase en autoridad de cosa juzgada."

Para Colombia: H. Devis Echandía, *Compendio...*, cit., t. III, p. 249.

no cabe otra posibilidad que admitir un planteo diferente al de dichas partes por obra del fiscal.⁵³ Así por ejemplo nuestra jurisprudencia todos los días admite que en un divorcio entre dos partes, que no plantean el problema, el fiscal de lo civil se oponga diciendo que los jueces uruguayos no son competentes, por falta de domicilio (residencia) de las partes.

Más discutible es la cuestión de si en lugar de colocarse en posición diferente a la de las partes se adhiere a una de éstas. Aquí, de acuerdo al principio dispositivo, parecería que el objeto quedó fijado por las partes originales.

En lo relativo a las facultades instructorias, la cuestión es también discutible. En efecto, y con referencia al caso en que actúa como tercero (pues en el otro no hay cuestión), el problema se discute. Existe en nuestro derecho una disposición expresa sobre el particular y referida, exclusivamente, al juicio de investigación de la paternidad y procesos sobre el estado civil, que así lo establece y se entiende que esta norma debe extenderse, analógicamente, a los demás casos.⁵⁴ Naturalmente, y de conformidad con lo ya expresado, debemos señalar que los diversos casos son muy variados y que hay una gama entre las facultades del Ministerio Público actuando como tercero. Pero nuestra conclusión sería que si no hay una disposición expresa en contra, o surge tácitamente que la función de este órgano no puede ser considerada con tal

⁵³ Esta conclusión es rechazada por Tarigo para nuestro derecho (*Funciones...*, cit., p. 139) pero nos atrevemos a sostenerla, con dudas, por lo que decimos en el texto, y en función, en todo caso con una interpretación progresiva (lógico-sistemática) de nuestras normas. Nos parece que de reconocer esas funciones instructorias, que están en la propia ley, debemos llevar hasta el extremo la conclusión, pues de esa manera el fiscal deja de ser un mero asesor del juez. Reconocemos que esta conclusión choca con el momento procesal en que se le da intervención (lo que fundamenta la crítica que señala la doctrina, como hace notar Layerle "Formas...", cit., p. 237) y debe ser objeto de reforma, pero desvirtúa la misma. Es por otra parte lo que sostiene la doctrina extranjera, aunque, bueno es reconocerlo, con una legislación más avanzada. Calamandrei (*Instituciones...*, cit., t. II, p. 454), señala que justamente "el M.P. interviniente está instituido para salvaguardar el interés público de los peligros de una intransigente observancia de la regla *ne eat iudex ultra petita partium, iudex secundum allegata et probata* cuando los poderes de iniciativa instructoria, estuviesen enteramente encomendados a las partes privadas". Así, solamente podrá cumplir su función cuando las partes, de común acuerdo, sobrepongan los intereses privados (en colusión) sobre los públicos, especialmente cuando aquellos son indisponibles.

Alguna jurisprudencia nacional, y no reciente, la reconoce el derecho a introducir cuestiones no planteadas por la parte, y a producir pruebas. Así sucedió en un caso de divorcio en el que se admite al fiscal en defensa de la jurisdicción nacional a plantear la cuestión, que no hizo la parte, y producir prueba. Erróneamente se dice que el Ministerio Público, puede hacerlo como parte, pero ello no empaña la correcta solución (D.J.A., t. 47, p. 205).

⁵⁴ Así dice la mencionada norma: "En los juicios mencionados en esa ley, como en los que versen sobre el estado civil de las personas, el Ministerio Público podrá realizar todo género de diligencias probatorias, relativas a los hechos alegados por las partes. (Ley de 29/XII/916, interpretativa de la 5391 de 25/I/916).

extensión, debe proclamarse esta interpretación extensiva. Es decir, puede solicitar probanzas libremente.

En cuanto a los *recursos* se plantean dos problemas principales. Primero el de saber si el Ministerio Público puede apelar aunque no sea parte en el juicio; segundo si lo puede hacer aun cuando el juez haya acogido sus peticiones, en defensa del interés público.

