

la materia hipotecaria que por su carácter fundamental quepan en él? Nosotros creemos conveniente esto último.

La legislación hipotecaria es esencialmente civil, y dentro del derecho civil es esencialmente fundamental. Dejarla fuera del Código, sería hacer un Código incompleto.

Y no puede alegarse en contra el temor de que esto haría difíciles las reformas que exigiera el progreso. Lo reformable por propia condición es lo adjetivo y reglamentario, y esto claro es que no había de concluirse en el Código; pero lo que tiene de fundamental y sustantivo derecho hipotecario español bien merece figurar entre lo más fundamental y sustantivo del derecho civil; pues si á las principales disposiciones de éste les concede tal rango su abolengo, á las principales disposiciones de aquél las abona su origen científico y su importancia jurídica; y no hay peligro de que las variaciones en esta materia perturben la estabilidad del conjunto, pues quizá todas las instituciones civiles están á ello más expuestas; y, en último término, ojalá que esta fuera la única causa que el porvenir se presentara para reformar el Código, pues seguro es que la reforma habría de ser para recorrer el camino que resta hasta alcanzar el planteamiento de sistema en toda su pureza é integridad, á lo cual desgraciadamente se oponen obstáculos tradicionales muy difíciles de vencer en poco tiempo, y si el Código civil no reclamaba reformas en otros extremos, es que habríamos logrado el mejor Código del mundo.

Ignoramos qué criterio presidirá sobre este punto, entre los ilustres jurisconsultos encargados de la redacción del proyecto de Código civil español; pero abrigamos la esperanza, muy cercana á la seguridad, de que no desaprovecharán la ocasión que se les presenta por vez primera de hacer, con respecto al derecho hipotecario, lo que respecto del suyo han hecho otras naciones, ó sea conceder el puesto que merece en sus respectivas legislaciones civiles.

LUIS GENOVÉS.

## EL MINISTERIO FISCAL.

### CAPITULO 2º

*Nombres y títulos de los funcionarios que ejercen el Ministerio Fiscal que también se llama Público.—Su categoría ó rango oficial.—Su representación.—Su independencia respecto de la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones y su libertad de acción ó gestión respecto de la misma autoridad.*

(CONCLUYE.) (1)

#### § XLVII.

Hasta aquí hemos demostrado que tanto el Fiscal como el Procurador general de la nación tienen una muy alta representación; que su categoría oficial es igual por completo á la muy alta y suprema dignidad de los Magistrados de ese Supremo Tribunal, y que era necesario investirlos de este respetabilísimo carácter en razón de las nobles y delicadas funciones que tienen que ejercer.

#### § XLVIII.

Y como los Promotores tienen que ejercer en 1ª y 2ª instancia funciones idénticas á las que encomendadas están al Fiscal de la Suprema Corte y al Procurador general de la Nación, necesariamente tuvieron que ser colocados en una categoría, sino igual á la del Fiscal de la Suprema Corte y del Procurador general de la Nación; si tan respetable respectivamente, como la de los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito por el principio que enseña que *Ubi cadem est ratio cadem esse debet juris dispositio*, es decir, que teniendo que ejercer funciones idénticas, deben tener respectivamente las mismas consideraciones.

[1] Véase la pág. 192 y siguientes de esta Revista.—Tom. 3º

## § XLIX.

Esta razón poderosa hizo que la legislación dijera, como tiene dicho, que los Fiscales de las Audiencias, en cuya categoría están los Promotores de los Tribunales de Circuito, gestionan á nombre del Sumo Imperante; siendo evidente por lo mismo que el funcionario que representa al Sumo Imperante, y hace oír su respetable y poderosa voz, no puede estar colocado en un escalón inferior al que ocupa el Magistrado de Circuito; como se sigue muy bien de lo que expresaron D. Juan II y los Reyes católicos en la ley 11 tit. 13 de la Recopilación de Castilla, quienes también dijeron que los Procuradores Fiscales defienden los derechos de la Corona y procuran el buen servicio, la justicia y real preeminencia.

## § L.

La creación primitiva del Ministerio Público en nuestro foro, tiene, como hemos visto, su punto de partida en el *Forum Judicum* debiendo advertirse que el *mandadero del Rey*, por lo mismo que no era funcionario público, sino representante del Rey, no hacía sino aquello que por sus instrucciones le mandaba ejecutar el Rey; y por lo mismo no tenía liga ni dependencia oficial respecto de Jueces y Magistrados en el desempeño de su real encomienda, entargo ú oficio.

## § LI.

Compréndese desde luego que el Ministerio Fiscal no pudo permanecer indefinidamente bajo pie tan imperfecto, cuando ya la tramitación de los juicios había adelantado en la legislación posterior al Fuero Juzgo, y por eso en la ley 12 tit. 18 part. 4 encontramos que al *Patronus fisci* que es un home puesto para razonar et defender *en juicio* todas las cosas et los derechos que pertenecen á la Cámara del Rey. Y declarado, como fué, este encargo, una dignidad tan alta que emancipaba de la patria potestad, poder respetabilísimo, el cual se extendía desde el jefe del linage á todos los descendientes de casamiento derecho; y atendido el muy alto respeto de que rodeada estaba entonces toda autoridad, el alto Dignatario que encargado estaba de defender tan elevados derechos no podía estar dependiendo de la autoridad judicial en el desempeño de tan alta y delicada defensa.

