

LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA COMO PARTE ESENCIAL DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Jorge CARPIZO*

SUMARIO: I. *La crisis de la justicia*. II. *Tipología de los sistemas de procuración de justicia o ministerio fiscal*. III. *El juez de instrucción*. IV. *Argumentos a favor y en contra de la figura del juez de instrucción*. V. *Los jueces de la averiguación previa o instrucción en Alemania e Italia*. VI. *Mis propuestas*. VII. *La creación de un órgano constitucional autónomo*. VIII. *El nombramiento de los procuradores*. IX. *La creación de los consejos del ministerio público o fiscal y los de la policía*. X. *La autonomía presupuestal y la interna de los fiscales*. XI. *El juez de control especializado en la averiguación previa o instrucción*. XII. *Colofón*.

I. LA CRISIS DE LA JUSTICIA

1. El mundo occidental, durante dos siglos, ha discutido la crisis de la justicia. Incluso en algunos de los países que actualmente podemos considerar más adelantados o donde el sistema democrático se encuentra más consolidado, la polémica sobre la justicia ha sido y es constante, como en los casos de Alemania, España, Francia e Italia.

Las propuestas para superar esas crisis, generalmente versan sobre el aumento de órganos jurisdiccionales y su adecuada distribución geográfica; la selección y formación del personal; mayor número de jueces y fiscales con mejor preparación; la eliminación de procedimientos inútiles y la simplificación de otros; la supresión de formalismos innecesarios; fórmulas para alcanzar justicia rápida, accesible, no onerosa y eficaz.¹

* Investigador emérito de tiempo completo de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Gómez Colomer, Juan-Luis. Este artículo fue consultado a través de la página <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA/13/gomez13.htm>. “La ins-

No obstante esas propuestas, las crisis y los debates continúan; son pocos los países en los cuales existe consenso sobre los órganos, procesos y procedimientos, jurisdiccionales o judiciales, incluidos los de procuración de justicia.

2. En esta ocasión, me concentro sobre algunos aspectos del Ministerio Público o Ministerio Fiscal, de acuerdo con las denominaciones que recibe, según sus respectivos países.

La finalidad de la instrucción o averiguación previa es conocer la verdad del caso, basada únicamente en pruebas obtenidas en forma legal, y así poder determinar si procede ejercer la acción penal en nombre del Estado.² La instrucción o averiguación previa —utilizaré principalmente esta última denominación— reviste importancia especial, porque puede restringir la libertad de los individuos, e incluso, si no se llega a ejercer la acción penal, dicha averiguación puede traer consigo consecuencias psíquicas, sociales y económicas para el afectado.³ Se está, entonces, hablando no sólo del procedimiento penal, sino de la vigencia de los derechos humanos. El Ministerio Público o Fiscal implica una cuestión primordial de derecho constitucional, sin descuidar el derecho procesal penal. En consecuencia, la mayoría de las leyes fundamentales señalan su estructura y funciones, y garantizan a las personas una serie de derechos de seguridad jurídica.

Las atribuciones del Ministerio Público y el ejercicio de la acción penal pueden implicar intereses y finalidades extraños a la legalidad, como que la investigación previa o instrucción se contamine con aspectos políticos hasta el extremo de llegar a marginar a la ley por la llamada razón de Estado o por intereses particulares. Éste es el aspecto nodal de varias de las discusiones más agrias al respecto, porque se persigue, con toda razón, la neutralización política de la acción penal y la distancia del Ministerio Público de los poderes políticos del Estado, en especial del Poder Ejecutivo.

Bien dice el profesor Díez-Picazo, que la discusión en Europa respecto al Ministerio Público se centra sobre cuál debe ser su estructura y funcio-

trucción del proceso penal por el ministerio fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”, *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, Costa Rica, año 9, núm. 13, 1997, pp. 36-52.

² Véanse Vogler, Richard, “Criminal Procedure in France”, John Hatchard *et al.* (eds.), *Comparative Criminal Procedure*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 1996, p. 41; y Granados, Francisco, *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 13-19.

³ Díez-Picazo, Luis María, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 11.

nes en un moderno Estado democrático de derecho.⁴ En sentido parecido se pronuncia el tratadista Giancarlo Rolla. ¡Claro que sí! Ésta es una cuestión relacionada con los límites al poder y las libertades públicas, así como con las garantías individuales y sociales.

Si se examinan las últimas reformas al Ministerio Público o fiscal en algunos países de Europa, fácil es descubrir que tienen la finalidad de introducir o reforzar las garantías de imparcialidad en la averiguación previa, evitando la arbitrariedad,⁵ y alejar los factores políticos de la misma para que el expediente se determine únicamente por las pruebas contenidas en el mismo. Por esta razón, se afirma que el ejercicio de la acción penal es demasiado importante para los derechos humanos como para dejarla en las manos del Poder Ejecutivo.⁶ La historia enseña que son incontables los casos en que por causas políticas o partidistas se protege a los suyos y se persigue a los enemigos o antagonistas. La imparcialidad del Ministerio Público es requisito indispensable para asegurar la vigencia de los derechos humanos.

Desde otra perspectiva, hay que tener en cuenta que la averiguación previa y el ejercicio de la acción penal determinan, en alto grado, el desarrollo mismo del proceso ante el juez, en virtud de que es difícil asegurar la integridad y la confiabilidad de las pruebas después de cierto tiempo, y porque ese expediente influye “en una medida considerable”, en el ánimo del juzgador.⁷

No se necesitan muchas luces para comprender que el debate sobre la estructura, independencia y funciones del Ministerio Público continuará. Los casos escandalosos, que no son pocos, como el de Outreau en Francia en el pasado inmediato, relacionados con la procuración de justicia, avivan los ánimos y la discusión, porque, como afirmó el profesor español citado, este tema pertenece a la columna vertebral del moderno Estado democrático de derecho.

⁴ *Ibidem*, pp. 12, 17, 18, 109, 126, 133 y 134; Rolla, Giancarlo, “El Ministerio Público en Italia: disciplina constitucional”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, año VII, núm. 7, 2000, p. 260.

⁵ Delmas-Marty, Mireille, *Procesos penales en Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, Zaragoza, Edijus, 2000, p. 494.

⁶ Hay, D. y Zinder, F. (eds.), *Policing and Prosecution in Britain, 1750-1850*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 43.

⁷ Woischnik, Jan, *Juez de instrucción y derechos humanos en Argentina. Un análisis crítico del Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Ad Hoc-Konrad Adenauer Stiftung, 2003, pp. 35 y 159.

II. TIPOLOGÍA DE LOS SISTEMAS DE PROCURACIÓN DE JUSTICIA O MINISTERIO FISCAL

Una tipología de los principales sistemas de procuración de justicia que actualmente existen constituye únicamente un método para la comprensión de las tendencias actuales respecto a procuración de justicia, porque en casi todos los casos, un sistema no reúne características puras de acuerdo con la tipología, sino que acepta notas de otro u otros tipos. En consecuencia, colocar a la procuración de justicia de un país en un determinado tipo se debe a que el énfasis, el acento de la mayoría de los elementos, responden a ese tipo.