Con respecto al primer punto, por las mismas razones expuestas con respecto al objeto del proceso y facultades instructorias nos inclinamos por la afirmativa y con la misma limitación (casos en que expresa o tácitamente resulta negada tal facultad).⁵⁵ No nos parece acertada la tesis defendida por nuestra doctrina de que tal facultad sólo deriva del carácter de parte del Ministerio Público.⁵⁶

El otro problema es más delicado. En efecto, de conformidad con los principios generales que informan nuestro derecho, sólo puede apelar quien ha sido perjudicado por la sentencia y el recurso está en función de la medida del "agravio" que impone a la parte. Prieto Castro con una legislación similar defiende la posición afirmativa entendiendo que al no ser el Ministerio Fiscal parte de la relación jurídica material, sino sólo en sentido procesal, y no perseguir sino la observancia del derecho objetivo, debe entenderse, dice "que experimenta gravamen tan pronto advierte que, por cualquier circunstancia, le ha sido dada una razón que no tiene fundamento jurídico y, por tanto, la legalidad que está llamada a hacer respetar, aparece violada".⁵⁷ No nos parece aceptable tal posición que distorsiona el sistema de los recursos establecidos en nuestra legislación positiva.

En cambio entendemos que tal recurso cabe si el Ministerio Público que no ha intervenido en el proceso pudiéndolo (o debiéndolo) hacer recién comparece en tiempo para deducir los recursos contra una sentencia. Algunas legislaciones prevén la apelación automática de la sentencia dictada contra el Ministerio Público, para evitar queden consentidas las que perjudican a la causa pública.⁵⁸

Otro problema complejo que plantea la moderna doctrina es el de los efectos contra los terceros de las sentencias que se dictan en los procesos en que interviene el Ministerio Público. Dado que éste defiende, como vimos, la causa pública, en la que están interesados los grupos o diferentes personas, se

⁵⁵ La norma que obliga al actuario a que comunique al Ministerio Público las sentencias de pérdida de la patria potestad, fuera del sentido de que éste pueda reclamar alguna medida (nombramiento de autor) se explica por ello (art. 254 C.C. *in fine*).

⁵⁶ Tarigo, entre nosotros, niega sin embargo la facultad de apelar del M.P. en los juicios sobre el estado civil, y, en general, cuando no es parte, basado en el texto legal (*supra*, nota N° 54. *Funciones...*, cit., p. 160 y nota N° 50).

⁵⁷ *El Ministerio...*, cit., p. 31.

⁵⁸ Entre nosotros, y sólo como proyecto, se planea esto para el Ministerio Fiscal (Proyecto Berro Oribe, art. 35).

ha podido entender, en algunos casos, que el efecto de la cosa juzgada que se da contra ellos podría alcanzar a dichos "interesados" que aunque no ha actuado en el proceso, han estado "representados". Nos parece que a falta de disposición expresa al respecto (o al menos alguna norma sobre dicha "representación") no puede sostenerse dicha conclusión que modifica el principio de los límites subjetivos de la cosa juzgada. Se trata de un tema muy difícil en el que una mayor profundización, que la que este trabajo permite, se hace necesaria.

En cuanto a las facultades de disposición en el proceso, al Ministerio Público (y Fiscal) le están vedadas, en general. Así carece de facultades para conciliar y transigir⁵⁹ y someter la causa a árbitros.⁶⁰ Tampoco puede desistir, por las mismas razones. En cuanto a la perención nuestra doctrina está de acuerdo en que siendo parte puede alegarla y, a su vez, puede ser alegada contra él. No es tan unánime para cuando es tercero pero creemos que igual conclusión debe aceptarse. En el proyecto del Dr. Berro Oribe sobre el Ministerio Fiscal se limitan a éste sus facultades de disposición.⁶¹

En cuanto al pago de las costas del juicio ya dijimos que no le corresponde en nuestro derecho. No es ésta, sin embargo, la solución más aceptada por la doctrina ni la legislación extranjera que distigue, en la especie, si es parte (principal), al caso de si es "tercero" (*partie jointe*). En el primer caso se admite, en general, que puede ser condenado si pierde el pleito.⁶²

En cuanto al proceso voluntario, se preven en él muchos casos de actuación del Ministerio Público (y en algunos el Fiscal) debiendo ser oído pudiendo producir pruebas, por los mismos fundamentos mencionados. No corresponde, aquí, el estudio de la casuística en tal materia.

⁵⁹ Layerle señala que la conciliación estaría prohibida como transacción, esto es, si se realizan "concesiones recíprocas", pero no si en ella el Ministerio Público consigue todo lo que buscaba en juicio (*Formas de intervención...*, cit., pp. 116/117 y nota 22 y 23).

⁶⁰ El artículo (550 C.P.C.) se refiere al Ministerio Fiscal, debido a su origen español; nuestra doctrina coincide en aplicarlo, también al Ministerio Público. (Layerle, *Formas...*, cit., p. 118 y nota 28; Barrios de Angelis, *El juicio arbitral*, Montevideo, 1956, p. 196. Allí se cita jurisprudencia, también conforme.