## § LII.

Las leyes del Fuero Juzgo y de las Partidas presentan una prueba incontestable de que los que defendían los derechos del Sumo Imperante y los del fisco no podían ser empleados sometidos á las órdenes de la autoridad judicial, y las leyes recopiladas patentizan la misma verdad, sobre todo la ley 2 tit. 17 libro 5 N. R. que resuelve «que los Procuradores Fiscales usen de sus oficios bien y verdaderamente, y que todos los pleitos y causas que comenzaren *en nombre del Rey* los prosigan bien y diligentemente fasta los acabar, ó hasta que les sea mandado lo contrario *por quien lo pudiere mandar* . . . . . » Esta ley y sus concordantes demuestran dos cosas, á saber: que los Procura-

dores Fiscales representan al Sumo Imperante, y que en el ejercicio de sus funciones no dependen de la autoridad judicial ni están á las órdenes de ésta sino á lo que mande aquel.

## § LIII.

La legislación y la jurisprudencia de consuno reconocen, confiesan y sancionan la independencia del Ministerio Fiscal, diciendose por eso en una nota de los Códigos concordados: «Uno de los ramos de la administración de justicia que ha recibido mayor extensión é incremento en esta última época es sin duda el *Ministerio Fiscal*. No solo se le han dado una multitud de facultades á fin de que pueda desempeñar convenientemente las importantes atribuciones *que le competen*, sino que además constituye hoy en cierto modo una magistratura independiente del Poder Judicial, sometida inmediatamente á las órdenes del Gobierno, del cual recibe en muchos casos sus inspiraciones.»

## § LIV.

La jurisprudencia que tal enseñanza proclama es enteramente conforme á la legislación que impone al Ministerio Fiscal el deber de representar al Supremo Gobierno, al fisco y á la causa pública; y aplicando el principio de: *Cui jurisdictio datesta ea quo que concessa videntur sine quibus jurisdictio explicari non potest*, es bien claro que le otorga independencia respecto del Poder Judicial, el cual puede debe fallar sobre las pretensiones del fisco, del Gobierno y de la causa pública, pretensiones que en muchos casos estarán basadas en instrucciones del Gobierno y que por lo mismo no están ni pueden estar directa ni indirectamente sometidas á órdenes del Poder Judi-

cial, porque ninguna de las entidades representadas por el Ministerio Fiscal puede concebirse dependiente de la autoridad judicial en su modo de obrar por medio de su legítimo representante.

## § LV.

En el régimen colonial nada se encuentra que pueda argüir contra la muy elevada representación del Ministerio Fiscal; por el contrario la ley 1ª tit. 18 libro 2 de la R. de Indias, dice lo siguiente: «A los fiscales de México y Lima se les guarde en todo lo perteneciente á sus oficios lo que está ordenado y se guarda con los Fiscales de nuestros Consejos . . . . .» Y como respecto del Fiscal está ordenado en la ley 1 tit. 5 libro 2 R. I. que tenga particular cuenta y cuidado de inquirir y saber cómo se cumple y se guarda lo que por el Rey está proveido y ordenado para la buena gobernación de las Indias y pedir que se guarde y ejecute . . . . .» de aquí se sigue que los funcionarios á quienes encomendada está tanta y tan general vigilancia no pueden ser empleados subalternos y sometidos á las órdenes de las Audiencias.

## § LVI.

Y aunque lo dicho basta para dejar sólidamente fundadas la alta y delicada representación, la elevada categoría y la completa independencia del Ministerio Fiscal agregaremos que en la ley 29 tit. 18 libro 2 R. I. se dice: «Ordenamos y mandamos (á los Fiscales de las Audiencias) que tengan gran cuidado de la defensa y conservación de la jurisdicción patronazgo, y hacienda real y castigo de pecados públicos y de darnos cuenta con particular relación de todo lo que en esto hubiere y de

cuanto más convenga á nuestro real servicio.» Esto sin género de duda pone en muy alto relieve esta verdad: El Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones no depende sino del Poder Ejecutivo que es á quien tiene que dar cuenta de sus procedimientos oficiales.

## § LVII.

Leyes tan claras y terminantes, como son las que van citadas, no han sufrido más alteración que la que necesariamente resulta de estar depositado hoy el Poder Ejecutivo en un Presidente de la República, en lugar del Rey que lo ejercía, y de ser hoy el Jefe de este Ministerio el Secretario de Justicia.