Con la anterior perspectiva, hoy en día, los sistemas de procuración de justicia responden primordialmente a cuatro tipos:

- a) Dependencia directa del Poder Ejecutivo (gobierno).
- b) Dependencia del Poder Ejecutivo (gobierno) con diversos grados de autonomía técnica.
- c) Encuadrado dentro del Poder Judicial.
- d) Independencia de cualquiera de los poderes del Estado. Se habla, entonces, de órgano constitucional autónomo, órgano extrapoder, órgano sui géneris o de agencia independiente.

Refirámonos, en términos generales, a cada uno de estos tipos.

1. La dependencia directa o indirecta del gobierno acontece primordialmente cuando el nombramiento y la remoción del titular del Ministerio Público, así como de sus principales colaboradores, y de los fiscales, es facultad discrecional o casi discrecional del jefe de gobierno, de un ministro, o de quien encabeza la institución.

Además, hay que tener en cuenta si el titular del ministerio público o el ministro de justicia pueden girar, en la realidad, instrucciones en un caso particular al respectivo fiscal, y si éste goza o no de garantías para poder realizar su labor con imparcialidad y de acuerdo con criterios técnico-legales, apartados de los políticos o partidistas.

Este tipo de procuración de justicia la realiza una institución unitaria, que se rige por el principio jerárquico, conforme al cual los superiores otorgan órdenes a los subordinados, con lo que se incrementa el peligro de decisiones arbitrarias y parciales.

Algunos ejemplos de este tipo los encontramos en Alemania, Bélgica, México y República Dominicana.

- a) En Bélgica, los fiscales generales son designados por el rey, a propuesta del ministro de Justicia, de quien dependen sus ascensos y quien puede solicitar al monarca que los separe o suspenda. Asimismo, el ministro está directamente facultado para advertirlos o censurarlos. El ministro de Justicia preside las sesiones colegiadas de los fiscales generales, en las cuales se precisan las orientaciones de la política penal. El ministro se encuentra en jerarquía superior a los fiscales generales; respecto a los adscritos a un tribunal de apelación, posee competencia para ordenarles que persigan una infracción, no así para que no la continúen.⁸
- b) En México, el procurador general de la República es designado y removido libremente por el presidente del país. A partir de 1994 es necesaria la ratificación del Senado o de la Comisión Permanente, exclusivamente para la designación, y para lo cual basta el voto de la mitad más uno de los senadores presentes o miembros de la Comisión Permanente que se encuentren en la sesión. El procurador forma parte del gabinete presidencial.⁹ La reforma constitucional de 1994, en esta específica cuestión, fue positiva, pero completamente insuficiente. El presidente de la República puede destituir libremente al procurador. La Constitución no hace alusión a la autonomía técnica del Ministerio Público, si bien la Ley Orgánica de 2003, en su artículo I, señala que la certeza, la legalidad, la objetividad y la imparcialidad son los principios rectores de las funciones y las acciones de procuración de justicia; esa norma aún expresa un buen deseo.

En la realidad mexicana, tanto los fiscales federales como los locales no gozan de garantías, en virtud de que son nombrados, ubicados y removidos discrecionalmente; su salario, a pesar de incrementos en los últimos años,

⁸ Delmas-Marty, Mireille, *op. cit.*, nota 5, pp. 428 y 429; Granados, Francisco, *op. cit.*, nota 2, pp. 307-309.

⁹ Véanse Carpizo, Jorge, *Temas constitucionales*, México, UNAM-Porrúa, 2003, pp. 169-173; Gamás Torruco, José, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2001, pp. 922-926, y los artículos 29 y 103, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

es notoriamente menor al de los jueces federales, y su preparación deja mucho qué desear, en virtud de que los cursos de preparación, especialización y actualización son breves y deficientes. Se han privilegiado estudios de maestría y doctorado que se supone tienen alguna seriedad académica, pero que en nada, absolutamente en nada, han contribuido a la mejor formación de los agentes del Ministerio Público federal. Los alumnos que se han graduado son pocos.

En las entidades federativas, el procurador es generalmente nombrado y removido libremente por el gobernador, quien en muchos casos lo considera uno más de sus funcionarios importantes, y ese es el trato que le otorga; espera, y casi siempre no es defraudado, que sus instrucciones sean puntual y exactamente cumplidas por el procurador, con lo cual la procuración de justicia, en muchas de las entidades federativas, se ha politizado y partidizado a costa de la imparcialidad, la objetividad y la legalidad de los actos del Ministerio Público.

Diversos gobernadores conciben la procuración de justicia como uno de los instrumentos más eficaces para implantar su política de gobierno, por lo cual aquélla queda subordinada a ésta, sin importar o importar poco la legalidad y el respeto a los derechos humanos.

2. El segundo tipo de procuración de justicia se define por su dependencia del gobierno, aunque con diversos grados de autonomía técnica.

En este tipo, el Ministerio Público depende del Poder Ejecutivo y aquél se encuentra jerárquicamente subordinado a éste. Sin embargo, existen ciertas garantías que generalmente no son suficientes para tratar de que los fiscales gocen de alguna autonomía técnica, que su preparación sea la misma que la de los jueces, que su ingreso y promociones se realicen a través de exámenes y concursos de oposición, por lo que “fácilmente los referidos miembros del Ministerio Público pueden ser designados jueces y viceversa, lo que les otorga estabilidad, así sea limitada”;¹⁰ se va formando la tendencia a considerar que los fiscales no son funcionarios administrativos, sino equiparables a los judiciales, en cuanto al goce de garantías para asegurar su autonomía técnica. Veamos un ejemplo: Francia.

Francia creó uno de los modelos de procuración de justicia, el napoleónico, aunque con antecedentes muy remotos, el cual se encuentra “fuertemente jerarquizado y enteramente colocado bajo la autoridad del Poder

¹⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, UNAM, 2002, pp. 82, 184-186.

Ejecutivo”.¹¹ Éste ha evolucionado para introducir garantías contra la arbitrariedad.

La concepción napoleónica estriba en que los fiscales se encuentran bajo la autoridad del ministro de justicia, aunque ya en 1958 se reconoció que gozan de libertad de palabra en la vista del juicio; es decir, pueden hacer alegatos orales diferentes a aquellos que escribió por instrucciones directas del ministro.

El Consejo Superior de la Magistratura, a cuya cabeza se encuentra el presidente de la República, es actualmente competente, tanto respecto a los jueces como a los fiscales. Sin embargo, las facultades son diversas, según se trate de unos o de otros. La sala del Consejo que posee las atribuciones respecto a los fiscales, únicamente opina sobre los nombramientos, salvo los más importantes, mismos que son facultad del Consejo de Ministros. En relación con las sanciones disciplinarias que impone el ministro de justicia, la sala puede expresar una simple opinión. El ministro está facultado para decidir el traslado de un fiscal sin necesidad de fundamentar tal decisión.

Las instrucciones del ministro al fiscal deben ser por escrito y deben ser anexadas al expediente. El ministro puede ordenar la investigación de un delito. En este sentido, el Código de Procedimientos Penales no se refiere a la orden de no persecución, por lo cual su legalidad es dudosa y muy discutible.