⁶¹ Dice así el artículo 36 del mencionado proyecto: "Si el procurador general del fisco se convenciera de la sinrazón del fisco, en cualquier momento del juicio o aun antes de iniciado en su caso, lo hará saber así al Poder Ejecutivo, en exposición fundada y confidencial. El pleito continuará no obstante o se iniciará al solo efecto de evitar el perjuicio de la acción, estándose, en definitiva, a lo que resuelva el fisco."

Esta es la forma en que actúa actualmente, en la práctica, el representante del Estado (que no es, entre nosotros el Ministerio Público), aun sin norma expresa.

⁶² En efecto, en general se distingue, admitiéndose que puede ser condenado en costas en caso de sucumbir en el proceso. (Así sucede en Guatemala, donde no hay ninguna disposición especial, según explica Aguirre Godoy, *Derecho...*, cit., p. 184/185). Según F. Goyet, (*Le ministère...*, cit., p. 22 y 26) en caso de ser *partie-jointe* realmente no es parte y no puede deber costas, pero si es *partie-principale* le corresponden y las paga, de acuerdo con la jurisprudencia, aunque él considera que esto no está dentro de lo lógico y normal.

IV. LA ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN URUGUAY

10) *Los principios que rigen la organización del Ministerio Público*

Los funcionarios del Ministerio Público son nombrados por el Poder Ejecutivo en el Uruguay, como en la mayoría de los países. Ello no es óbice a que se considere, por algunos, que forman parte del Poder Judicial, y por consiguiente tienen las mismas garantías que los jueces (independencia, inamovilidad, etcétera). En el Uruguay tal opinión no tiene cabida, como sucede, por ejemplo en la República Argentina.⁶³ Entre nosotros, en efecto, fuera de un período en que los fiscales de lo civil integraban el Poder Judicial, y eran nombrados por éste, luego pasaron a formar parte del Poder Ejecutivo por quien son nombrados y de quien dependen.⁶⁴

Esta dependencia no significa, sin embargo, que en el ejercicio de sus funciones no actuaban independientemente. La independencia del Ministerio Público, especialmente, puede entenderse en dos sentidos: en primer lugar desde el punto de vista de la designación y organización y en segundo término en el ejercicio de su función. No cabe duda que ambas tienen una correlación y no es posible una total independencia funcional si no la tienen en el primer sentido, es decir si son nombrados, destituidos, removidos y sancionados por el Poder Ejecutivo, por ejemplo.

En el Uruguay, como en la mayoría de los países⁶⁵ los fiscales son órganos del Poder Ejecutivo. A esto se llegó luego de un gran debate⁶⁶ pues antes lo

⁶³ En ese país la situación del M.P. es un tanto ambigua. En efecto, en el orden nacional el procurador general de la Nación y los fiscales de cámara son nombrados por el Ejecutivo, con acuerdo del Senado, en forma similar a los jueces. Los procuradores y agentes fiscales, en cambio, son nombrados por el Poder Ejecutivo sin ningún requisito. Sin embargo los miembros del M.P. están bajo la superintendencia de la Corte Suprema. Todavía, en el orden provincial, en ciertas provincias se coloca a los miembros del Ministerio Público dentro del Poder Judicial. Ver más ampliamente: H. Alsina, *Tratado . . .*, cit., t. II, p. 332 y A. Velez Maricónde, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., pp. 241/250.

⁶⁴ En Chile, por ejemplo, el Poder Ejecutivo nombra a los miembros del Ministerio Público a propuesta del Poder Judicial (Casarino Viterbo, *Manual . . .*, cit., p. 137).

⁶⁵ F. Goyet, *Le ministère . . .*, cit., p. 11. Es lo que han sostenido los autores franceses desde Montesquieu; los funcionarios del M.P. son agentes del Ejecutivo.

⁶⁶ Un amplio debate sobre el problema se suscitó en nuestro parlamento en 1900 y luego en 1907 al discutirse la ley de creación de la Suprema Corte de Justicia. En ese sentido resulta de mucho interés para mostrar los argumentos que triunfaron la lectura del discurso del doctor José Espalter que contradice los argumentos de Justino Jiménez de Aréchaga, que había defendido la tesis del nombramiento y la dependencia judicial (Texto del discurso en "Jurisp. A.S.", t. II, pp. 31 y ss. También informe de la Comisión de Legislación de la Cámara de Representantes, en pág. 36 y ss. También discurso de Espalter. Sesión de A.G. de 2 de abril 1900).