## § LVIII.

Tales precedentes sirven de apoyo seguro para establecer firmemente la tesis de que el Ministerio Fiscal es una Magistratura independiente de la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones; pero á mayor abundamiento militan en pró de esta doctrina otras consideraciones poderosas, y entre otras la que se funda en el art. 6º de la ley de 9 de Octubre de 1812 que impone al Ministerio Público el deber de solicitar el más puntual cumplimiento de la ley. Y de aquí resulta que debe pedirlo respectivamente al Juzgado ó Tribunal cerca del cual funcione; y es por lo mismo independiente de él, de modo que el régimen constitucional en nada absolutamente alteró la legislación y jurisprudencia relativa al Ministerio Fiscal.

## § LIX.

México independiente y constitucional vino á confirmar esta doctrina al declarar en el art. 123 de la Constitución de 24 que el Poder judicial se compone de once Ministros y de un fiscal. Este artículo complementado por los artículos 125, 126 y 127 pone en evidencia que el Fiscal de la Suprema Corte, es tan Magistrado como cualquiera de los otros Ministros, supuesto que para ser lo primero se necesitan los mismos requisitos que para lo segundo; supuesto que unos y otros eran igualmente inamovibles y supuesto, por último, que todos ellos debían ser elegidos por las Legislaturas de los Estados.

## § LX.

En cuanto á los Promotores de Circuito, el art. 140 de la misma Constitución dijo que: Los tribunales Circuito de se compondrían de un juez letrado de un promotor, nombrados ambos por el Poder Ejecutivo á propuesta en terna de la Suprema Corte de Justicia y de dos asociados según dispongan la leyes.

Pues bien, si la Constitución coloca al Promotor de Circuito á la misma altura que al Juez letrado, si este funcionario, lo mismo que aquel son propuestos en terna por la Suprema Corte, si son nombrados uno y otro por el Supremo Poder Ejecutivo y si estaban llamados por la Constitución antes que los asociados y si estos eran tan Magistrados como el juez letrado, sin que estuvieran sometidos á las ordenes de este, ¿podrá haber razón para sostener que el juez letrado puede dar ordenes al Promotor Fiscal?

## § LXI.

La ley de 14 de Febrero de 1826 expresamente dice en el final del art. 12: «Si la recusación fuese de algún Ministro de la 1ª Sala, y el negocio diere lugar á tres instancias, se citará al Fiscal si no fuere parte,» y esto es establecer la doctrina de que el Fiscal no solo era parte para pedir sino también Magistrado para juzgar y sentenciar en los negocios en que no hubiera intervenido como parte legítima.

## § LXII.

El reglamento de la Suprema Corte de 13 de Mayo de 1826 no podía desviarse de la senda trazada por la Constitución, y por tanto dijo en su art. 2 cap. 2., «en los negocios que exijan acuerdo general de todos los Ministros, se citará al Fiscal en aquellos casos en que se considere precisa la intervención de su ministerio.» Texto tan claro como terminante, prueba: 1º que el funcionario encargado de la Fiscalía en la suprema corte es Ministro como los demás; 2º que el acuerdo pleno no le impone ordenes y 3º que en los negocios en que es necesaria su intervención se le debe citar para oír su voz y tomar en cuenta su voto; de cuya manera queda otra vez reconocida y sancionada su independencia.

## § LXIII.

La misma ley en su art. 2 cap. 5º haciendo al Ministerio Fiscal guardian de la pronta administración de justicia, defensor de la autoridad federal y representante de la causa pública en

materia de justicia, lo pone á cubierto de sujeción y obediencia en el ejercicio de sus funciones, si no es solamente al imperio magestuoso de la ley tal y como el Ministerio Fiscal entienda ésta, y sin obligación de sujetarse á la opinión contraria ó diversa de un tercero, que no tenga facultad por la ley para dictarle ordenes ó darle instrucciones.

## § LXIV.

Y si bien la ley de 13 de Mayo 1826 no se refiere en su letra sino al Fiscal de la Suprema Corte, es incontestable el principio de que las prescripciones que imponen deberes al Superior por mayoría de razón, y en caso hábil, debe entenderse que obligan al inferior, sobre todo cuando tiene justa aplicación el principio: «*Ubi eadem ratio est eadem esse debet juris dispositio.*» Así que, mientras no pueda señalarse disposición expresa en contrario, regirán de lleno los principios asentados; y en cuanto á los Promotores de los Tribunales de Circuito pueden invocarse no solamente éstos, sino también el art. 5. I. de la ley de 20 de Mayo de 1826 que daba al Promotor, lo mismo que al juez letrado la facultad de nombrar á los Magistrados asociados del Tribunal, y también puede citarse el § V. de dicho artículo que literalmente dijo: El Promotor reemplazará al Juez letrado (de Circuito) siempre que no sea parte.

## § LXV.

Más la ley de 22 de Mayo de 1834 si bien ratificó la facultad de elegir asociados que dádole había la ley de 20 de Mayo de 1826, no así la de reemplazar al juez letrado que le había otorgado esta ley: ¿Será este argumento concluyente para sostener que ésta quitara al Promotor de Circuito la categoría elevada