No obstante, poco a poco y con mucho trabajo, Francia ha ido aceptando algunas garantías para los fiscales, como las relacionadas con su carrera: preparación equivalente a la de los jueces, ya que ambos, para ingresar, tienen que concurrir a la escuela judicial, por lo que esos cargos son intercambiables; o sea, un fiscal puede ser nombrado juez y viceversa. A los dos se les denomina “magistrados”, por lo que, bien interpretada la Constitución, se debería garantizar estabilidad al fiscal, aunque fuera restringida.¹² A pesar de ciertas normas legales en relación con su autonomía técnica, la dependencia del fiscal respecto al ministro todavía es grande.

El sistema francés se completa con las funciones de otras autoridades, entre ellas las del llamado juez de instrucción, al cual dedico atención más adelante.

¹¹ Delmas-Marty, Mireille, *op. cit.*, nota 5, pp. 424-427. Para otra perspectiva, puede consultarse Marchena Gómez, Manuel, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, Marcial Pons, 1992, pp. 25 y 26.

¹² Fix-Zamudio, Héctor, *Presente y futuro del Ministerio Público en México*, edición mecanográfica, pp. 36 y 37.

3. Otro tipo de Ministerio Público queda encuadrado dentro del Poder Judicial.

Ante la profunda preocupación —muy justa y cierta— de la dependencia jerárquica del Ministerio Público respecto al Poder Ejecutivo, parte de la doctrina ha propuesto, y muchos países lo han aceptado, que para alcanzar la autonomía técnica, objetividad e imparcialidad del Ministerio Público, ése debe desvincularse del gobierno y, probablemente, ante el dilema de dónde colocarlo constitucionalmente, dentro de la clásica doctrina de la división de poderes, se opta por el Poder Judicial, aunque esta dependencia resulte más formal que real.

En este tercer tipo de procuración de justicia lo determinante es que los fiscales gocen de las mismas garantías constitucionales y legales que los jueces respecto a ingreso, promoción, traslado, estabilidad, remuneración y responsabilidad.

En América Latina, esta tendencia ha ido avanzando. Así, en términos generales, se puede afirmar que el Ministerio Público se encuentra, aunque sea formalmente, como parte del Poder Judicial en Colombia, Paraguay, El Salvador, Perú, y en las provincias argentinas, salvo una.

En México, este tercer tipo de procuración de justicia ha tenido y tiene distinguidos sostenedores. En 1932, Luis Cabrera realizó una serie de propuestas, entre las que se encuentran las siguientes: el Ministerio Público debe ser independiente del Poder Ejecutivo y pagado por el presupuesto del Poder Judicial; el titular del Ministerio Público debe formar parte de la Suprema Corte, haciéndose oír personalmente o a través de representantes en las sesiones; ése debe ser designado por el Congreso de la Unión, con carácter inamovible y con la misma dignidad que los ministros de la Suprema Corte.¹³

Treinta y nueve años después de las propuestas de Luis Cabrera, diputados del PAN presentaron una iniciativa similar a la suya. Es probable que la diferencia más importante estribe en que la iniciativa partidista propuso que el nombramiento del titular del Ministerio Público se realice en forma idéntica al de ministro de la Suprema Corte. En los años de la última propuesta, el sistema de nombramiento para un ministro consistía en la desig-

¹³ Cabrera, Luis, *La misión constitucional del procurador general de la República*, México, Botas, 1963, p. 70. Véase Castillo Soberanes, Miguel Ángel, “El Ministerio Público en México. Problemas y perspectivas”, *Criminalia*, México, año LXI, núm. 1, 1995, p. 119.

nación por parte del presidente de la República, con aprobación del Senado. La propuesta de Cabrera es, en este aspecto, superior a la del PAN.¹⁴ A partir de 1994, el presidente integra una terna y el Senado designa al ministro, con una serie de modalidades, sistema que presenta inconvenientes que preocupan.

4. El cuarto tipo de procuración de justicia lo constituye el órgano constitucional autónomo. El ejemplo es Italia, país que otorgó ese *status* al Ministerio Público a través de una evolución, que comenzó en 1946, la que fue asimilando la posición del fiscal a la del juez hasta alcanzar su plena independencia del Poder Ejecutivo. La Ley de Organización Judicial de 1951, intitulada “Distinción de los magistrados según sus funciones”, destruyó cualquier diferencia entre los fiscales y los jueces, cuya unidad de carrera y de garantías están a cargo de un Consejo superior de la magistratura, cuyo control se encuentra en manos del Poder Judicial.

El gobierno había conservado, a través del ministro de justicia, dos facultades que perdió: *a)* el inicio de la acción disciplinaria, y *b)* la de ser oído y el monopolio de iniciativa en los nombramientos no-directivos. Si bien el Consejo Superior de la Magistratura podía no aceptar tal solicitud, ese órgano no estaba facultado para realizar el nombramiento. La Corte Constitucional declaró inconstitucional esa norma; entonces, el ministro únicamente podía formular solicitudes al Consejo; su “veto” había desaparecido por completo en 1992. No obstante, una reforma acontecida en 2005 otorgó al ministro de justicia, de nueva cuenta, la facultad de oponerse al nombramiento de los fiscales.

Ahora, el Ministerio Público italiano, además de la facultad de acusar, posee la atribución y la obligación de investigar los supuestos hechos delictivos, allegarse las pruebas y dirigir a la policía judicial con esa finalidad. El fiscal es supervisado por el juez de investigaciones preliminares, quien debe aprobar cualquier medida que limite derechos constitucionales y, quien decide, después de examinar las pruebas correspondientes, si procede o no el comienzo del juicio y, si puede negociarse la aplicación de la pena.

Este sistema hizo innecesaria la existencia de un juez de instrucción, razón por la cual dicha figura fue eliminada del derecho italiano.¹⁵

¹⁴ *Debate parlamentario: el Ministerio Público como parte del Poder Judicial*. México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, L Legislatura, 1977, pp. 15-30.

¹⁵ Amodio, Ennio, *Processo penale, diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milán, Giuffrè 2003, pp. 99-120, principalmente las pp.

En América Latina, el sistema que más se asemeja al de órgano constitucional autónomo se encuentra, cuando menos en el deber ser, en Argentina, cuya evolución es antigua. Así, en Paraná, en 1857, ya se escuchó que “El Fiscal es miembro del Poder Judicial, debe tener la misma independencia que los jueces, para que el Poder Ejecutivo no pueda influir jamás en los fallos de los Tribunales...”.

Las provincias argentinas, con la excepción de Salta, consideran al Ministerio Público como parte del Poder Judicial. A nivel federal, la Constitución no normaba a esta institución, sino hasta 1994. El artículo 120 constitucional dispone:

El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

Mucho se han discutido los alcances de ese artículo. No obstante, desde 1998, el Ministerio Público argentino se configuró como un órgano independiente o extrapoder, expresión esta última que utiliza la doctrina de ese país.