Los argumentos apuntan, fundamentalmente, a demostrar que no se trata de un magistrado judicial, y que no debe integrar el Poder Judicial y mucho menos ser nombrado, por éste. (Ver asimismo: R. Gallinal, *Manual*, t. I, p. 161/164.

eran del Poder Judicial y nombrados por la Suprema Corte de Justicia. No obstante ello la norma constitucional que reglamenta el nombramiento (y luego no existen otras disposiciones constitucionales sobre el M. P.) establece que para los fiscales del Ministerio Público se necesitara venia del Senado (nombramiento, destitución) a diferencia de los integrantes del Ministerio Fiscal.

A esto se agrega el principio de independencia funcional según el cual el M. P. "es independiente en el ejercicio de sus funciones".⁶⁷ Esta norma está expresamente establecida para el Ministerio Público y no para el Ministerio Fiscal el cual puede estar sometido a instrucciones que le establezca el jerarca (fiscal de corte Poder Ejecutivo).

Sin embargo tal posición no es sustentada por todos, sino que parte de la doctrina sostiene que la independencia alcanza a ambos (como naturalmente al fiscal del crimen también Ministerio Público pero no regido por el COT que no se ocupa de la organización de la Justicia Penal). Expresan que dicha norma, pese a estar incluida en el capítulo del M. P., se aplica al Ministerio Fiscal.⁶⁸ La prueba, se dice, es que el propio Poder Ejecutivo reconoce a todos los fiscales el derecho de excusarse cuando no comparten la opinión a defender (Decretos de 28 de junio de 1939, 21 de agosto de 1941 y 22 de abril de 1947). Sólo por excepción la ley 11.460 de 8 de julio de 1950 en su art. 16 establece la obligatoriedad de que, en materia de impuestos de herencias, los fiscales de hacienda se atengan a las normas de interpretación obligatoria que fije el fiscal de corte.

El principio de independencia del Ministerio Público (y Fiscal) y de cada uno de sus órganos respecto del otro conduce al de *divisibilidad*.

En el régimen francés se proclama el principio de *unidad*, diciéndose que el Ministerio Público es uno e indivisible, y la opinión que ante el Poder Judicial defiende uno de sus miembros se mantiene a través de todos.

En Uruguay no existe esa unidad, y cada órgano defiende sus opiniones, e inclusive se excusa si no está de acuerdo con la que se ha defendido por otro titular. Solamente se mencionan tres casos de excepción:

⁶⁷ Dice así el art. 177 del COT: "El Ministerio Público es independiente en el ejercicio de sus funciones. Puede, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados como sus convicciones se lo dicten, estableciendo las conclusiones que crea arregladas a la ley."

Berro Oribe señala que es otro problema éste, que se refiere a la independencia funcional, consistente en la que cada miembro del Ministerio Público tiene en su actividad. (*Ministerio público...*, cit., p. 83). Sin embargo, pensamos que la forma de expresarse la norma mencionada en nuestro derecho positivo va más allá de la simple falta de unidad y posibilidad de que cada uno de los miembros adopte su criterio, pues incluye, también, la de imposibilidad por parte del jerarca (Poder Ejecutivo o fiscal de corte) de dar instrucciones. (Como, en cambio, cabe en el caso del Ministerio Fiscal.)

⁶⁸ Conforme: J. Lagarmilla, *Cursillo...*, cit., 260 y 261.

- a) En caso de que un fiscal sustituya a otro que ya ha comenzado a actuar, por subrogación,
- b) en materia de impuestos de herencias, en que el fiscal de corte debe unificar los criterios (aunque en la práctica no lo ha hecho),
- c) en la materia penal, cuando el Ministerio Público ha pedido el sobreseimiento, dado que este obliga, inclusive, al juez.

El otro principio que complementa y salvaguarda la independencia, es el de la *inamovilidad*, que la ley establece para todos los fiscales (art. 194). Esta garantía fue establecida por primera vez en la ley 3246 (28 de octubre de 1907) tanto para jueces como para fiscales (art. 32).

Según este principio, duran todo el tiempo de su buen comportamiento, lo que implica que sólo pueden ser destituidos por ineptitud, omisión o delito, con venia del Senado, como el resto de los funcionarios públicos inamovibles. Esta destitución por el Poder Ejecutivo, excluye la posibilidad de que puedan ser destituidos mediante el juicio de responsabilidad.⁶⁹

Al estar asimilados a los magistrados se le aplican las causales de cese de éstos, inclusive la de haber cumplido 70 años.⁷⁰

En cuanto a sus *deberes*, el primordial es el de la defensa de la causa pública que les está encomendada. Para el cumplimiento del mismo se establecen, como en el caso de los jueces, otros que podríamos decir anexos o secundarios, tales como el de residencia o asistencia.

Naturalmente que también están sujetos a *responsabilidad* de conformidad con las normas constitucionales, como funcionarios públicos y a disciplina, según ya vimos. (*supra* nota Nº 69).

11) *La organización*

Como dijimos, el Ministerio Público uruguayo se considera integrado por la parte penal: los fiscales del crimen.

⁶⁹ Una opinión importante sostuvo que, al estar asimilados a los jueces (art. 196 C.O.T.) estaban sometidos a juicio de responsabilidad, y podían ser destituidos de acuerdo con éste (art. 160 Nº 3). Esta opinión no es exacta, de conformidad con las disposiciones constitucionales, así como los jueces son nombrados y destituidos sólo por la Suprema Corte, los fiscales por el Poder Ejecutivo (art. 168, inc. 10 const.). Aquella opinión la sostienen: Moretti, *Derecho procesal penal*, t. 1, p. 173; Camaño Rosa, *Ministerio Público...*, cit., p. 49. También en "Jurisp. A.S.", t. 5, p. 213.

⁷⁰ Este tema fue discutido alguna vez. No obstante se ha entendido que en este caso la asimilación a las funciones de la magistratura determinan la aplicación de la norma constitucional (art. 196 C.O.T. y art. 36 ley 3246). Inclusive una ley jubilaria ratifica este criterio al crear un régimen especial para los jueces y fiscales que se jubilen por cumplir 70 años (Ley 11.020 de 5 de Enero de 1948, art. 1).

Fuera de éstos el Ministerio Público y Fiscal está así integrado: un fiscal de corte y procurador general de la Nación, fiscales de lo civil (funciones del Ministerio Público) fiscales de hacienda (funciones de Ministerio Fiscal) y fiscales letrados departamentales, que realizan, en el interior de la República ambas funciones.

Fuera de estos fiscales, y dentro de otros centros de poder tenemos: el procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, que realiza la función de abogado de la legalidad, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Él no es parte, al Estado lo defienden los fiscales de hacienda, o los abogados de la repartición respectiva (contra cuyo acto se ha iniciado la acción de nulidad. Es independiente del Poder Ejecutivo. Los fiscales de gobierno y hacienda, que actúan como asesores de la Administración Central. Luego los fiscales militares que actúan ante la justicia militar. Estos últimos (militares y de gobierno y hacienda) dependen y están sometidos, jerárquicamente, al Poder Ejecutivo.

En lo que se refiere estrictamente al Ministerio Público y Fiscal, sin perjuicio de la independencia a que nos referimos (y respecto de la cual hay tendencia y proyectos para acentuarla),⁷¹ en lo que a la organización administrativa se refiere, por decreto del Poder Ejecutivo (4/CIII/948) se establece como un "cuerpo técnico-administrativo" jerarquizado al fiscal de corte y Poder Ejecutivo. Son estos jefes los encargados de todo lo relativo a controlar (sin perjuicio de la independencia funcional) licencias, sanciones, responsabilidades, etcétera.

Diversas normas de este decreto y del propio COT, establecen un régimen de incompatibilidades y prohibiciones similares a los de los jueces, y las mismas normas respecto a la recusación o abstención (salvo para el caso de que sean partes).⁷²

⁷¹ Tal es lo que sostiene el doctor Berro Oribe, naturalmente excluyendo de tal situación al Ministerio Fiscal. Sin perjuicio del nombramiento por el Poder Ejecutivo, con venia del Senado, que establece la Constitución, decía el entonces fiscal de corte y procurador general de la Nación que "M.P. no debe depender ni del Poder Ejecutivo ni del Poder Judicial... es... el órgano estatal que la sociedad se reserva ante los poderes constituidos para actuar frente a ellos. Integra la organización estatal y, como tal, está sometido a la Constitución y a la Ley. Pero es independiente de los otros dos poderes aplicadores del derecho". (*Ministerio Público...*, cit., "Rev. D.J.A.", t. 62, p. 83).