En ese sistema existe la figura del juez de instrucción, quien puede delegar la investigación en el fiscal. Entre las facultades del primero se encuentra la de dictar auto de procesamiento, con lo cual manifiesta su convicción de que esa persona es culpable. Además, puede sobreeser el procedimiento total o parcialmente, o decidir que el caso se desahogue en juicio oral. Tales facultades acumuladas han hecho que se considere parcial al “juez de instrucción”.¹⁶

Durante el Congreso académico pregunté a varios participantes argentinos cómo opera en la realidad el Ministerio Público federal en ese país, si

101-103; Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, nota 3, pp. 125-134; Delmas-Marty, Mireille, *op. cit.*, nota 5, pp. 431-435; Granados, Francisco, *op. cit.*, nota 2, pp. 314-317.

¹⁶ Coussirat, Jorge A., “El Ministerio Público en la Reforma Constitucional de 1994”, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, t. II, pp. 314, 317, 320, 323 y 331; Woischnik, Jan, *op. cit.*, nota 7, pp. 119, 174 y 175.

realmente tiene independencia respecto al Poder Ejecutivo. Las respuestas fueron disímbricas: uno, que muy bien; otro, que regular; dos más, que mal, que la autonomía no es más de palabra.

No obstante, la tendencia en América Latina consiste en lograr la autonomía técnica del Ministerio Público, desligándolo por completo de la subordinación tradicional que ha tenido respecto al Poder Ejecutivo.

III. EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

1. La institución del juez de instrucción nació en Francia en 1808, como el funcionario responsable del esclarecimiento de los hechos delictivos.

Se puede decir que el juez de instrucción es un funcionario no administrativo e independiente que interviene en la averiguación previa, con facultades, tanto de investigación como jurisdiccionales; su principal finalidad consiste en reunir los elementos favorables y los perjudiciales al indiciado, así como supervisar la investigación que realiza el fiscal.

La policía de investigación se encuentra bajo su responsabilidad y, desde luego, ese juez no participa en el proceso penal; es decir, en la decisión jurisdiccional de fondo, para evitar cualquier posible parcialidad y para que no se vaya a convertir en juez y parte.

El profesor Fix-Zamudio señala que el juez de instrucción posee facultades para “fiscalizar la averiguación preliminar, controlar la actividad del ministerio público y de la policía de investigaciones y decidir sobre las medidas restrictivas de la libertad de los indiciados, hasta el momento en que el asunto queda en manos del juez o tribunal de la causa”.¹⁷

En Francia, el juez de instrucción realiza investigaciones. Algunos actos de la investigación, en principio sólo tienen validez si son efectuados por él, como es el caso de los interrogatorios del encausado, los testimonios, las inspecciones oculares, las interceptaciones telefónicas. Sin embargo, sólo el 8% de los asuntos son objeto de instrucción por parte del juez que recibe ese nombre, en virtud de que únicamente está obligado a intervenir en casos de delitos graves (*crimes*) y de los delitos cometidos por menores de edad. En los demás asuntos, su intervención es discrecional. En consecuencia, la policía y el Ministerio Público se responsabilizan de la mayoría de los casos. El juez de instrucción “solamente lleva la dirección intelec-

¹⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *Presente y futuro...*, cit., nota 12, pp. 49 y 50.

tual y la síntesis de las operaciones de la policía sin efectuar él mismo las investigaciones. Incluso cuando solamente él puede realizar ciertos actos de investigación, la mayor parte son efectuados por la policía por medio de delegaciones suyas *commissions rogatoires*”.

Además, existen controles: el juez de las libertades y de la detención, con facultades jurisdiccionales para autorizar restricciones a las libertades, como la detención provisional del indiciado. El expediente es revisado por la Corte de Apelaciones —Chambre de l’Instruction—, la cual puede anular actos de la policía e instrucciones de los dos jueces mencionados, así como ordenar la realización de diligencias. Esta Corte es la que decide si en el expediente existen elementos suficientes para la consignación; es decir, para el ejercicio de la acción penal.

En un país como Francia, en el cual la carrera de los fiscales aún depende en buena parte del ministro de justicia, quien —como ya vimos— todavía puede otorgarles órdenes, la existencia del juez de instrucción pudiera considerarse beneficiosa, en virtud de que es inamovible, independiente y no recibe indicación alguna, como sí sucede con el fiscal. Además, el sistema se fortalece con la existencia del juez de las libertades y de la detención.

Sin embargo, en Francia existía y continúa existiendo gran inquietud sobre los problemas de la procuración de justicia. Ésta fue la causa para que se integrara una comisión *ad hoc* bajo la dirección de la distinguida académica Mireille Delmas-Marty, comisión que en 1990 concluyó con la necesidad de crear un juez de libertades (*juge des libertés*), quien revisaría la averiguación previa, realizada bajo la responsabilidad exclusiva del fiscal y de la policía. La propuesta incluyó la desaparición del juez de instrucción, lo que no fue aceptado.

Entre las conclusiones de la Comisión Truche, formada en 1997, se encontraba la creación de una autoridad judicial —diversa del fiscal y del juez de instrucción—, cuya competencia sería conocer cualquier asunto relacionado con los derechos fundamentales de la persona durante la instrucción. Aunque la comisión no lo dijo expresamente, debido a la larga y profunda tradición de esa institución, se inclinó por la desaparición del juez de instrucción, porque entonces resultaría superfluo.¹⁸ Tampoco tuvo éxito en este punto específico.

¹⁸ Vogler, Richard, *op. cit.*, nota 2, pp. 41-43, 69, 86-88; Gómez Colomer, Juan-Luis, *op. cit.*, nota 1, pp. 36-52; Delmas-Marty, Mireille, *op. cit.*, nota 5, pp. 518, 519 y 529; Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, nota 3, pp. 135-139.

2. En España, el jurista Alonso Martínez, desde 1882, señaló que la labor del juez de instrucción consistía sólo en la preparación del juicio, porque el que juzga imparcialmente es un juez extraño a la etapa anterior a la jurisdiccional.¹⁹

Las facultades del fiscal español son claras; se encuentran limitadas por la institución del juez de instrucción.

En el país ibérico, tanto el fiscal como el juez de instrucción están facultados para expedir órdenes a la policía judicial.

IV. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA FIGURA DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

En la actualidad existe un importante debate doctrinal respecto a la conveniencia de la permanencia o supresión de la figura del juez de instrucción. Veamos los argumentos más importantes de cada una de esas dos corrientes.

1. Los argumentos más significativos a favor de la permanencia del juez de instrucción son los siguientes:

- a) Existe desconfianza social en relación con la imparcialidad y la objetividad de los fiscales que, directa o indirectamente, pueden recibir instrucciones del gobierno. Se teme que elementos políticos y partidistas subordinen el principio de legalidad.
- b) No puede existir independencia del fiscal si es nombrado y removido por el gobierno, y si no goza de garantías equivalentes a las del juez, como la estabilidad, ubicación, remuneración y responsabilidad.