⁷² Dice así el artículo: "Los fiscales y fiscales letrados departamentales no podrán intervenir como tales ante los tribunales cuando tengan con los magistrados de éstos alguno de los parentescos mencionados en el artículo 71." Así dice el art. 191: "Al que desempeñe funciones del Ministerio Público y Fiscal, le está prohibido ejercerlas en causas en que él mismo sea interesado, en asuntos en que sean parte o tengan interés las personas expresadas en el artículo 71 y en aquellos en que hubiere antes intervenido como representante o como abogado de alguno de los interesados." Así dice el art. 196: "Las funciones del Ministerio Público y Fiscal quedan equiparadas a las de la magistratura y viceversa a los efectos de la antigüedad y promoción de la carrera judicial lo mismo que respecto a la jubilación y retiro."

V. CONCLUSIONES SOBRE EL MINISTERIO PÚBLICO. PERSPECTIVAS Y TENDENCIAS

12) *El Ministerio Público en el Uruguay. Realidades*

El Ministerio Público, en nuestro país, no ha llegado a un grado de evolución tal, como se requiere en el moderno derecho. Sin embargo desarrolla en lo que al proceso civil se refiere (y es el tema exclusivo de este trabajo), una labor más importante que la que podría resultar de la simple lectura de las disposiciones que lo rigen.

La Constitución no se ocupa, prácticamente, de su organización. Su texto se refiere, casi exclusivamente, a su designación por el Poder Ejecutivo con la venia del Senado. En cambio el Código de Organización de los Tribunales (Civiles y de Hacienda) contiene un Título (IV) (y cuatro capítulos) que regulan su organización y se titula "Del Ministerio Público y Fiscal".

Los magistrados designados para esos cargos han sido siempre muy correctamente seleccionados y ha constituido costumbre bastante frecuente, aunque no en los últimos tiempos, que pasaran a desempeñar funciones de jueces y éstos de fiscales. Es decir había un trasiego de uno a otro campo, eligiendo la Suprema Corte de Justicia (único organismo que designa jueces), miembros de aquel cuerpo para ascender como jueces y, a su vez, el Poder Ejecutivo Fiscales entre los jueces. Por ejemplo la gran mayoría de los designados para fiscal de corte y procurador general de la Nación, fueron reclutados entre ministros de los Tribunales de Apelaciones o jueces de lo civil.

Esta jerarquía de los magistrados que ocupan los cargos, ha sido quizá, la principal razón, de lo elevado de la función que ha cumplido ese Ministerio Público, que ha ido tomando una gran importancia dentro del proceso civil. No obstante, como decimos al principio, no ha alcanzado el relieve que requiere el moderno proceso. Es así que debemos reconocer que la actividad del Ministerio Público se desarrolla solamente dentro de ciertas áreas, especialmente en la defensa de personas desamparadas, sobre todo en razón de su incapacidad (menores, incapaces, ausentes, etcétera). Ha sido, también, particularmente cuidadoso en la defensa de la competencia de nuestro Poder Judicial.

En estos campos, en los que actúa frecuentemente, el Ministerio Público ha hecho uso de las funciones que mencionamos, inclusive la de solicitar pruebas, deducir oposiciones, y entablar recursos, muchas veces con una diligencia, trabajo y dedicación, digno del mejor abogado de la parte.

En cambio no ha tenido la audacia de incursionar en otras áreas fuera de las tradicionales, enumeradas, donde también se hace necesaria la "defensa de la causa pública".

La situación de independencia del Poder Ejecutivo, pese a la designación, ha sido hasta el presente casi absoluta y total. No nos atrevemos, sin embargo, a vaticinar el porvenir en tal cuestión.

En este aspecto incide, fuera de la personalidad de los nombrados para los cargos superiores, una larga tradición de asimilación a la función de magistrados que, como vimos se traduce, legalmente, en la igualación respecto de su situación presupuestal, derecho al ascenso, e inclusive la inamovilidad que hace que sólo pueda ser destituido previa venia del Senado de la República y por las causales de ineptitud, omisión o delito.

Esa real independencia del Ministerio Público ha operado, también, frente a otros grupos sociales, inclusive los "grupos de presión". La realidad es que, dadas las áreas en que incursiona el Ministerio Público en el proceso civil, no ha existido, al menos por el momento, un interés inmediato en estos grupos sobre éste.⁷³

La dependencia directa del fiscal de corte y procurador general de la Nación, ha hecho que éste predomine en la selección del personal inferior y en el control de sus labores, de modo de conformar un "staff" de adecuado nivel técnico y funcional.

13) *El Ministerio Público y la defensa de las clases necesitadas en Uruguay*

Hemos señalado, en general, la vinculación entre la institución que nos ocupa y la defensa de los intereses de las clases necesitadas, esto es, el aspecto social del moderno proceso.

Podemos decir que, en Uruguay, el Ministerio Público no se ocupa, prácticamente, de estos grupos. Así por ejemplo, sucede en otros países, que en ciertas ramas, como en el derecho del trabajo, actúa en defensa de los necesitados (obreros) que están en una situación de inferioridad económica que puede traducirse en desigualdad en el proceso. Esto no sucede en nuestro país.

En la República Oriental del Uruguay el Ministerio Público, podemos decir que, prácticamente, no interviene en el proceso laboral, salvo por algún motivo específico: competencia, nulidad, etcétera. La asistencia del trabajador proviene, más bien, de organismos administrativos, contando el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con cuerpos especializados a ese efecto. Hay

⁷³ Con respecto al más moderno fenómeno de grupos de presión vivido en nuestro país, el del "terrorismo", éste ha pretendido influir sobre el Poder Judicial, solamente en lo relativo al proceso penal, donde ha tratado de presionar a los jueces (llegando al secuestro de un magistrado) como a los fiscales del crimen. Esta parte del Ministerio Público, entonces, ha resultado dentro del "objetivo" de estos "grupos", pero no el que actúa en el proceso civil.

toda una abogacía del trabajo, asesora del obrero que actúa en ese órgano del Poder Ejecutivo, fuera de los importantes organismos gremiales, en un país en el cual estos tienen gran fuerza y poderío.

Existe, también, una abogacía de los necesitados (Defensoría de Oficio y Defensoría de Menores) dependiente administrativamente del Poder Judicial, que contribuye en esa tarea.

Entonces queda al Ministerio Público la defensa exclusiva del interés general y público en el proceso y no el de determinado grupo.

14) *Perspectivas. Futuro del Ministerio Público. Su papel en el proceso moderno frente al rol activo del juez*

Es evidente, como nos muestra el derecho comparado, que la moderna evolución del proceso requiere un desarrollo de la función que en él cumple el Ministerio Público, en atención al mayor interés público en las relaciones que en él se contemplan.

Resulta importante señalar esta tendencia, y tratar de alentarla en eventos como el presente, que deben servir de orientación a las legislaciones positivas. Debemos propugnar por que se refuerce la acción del Ministerio Público en el proceso, para contemplar el verdadero interés público y también el de las personas desamparadas en aquél.

También será necesario propiciar una organización lo suficientemente independiente, sea de los organismos políticos como de los sociales y demás grupos (especialmente los "grupos de presión") que le permita cumplir adecuadamente sus tareas.

Será necesario, asimismo, propiciar una legislación adecuada que establezca las pautas esenciales del Ministerio Público así como del Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado. Inclusive fijar en normas constitucionales, los principios esenciales. En Latinoamérica se ha trabajado, con inteligencia, en la preparación de dichas pautas, aun cuando las mismas no han plasmado, aún, en la realidad legislativa de los diversos países.⁷⁴

⁷⁴ Es así que se han celebrado diversos congresos, existe una "Revista del Ministerio Público", y se han llegado a conclusiones trascendentes y a la formulación de proyectos orgánicos que pueden servir de modelo al respecto. Ver ampliamente: Trabajos y ponencias al III Congreso Interamericano del Ministerio Público (México, 1963), "Revista del Ministerio Público"; G. Berro Orbe: *La especificidad orgánica y funcional del Ministerio público*, "La Justicia Uruguaya", t. 50, sec. doctr., p. 13; *Doble sentido de la independencia del Ministerio público*, "La Justicia Uruguaya", cit., p. 17; *De la singularidad del Ministerio público*, "La Justicia Uruguaya", cit., p. 21; también, *Ministerio público, Ministerio fiscal y Abogacía del Estado*, en "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", t. 62, p. 75.

Para finalizar corresponde tocar el punto que enlaza este tema con el otro (procesal) del temario: el rol activo del juez.

No hay duda que existe una tendencia actual a aumentar los poderes del juez, aún dentro del proceso predominantemente dispositivo de la actualidad. Es que una cosa es que las partes tengan los poderes para deducir las pretensiones, fijar el objeto del proceso y probar los hechos alegados, y otra que el juez, en la búsqueda de la verdad, dentro de ese objeto, sea dotado de los necesarios poderes, como para no permanecer inerte.⁷⁵ Una cosa es el juez director del proceso que propiciamos, y otra muy diferente, la del espectador y la del dictador.⁷⁶

Dado que esto es así y sobre ello no hay discusión, mas que en el aspecto cuantitativo, cabe preguntarse ¿puede el aumento de los poderes del Ministerio Público, servir de contrapeso a los del juez? y también: ¿puede el aumento de poderes del Ministerio Público obstaculizar el necesario, del magistrado judicial?