¹⁹ Véase Fairén Guillén, Víctor, “Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional”, *La reforma procesal penal: 1990-1992*, Madrid, Revista de Derecho Privado, p. 143; Gimeno Sendra, Vicente *et al.*, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 2003, pp. 177-184; Martín y Martín, José Antonio, *La instrucción penal*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 92-98. Respecto a la relación juez instructor, fiscal y policía, véanse Oliva Santos, Andrés de la *et al.*, *Derecho procesal penal*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, pp. 296 y 297. La anterior relación en procesos abreviados se puede consultar en Zarzalejos Nieto, Jesús, “El nuevo proceso abreviado para delitos menores graves (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)”; *Nuevos tribunales y nuevo proceso penal*, Oliva Andrés de la Madrid, La Ley, 1989, pp. 163-178.

- c) Por el contrario, el juez de instrucción disfruta de independencia y de garantías, lo que refuerza su autonomía. Siempre será necesaria y muy provechosa para la defensa de los derechos humanos de los inculpados la supervisión que un juez realice.
- d) En muchas ocasiones, investigaciones impecables, desde el punto de vista técnico, llevadas a cabo por el fiscal, son impugnadas, porque pueden coincidir con criterios del gobierno. Es grave para la confianza social en la justicia que se esté continuamente, y sin razón, objetando, criticando y teniendo bajo sospecha la labor del fiscal. La intervención del juez instructor aminora considerablemente el escepticismo social hacia la procuración de justicia.
- e) Por regla general, un juez de instrucción, precisamente por su calidad de juez, respetará y protegerá mejor los derechos humanos de los inculpados que el fiscal.
- f) Si el fiscal tiene independencia y goza de iguales garantías que los jueces, entonces, materialmente se convierte en un cuasi juez.
- g) La instrucción o averiguación previa constituye realmente labor judicial, porque no se agota con la recepción y el acopio de pruebas, ya que hay que valorarlas, y para ello es indispensable la imparcialidad del juez, característica de la que carece el fiscal que constituye una parte.
- h) Cuando el fiscal instruye se convierte en juez y parte, rompiéndose el principio *en eat iudex ex officio*.²⁰ Por tanto, necesario es que exista un agente imparcial y neutral.

2. Los argumentos más significativos en contra del juez de instrucción son los siguientes:

- a) La función de juez consiste en juzgar, no en investigar o en instruir. La confusión de las funciones es contraria al buen desarrollo del procedimiento.

²⁰ Gómez Colomer, Juan-Luis, *op cit.*, nota 1, pp. 36-52; Woischnik, Jan, *op. cit.*, nota 7, p. 180; Hatchard, John *et al.*, *op. cit.*, nota 2, pp. 240 y 245; Fairén Guillén, Víctor, “Notas sobre el proyectado Código de Proceso Penal-Modelo para Iberoamérica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXIV, núm. 70, 1991, pp. 136 y 137; Marchena Gómez, Manuel, “Aproximación descriptiva al régimen constitucional del Ministerio Fiscal español”, *Criminalia*, México, año LXI, núm. 1, 1995, pp. 107 y 108.

- b) Es contradictorio que una persona investigue y realice la instrucción, y que esa misma persona valore la legalidad de sus propios actos. El fiscal debe llevar la investigación y el juez debe controlar los actos del primero, en virtud de que es difícil realizar la supervisión de los actos propios.
- c) La averiguación previa realizada por un juez rompe con el principio acusatorio y se convierte en sistema inquisitorio, lo cual lesiona el Estado de derecho. La imparcialidad y la neutralidad se pierden si al mismo tiempo se investiga y se está facultado para imponer penas privativas de libertad.
- d) El juez de instrucción puede violar los derechos de los inculcados al resolver sobre los mismos con sus facultades judiciales, porque al investigar adquiere una cierta convicción, quizá hasta preveniciones y prejuicios, sobre la culpabilidad o no del indiciado.
- e) Se viola el principio del debido proceso legal al existir un agente parcial, no neutral, durante el procedimiento, y quien toma decisiones que afectan las libertades del indiciado.
- f) En muchas ocasiones se duplican las actuaciones procesales al existir dos personas que las dirigen. Suele acontecer, asimismo, que los fiscales y los jueces de instrucción se enfrentan en una determinada investigación, lo cual no favorece las conclusiones de la misma.
- g) La duplicidad de órganos y de facultades dificulta la celeridad del procedimiento, lo cual es contrario a los derechos del indiciado y de la propia justicia.
- h) Tiene excesivas facultades en muchos países, con lo cual logra marcada influencia en el resultado del proceso; es decir, en la sentencia del caso.²¹

3. Parece que el debate lo está perdiendo la institución del juez de instrucción, figura que fue eliminada en Alemania en 1975, en Italia en 1988, y en ese mismo año, quedó muy acotada en Portugal.

²¹ *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, p. 23; Fairén Guillén, Víctor, “Estudios de derecho...”, *cit.*, nota 19, pp. 124 y 125, 137 y 38 y 140, y “Notas sobre el proyectado...”, *cit.*, nota 20, pp. 116-117; Gómez Colomer, Juan-Luis, *op. cit.*, nota 1, pp. 36-52; Hatchard, John *et al.*, *op. cit.*, nota 2, pp. 243 y 244; Woischnik, Jan, *op. cit.*, nota 7, pp. 157, 165-167, 176 y 177, 180 y 181, 290-292.

En Europa, encontramos juez de instrucción en Francia, España, Holanda y Bélgica. En el primer país ya conocemos que en la década de los años noventa, cuando menos una comisión oficial propuso su eliminación.

En España, la doctrina se encuentra muy dividida entre los impugnadores y los defensores de esa figura.

Considero que la conclusión de este debate no es difícil: en los países en los cuales el Ministerio Público depende del gobierno en algún grado, la figura del juez de instrucción independiente, con todas sus debilidades, desempeña un papel importante de equilibrio para que la instrucción sea imparcial, objetiva, conforme con el principio de legalidad y alejada de elementos políticos y partidistas, más si no existe un juez especializado en la averiguación previa.

El juez de instrucción debe ser suprimido únicamente si va a ser sustituido por un sistema mejor que elimine sus inconvenientes, como es el del órgano constitucional autónomo.

El quid del asunto se encuentra en que el juzgador no debe investigar para no convertirse en juez y parte, sino debe resolver sobre la situación del imputado, proteger los derechos humanos de éste, y decidir, con base en el expediente del fiscal o agente del Ministerio Público, si se ejerce la acción penal o no.

V. LOS JUECES DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA O INSTRUCCIÓN EN ALEMANIA E ITALIA

1. En Alemania y en Italia, el Ministerio Público y la policía poseen competencia exclusiva para realizar investigaciones durante la etapa de la instrucción.

En Alemania, como en Italia, existe un juez que no investiga y que exclusivamente interviene en la etapa anterior al proceso penal; es decir, durante el procedimiento de la averiguación previa o instrucción.

Las funciones del juez de la investigación previa (*Ermittlungsrichter*) en Alemania y del juez de investigaciones preliminares o de la instrucción (*Giudice per le indagini preliminari*) en Italia, se concretan en controlar y supervisar la legalidad de los actos realizados en la averiguación previa cuando éstos implican restricción de derechos fundamentales, o cuando el fiscal se lo solicita, debido a que intenta ejecutar medidas que limitan libertades en perjuicio del indiciado.

El juez de la investigación previa en Alemania, también, debe autorizar el sobreseimiento de la investigación y, en un plazo corto, las medidas tomadas por el fiscal o la policía en casos de urgencia.

En Alemania, en los últimos años la policía ha ido reforzando sus facultades de investigación.

En Italia, el juez de investigaciones preliminares puede decidir, en cualquier momento, que la investigación se envíe a juicio, sobreseerla, e incluso puede dictar una sentencia anticipada en ciertos asuntos, como en los juicios abreviados o los solicitados por las partes.

Tanto en Alemania como en Italia, el juez de la causa conserva en el proceso algunas facultades de investigación con la finalidad de conocer la verdad, como el citatorio a testigos, preguntas a los peritos e incluso la aportación de pruebas, después que las partes han presentado las suyas.²²

La esencia de la cuestión consiste en que el fiscal y la policía sean controlados y supervisados por un juez no investigador, quien debe autorizar cualquier acto que implique restricción de libertades. Ésta es, en buena parte, la naturaleza del juez —con facultades jurisdiccionales— de la averiguación previa, tanto en Alemania como en Italia.

2. Resulta claro que en cualquier sistema o tipo de procuración de justicia es el juez —el cual no debe poseer facultades de investigación en esta etapa procedimental—, el garante y el protector de los derechos fundamentales y libertades del indiciado. Únicamente el juez puede decidir respecto a restricciones de libertades.²³

VI. MIS PROPUESTAS

Con los elementos descritos anteriormente, formulo nuevas propuestas de reforma a la procuración de justicia en México, aclarando que:

²² Delmas-Marty, Mireille, *op. cit.*, nota 5, pp. 512, 522 y 523 y 548; Hatcher, John *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 139; Marchena, Manuel, *El Ministerio Fiscal...*, *cit.*, nota 11, pp. 58-67; Woischnik, Jan, *op. cit.*, p. 157.

²³ *Código Procesal Penal Modelo...*, *cit.*, p. 23; Delmas-Marty, Mireille, *op. cit.*, nota 5, p. 544; Fairén Guillén, Víctor, “Notas sobre el proyectado...”, *cit.*, nota 20, p. 117. Respecto a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, examínese, como ejemplo, su artículo 12. Sobre esta Ley, pueden consultarse, García Ramírez, Sergio, *Delincuencia Organizada*, México, Porrúa, 2002, 343 pp., especialmente a partir de la p. 141; y *Seminario de Actualización sobre la Reforma Constitucional y Legal en Materia de Delincuencia Organizada*, con trabajos de Sergio García Ramírez, Eduardo Andrade Sánchez, Juan N. Silva Meza, Humberto Román Palacios y Guillermo Velasco Félix, México, Instituto de la Judicatura Federal, 1998, 122 pp.

- a) No reitero ninguna de las propuestas que en diversas ocasiones he hecho sobre procuración de justicia y que han sido publicadas. No obstante, aclaro que esas propuestas continúan vigentes y son indispensables para mejorar esta importantísima y delicada función. Esas propuestas no son contrarias a las que ahora pongo a consideración. Por el contrario, unas y otras se completan y armonizan con la misma e idéntica finalidad: mejorar la procuración de justicia para que corresponda a un moderno Estado democrático de derecho.
- b) Las nuevas propuestas se hacen desde la perspectiva de la naturaleza del órgano de procuración de justicia, las relaciones que debe guardar con los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial; la independencia y la autonomía técnica que su labor debe poseer, así como el establecimiento de las garantías equivalentes a las de un juez que el fiscal debe tener aseguradas para que esa autonomía técnica, alejada de elementos políticos y partidistas, sea real.
- c) En consecuencia, aspectos importantes de la averiguación previa no son analizados en esta ocasión, tales como el límite de tiempo razonable que la averiguación previa debe durar;²⁴ la creación de institutos forenses autónomos;²⁵ la opción entre el principio de legalidad o de oportunidad; la posibilidad de la existencia de acción popular o privada; el margen de libertad de apreciación que necesariamente existe, entendida ésta como discrecionalidad técnica o interpretativa, no como discrecionalidad política o de oportunidad,²⁶ etcétera.

Con las precisiones anteriores, mis propuestas, que integran una unidad, son las siguientes:

- a) La creación de un órgano constitucional autónomo.
- b) El nombramiento de los procuradores.

²⁴ Véase García Ramírez, Sergio, “Programa de justicia penal para el nuevo gobierno. La síntesis”, *Criminalia*, México, año LXVI, núm. 2, 2000, p. 29.

²⁵ García Ramírez, Sergio, “Programa de Justicia Penal...”, *cit.*, nota 24, p. 32, y, en ese mismo número de *Criminalia*, otro trabajo de García Ramírez, Sergio, “Notas para la introducción y el diagnóstico...”, *cit.*, nota 24, p. 98.

²⁶ Véase Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, nota 3, p. 15.

- c) La creación de los Consejos del Ministerio Público y los de la policía. Las garantías de autonomía técnica a los agentes de estas organizaciones.
- d) La autonomía presupuestal.
- e) La autonomía interna de los fiscales.
- f) El juez de control especializado en averiguación previa.

Examinemos cada una de estas propuestas.

VII. LA CREACIÓN DE UN ÓRGANO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO

1. Que el Ministerio Público debe estar desligado del Poder Ejecutivo es obvio. Los argumentos ya los expuse.

Entonces, en México, para lograr la autonomía técnica del Ministerio Público y alejarlo de instrucciones de carácter político o partidista, para que sus determinaciones únicamente respondan al principio de legalidad, existen dos caminos: uno de carácter paulatino y progresivo, y otro, un cambio de fondo en la naturaleza del órgano ministerial.

El camino adecuado consiste en una reforma de fondo, enfrentando este problema, primordialmente, no como un asunto procesal penal, sino constitucional de la más alta jerarquía, que implica el planteamiento, como ya se dijo, de la estructura y las funciones de los órganos públicos en un moderno Estado democrático de derecho, así como la protección y defensa efectivas de los derechos humanos, en particular los referentes a la libertad y la seguridad jurídicas. Entonces, la conclusión cae por su propio peso: estamos frente a una cuestión primordial de derecho constitucional.

Si encuadrar al Ministerio Público dentro de los poderes políticos —especialmente dentro del ejecutivo— presenta problemas muy graves, los cuales se aminoran, pero no desaparecen en el encuadramiento dentro del Poder Judicial, entonces resulta fácil afirmar que la mejor ubicación para el Ministerio Público se encuentra dentro de la moderna tendencia a constituirlo como un órgano constitucional autónomo, extrapoder, sui géneris, agencia independiente, o como se le quiera llamar. Yo me refiero a la primera denominación, porque la considero la más acertada y es la que se utiliza en México, en donde, a nivel federal, ya existen varios órganos que gozan de esta definición, tales como el Banco de México —banco central—,

el Instituto Federal Electoral y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

2. En México, la idea de que el Ministerio Público debe ser independiente del Poder Ejecutivo data —hasta donde conozco— de 1932.