Entendemos que ambas preguntas deben ser contestadas negativamente. En efecto nos parece que, si bien se trata, en todo caso, de un aumento de poderes en defensa del interés público (general), no se produce la mencionada interferencia, pues ambos recorren caminos paralelos y no se cruzan. En efecto el interés que defiende el Ministerio Público en el proceso, si bien de carácter público, similar en eso al del juez, es diferente al que intenta proteger éste cuando, con los amplios poderes que se le tienden a otorgar, busca la realización de la justicia.

Es decir que, independientemente de la defensa que haga el Ministerio Público de determinado interés (público) dentro del proceso, el juez debe conservar todas sus facultades, para buscar una solución propia y adecuada al caso concreto, en vista del supremo fin de realización de la justicia.

Las posibilidades procesales del Ministerio Público, por otro lado, no pueden interferir, en el aumento de los poderes del juez, y en el rol activo que se le atribuye a éste modernamente, especialmente en la búsqueda de la verdad. Así por ejemplo, el aumento de los casos (y las áreas procesales) en que puede intervenir el Ministerio Público en el proceso, el desarrollo de sus facultades de solicitar pruebas y entablar recursos, no va en desmedro de la posición del juzgador que, en definitiva será el que resolverá, inclusive, si acoge o no esas pruebas o recursos.

Quizás, todavía, la eficaz defensa del interés general por el Ministerio Público, facilite y respalde la labor del juez, en esa dirección.

⁷⁵ J. Rodríguez U., *Autoridad del Juez y principio dispositivo*, Valencia (Venezuela), 1968.

⁷⁶ Es Niceto Alcalá-Zamora y Castillo quien califica de estos tres modos posibles la actuación del juez. (En "Prólogo" a J. Rodríguez U., *Autoridad...*, cit., p. xxv).

15) *Poderes del Ministerio Público y derechos de los individuos. Conclusión*

Hemos hablado a través de todo este trabajo del aumento de poderes del Ministerio Público (y del juez) en defensa de la causa pública en el proceso. Al terminar debemos señalar que la figura del fiscal debe crecer y desarrollarse, pero sin interferir en los derechos del individuo, en general y en el proceso.

Creemos oportuno señalar esto, pues en otras etapas de la historia, y es una tendencia natural, se ha usado este órgano (dependiente del Poder Ejecutivo), para hacer predominar el interés del Estado en el proceso, en detrimento de los derechos individuales. Esto ha sido la experiencia del fascismo que no queremos repetir.⁷⁷

A veces, cuando notamos la exagerada influencia directriz que sobre el Ministerio Público (en la materia penal), toma nuestro Poder Ejecutivo en el presente, tememos que se produzca esta involución.

Porque no nos cabe duda que debemos seguir el camino de la publicización y aumentar los poderes del Ministerio Público y del juez, como forma de hacer mejor justicia, y también (y en especial) más justicia social. Pero no por ello debemos perder de vista que el fin fundamental del proceso, como el del derecho, es el hombre. Y no podemos olvidar que la sociedad está compuesta de seres humanos y la felicidad sólo puede radicar en el individuo. Es decir que cuando hablamos del aumento de los poderes no podemos olvidar que el objetivo es que se pueda, de ese modo, defender más adecuadamente los derechos humanos (y con más eficiencia los de quienes tienen menos medios para ello). Es que ese aumento no es un fin en sí mismos, sino que está al servicio de la justicia, y no de la arbitrariedad y del abuso del poder.

ENRIQUE VESCOVI

del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal
y de la Asociación Uruguaya de Derecho
Comparado.

⁷⁷ Recordemos, por ejemplo, la ley alemana del Ministerio Público (*Staatsanwaltschaftsgesetz*) de 15 de julio de 1941, que fue el modo de obtener la más abierta intervención gubernativa en los asuntos judiciales de toda índole, inclusive los de exclusivo interés de las partes, y de imponer a los tribunales una determinada orientación política en sus decisiones. En esta ley se aumentaron, en defensa de intereses superiores, y de la imposición de una conciencia social, los poderes del Ministerio Público hasta permitirle interponer un recurso de revisión contra sentencias dictadas hasta luego de un año de ejecutoriada. Recordemos que esta ley fue derogada al terminar la guerra.