Sabemos bien que la anterior tendencia ha triunfado en América Latina. Desde 1960, una de las conclusiones de las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal fue la siguiente: “El ministerio público debe ser un órgano independiente del Poder Ejecutivo y gozar de inamovilidad y demás garantías constitucionales reconocidas a los miembros del Poder Judicial”²⁷.

3. El principio operativo de la división de poderes no es dogmático ni estático, sino que presenta una evolución conforme a tiempo y lugar.²⁸ Tal vez éste es el sentido de la manifestación del Tribunal Constitucional Federal alemán²⁹ de que ese principio constituye una máxima organizativa y funcional.

Los órganos constitucionales autónomos son de creación reciente; aun el concepto se presta a muchas equivocaciones, se le confunde con los tribunales o cortes constitucionales, y se asegura que “tienen por finalidad controlar los poderes tradicionales”. Desde luego que no.³⁰

Considero que la forma más clara para precisar qué es un órgano constitucional autónomo se encuentra en la enumeración de sus características; también en este aspecto existe confusión en México, porque éstas se han querido derivar de las que señaló el gran jurista español Manuel García-Pelayo para el Tribunal Constitucional como órgano constitucional, característica a las cuales ya Jellinek y Santi Romano se habían referido.

Jellinek distinguió entre órganos directos e indirectos del Estado, pero todas las funciones de éste constituyen una unidad. Es la comunidad, como unidad, la que posee un interés jurídico a la existencia y al mantenimiento de las competencias estatales. Este ilustre tratadista señaló que un ejemplo de órgano permanente del Estado para la tutela del interés gene-

²⁷ Véase *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. X, núms. 37-40, 1960, p. 23.

²⁸ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 184-188.

²⁹ Véase Woischnik, Jan, *op. cit.*, nota 7, p. 196.

³⁰ Partido Acción Nacional, *La reforma del Estado. Del impulso fundacional... a la alternancia en la gobierno*, México, Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, LVIII Legislatura, 2003, pp. 590 y 591.

ral es el del Ministerio Público, cuando “está obligado a figurar como parte en la causa, en calidad de actor”.³¹

Ahora bien, el órgano constitucional al que se refiere García-Pelayo es completamente diverso de un órgano constitucional autónomo. Tan es así, que el tratadista español señala como órganos constitucionales: al gobierno, al Congreso de los Diputados, al Senado, al Consejo General del Poder Judicial y al tribunal constitucional, los que participan en la dirección política del Estado, o sea, en la formación de la voluntad estatal.³²

Las características del órgano constitucional autónomo son las siguientes:

- 1) Es establecido por la Constitución, la cual debe señalar los principios básicos de su organización y sus facultades más importantes. La ley desarrolla esas bases constitucionales.
- 2) Realiza funciones públicas que corresponden al Estado; en consecuencia, su prioridad única es el interés público.
- 3) No depende políticamente de ninguno de los tres poderes, con los cuales guarda una relación de coordinación, no de subordinación.
- 4) Goza de autonomía técnica y funcional; su presupuesto debe estar asegurado y ser suficiente para el cumplimiento de sus atribuciones.
- 5) Su titular o titulares, así como los funcionarios, no son irresponsables. Existen procedimientos precisos para exigirles, llegado el caso, la correspondiente responsabilidad. El órgano está obligado a rendir cuentas.
- 6) Realiza una labor técnica altamente especializada.
- 7) Su actuación debe estar completamente alejada de consideraciones políticas o partidistas.
- 8) Sus actos sólo deben estar regidos por los principios de legalidad, imparcialidad e igualdad de todos ante la ley.

³¹ Jellinek, Georg, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, prefacio de Vittorio Emanuele Orlando, Milán, Società Editrice Libreria, 1912, pp. 245-247, 256, 258, 265 y 391.

³² García-Pelayo, Manuel, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, t. III, pp. 2898 y 2899, 2905, 2910 y 2911 y 3008. Véanse Gil Rendón, Raymundo, “¿Qué son los órganos constitucionales autónomos?”, *Derecho y Cultura, Órgano de divulgación de la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura*, México, núm. 2, 2001, pp. 13-15, y Cárdenas Gracia, Jaime, “Justificación de los órganos constitucionales autónomos”, en la misma revista citada en esta nota, pp. 17 y 18. Partido Acción Nacional, *op. cit.*, nota 30, p. 591.

- 9) Sus miembros deben gozar de garantías para asegurarles autonomía técnica, tales como nombramiento, estabilidad, ubicación, remuneración y responsabilidad.
- 10) Sus actos de autoridad, como cualesquiera otros de esta naturaleza, si presuntamente violan derechos o libertades, están sujetos a control jurisdiccional.
- 11) Si ese órgano fuera suprimido, y sus funciones atribuidas a cualquiera de los tres poderes, se lesionaría gravemente el Estado democrático de derecho.

4. Ahora bien, no se puede pecar de ingenuidad. Configurar en México a las procuradurías de justicia, tanto federal como locales, como órganos constitucionales autónomos, es un gran paso adelante y muy importante, pero que no va a acabar, de un día para otro, con la corrupción, la parcialidad, los abusos de poder y las influencias políticas en la procuración de justicia. Esta medida tiene que ir acompañada de otras, como asegurar a los agentes del Ministerio Público y a los policías judiciales su carrera y su preparación profesional, amén de las otras propuestas que acompañan a ésta.

No obstante, de todas las posibilidades de reforma para mejorar las funciones del Ministerio Público o ministerio fiscal, la mejor, y es la tendencia constitucional actual, es la creación de órganos constitucionales autónomos, tanto en la esfera federal como en la local.

VIII. EL NOMBRAMIENTO DE LOS PROCURADORES

Los procuradores generales deben ser designados por los respectivos congresos. Esta propuesta ya la hizo Luis Cabrera en 1932,³³ debido a que se evita el agradecimiento a una persona —el titular del Poder Ejecutivo—, si lo hace un órgano colegiado amplio. Considero que, en México, a nivel federal, debe ser el Senado, órgano que, en principio, por su número de legisladores y la edad de éstos, puede actuar con mayor equilibrio en estos casos, tal y como acontece con el nombramiento de los ministros de la Suprema Corte. En las entidades federativas, el nombramiento sería responsabilidad de los congresos locales.

³³ Cabrera, Luis, *op. cit.*, nota 13, p. 70.

Para tratar de despolitizar el nombramiento, hasta donde ello es posible, a nivel federal, el pleno de la Suprema Corte de Justicia y el pleno del Consejo del Ministerio Público propondrían dos candidatos cada uno. La comisión respectiva del Senado examinaría las propuestas y presentaría a la consideración del pleno de la cámara legislativa la designación de uno de los cuatro candidatos.

El pleno del Senado o, en su caso, la Comisión Permanente, designaría al procurador general de la República por una mayoría calificada, como sería el caso de los votos de las dos terceras partes de los senadores presentes, con la finalidad de que se logre consenso entre los diversos partidos políticos, y así comience a ejercer el cargo con amplia confianza senatorial.

En las entidades federativas se podría seguir procedimiento similar; las propuestas de candidatos las realizaría el Tribunal Superior de Justicia y el Consejo local del Ministerio Público.

Los requisitos para ser procurador, a nivel federal, pueden ser los mismos señalados actualmente en el artículo 102 constitucional o, bien, los que indica el artículo 95 para los ministros de la Suprema Corte.

A nivel local, el procurador general de justicia debería satisfacer los mismos requisitos que se exigen para la designación de magistrado del Tribunal Superior de Justicia.

Los principales funcionarios de las procuradurías, a quienes la ley expresamente señalaría, serían designados y removidos por los procuradores, previa autorización de los consejos del Ministerio Público.

IX. LA CREACIÓN DE LOS CONSEJOS DEL MINISTERIO PÚBLICO O FISCAL Y LOS DE LA POLICÍA

1. El órgano constitucional autónomo y un buen sistema de nombramiento de los procuradores y principales funcionarios de la institución no son suficientes para asegurar que la procuración de justicia responda a los principios del moderno Estado democrático de derecho, y que realmente goce de autonomía técnica y funcional, en virtud de que es indispensable asegurar otros aspectos, entre los cuales, uno de los más importantes es la existencia de Consejos del Ministerio Público (CMP) tanto a nivel federal como a nivel local, y que los fiscales y agentes policiacos de investigación gocen de garantías para hacer efectiva su autonomía técnica.

2. Los CMP serían entidades similares a los consejos de la Judicatura, tanto federal como locales, que fueron introducidos en México con la reforma constitucional de diciembre de 1994, y cuya finalidad es que el gobierno y administración de los tribunales queden en manos de esos Consejos, integrados mayoritariamente por miembros de la judicatura, con la finalidad de hacer efectivo el llamado “autogobierno de la magistratura”.

Giovanni Giacobbe señala que con los consejos de la judicatura se hace a un lado el aparato burocrático del Estado para transformarlo en un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder. Es un régimen de autogobierno. Lo que se persigue con su creación es garantizar que la carrera judicial sea una realidad y que la designación, promoción, adscripción y responsabilidad de los jueces responda a un sistema objetivo de méritos que fortalezca la independencia de los tribunales.³⁴ La idea de los CMP es exactamente la misma. Si al párrafo de Giacobbe le sustituimos “carrera judicial” por carrera ministerial, y “jueces” por fiscales o agentes del Ministerio Público, entonces se tiene una noción precisa de la necesidad de la creación de los CMP.

Soy, y he sido, un decidido defensor de la existencia de los consejos de la Judicatura. He expuesto mis razones para ello, y éstas son similares para proponer la creación de los CMP.³⁵

Los CMP serían los responsables de crear, hacer efectiva y supervisar la carrera ministerial, cuyo primer aspecto tiene que consistir en alcanzar la buena o muy buena preparación profesional de los fiscales. El título de abogado o equivalente no es suficiente para desarrollar la función ministerial. Los CMP deben contar con su propia escuela de preparación y especialización. A nivel federal, la PGR tiene dos. Habría que diseñar un currículo teórico y práctico que capacite al abogado para la delicada labor de fiscal. Ese curso podría durar tres —no menos— o cuatro semestres, y habría que hacer énfasis en el análisis y discusiones de casos reales, tal y co-

³⁴ Giacobbe, Giovanni, “Autogobierno de la magistratura y la unidad de la jurisdicción en el ordenamiento constitucional de la República italiana”, *Justicia y Sociedad*, México, UNAM, 1994, p. 103. Soberanes, José Luis, “Informe sobre México”, *Situación y políticas judiciales en América Latina*, Santiago de Chile, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1993, p. 454.

³⁵ Carpizo, Jorge, *Temas...*, *cit.*, nota 9, pp. 192-206; Fix-Zamudio, Héctor, “Órganos de dirección y administración de los tribunales en los ordenamientos latinoamericanos”, *Memoria de El Colegio Nacional*, México, El Colegio Nacional, 1992, pp. 43 y 44. Del mismo autor, véase *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, México, UNAM, 1986, pp. 37-40.

mo es la tendencia de la escuela alemana. Sin preparación técnica adecuada del fiscal, la procuración de justicia no mejorará. En consecuencia, esos cursos no pueden constituir una farsa o un engaño.

Desde luego, hay que especializar a peritos, y los policías también recibirían los cursos necesarios para obtener los conocimientos técnicos que son indispensables para el buen desempeño de sus responsabilidades.

En esos cursos, habría que hacer énfasis en aspectos morales y en el respeto irrestricto al Estado de derecho y a los derechos humanos.

Para ingresar a los cursos, se convocarían concursos abiertos en toda la República, y tendrían derecho a aprovecharlos aquellos que aprobaran dichos concursos, y reunieran los requisitos establecidos. Las admisiones se realizarían en un estricto orden, de acuerdo con las calificaciones obtenidas y el número de lugares que se señalaran en la convocatoria del concurso.

Los lugares disponibles para las especializaciones también estarían sujetos a concursos abiertos, pero sería el propio CMP el que decidiría si el concurso sería de carácter general o sólo para aquellos que ya hubiesen aprobado cursos en la escuela del CMP.

3. Otro aspecto esencial consiste en que los fiscales deben gozar de las mismas garantías que los jueces para asegurar su autonomía e independencia; los CMP son los garantes de los diversos aspectos de la carrera ministerial: ingreso, promoción, ubicación, remuneración, estabilidad y responsabilidad.

- a) El ingreso debería ser únicamente a través de concursos públicos y abiertos, los que el CMP calificaría de acuerdo con criterios objetivos que el mismo Consejo hubiera establecido previamente.
- b) Los fiscales serían promovidos conforme a normas establecidas por el CMP, las que habrían de ser claras. Esas promociones serían a través de concursos de oposición y, en casos excepcionales, por méritos sobresalientes en el servicio. Para cada categoría de fiscal se establecerían los requisitos que deberían satisfacerse, los periodos para tener derecho a la promoción, el puntaje de méritos que sería necesario haber acumulado. Las promociones se basarían únicamente en el esfuerzo, la preparación y el servicio en la carrera, excluyéndose cualquier elemento discrecional.

El CMP podría establecer y otorgar premios y estímulos por acciones extraordinarias, como una forma para impulsar la excelencia en la labor ministerial.

- c) La ubicación física resulta importante para la carrera. El fiscal no debe ser trasladado de adscripción si no es por necesidad del servicio o con su consentimiento. Al respecto, deben existir criterios preestablecidos y precisos. El cambio de ubicación no debe hacerse como castigo o como presión que lesione su autonomía de actuación conforme al principio de legalidad. Los fiscales jóvenes, que comienzan la carrera, no deben ser colocados en plazas especialmente difíciles, en las cuales prolifera el crimen organizado. En aquéllas es prudente que se encuentren fiscales con experiencia, que conozcan bien los peligros y tentaciones por parte del crimen organizado.
- d) La remuneración del fiscal debe ser equivalente a la del juez, y no debe ser disminuida durante el desempeño del cargo.
- e) El fiscal debe gozar del principio de estabilidad o inamovilidad; una vez que ha obtenido la definitividad, únicamente debe ser removido, sancionado o amonestado por causas señaladas en la ley, siguiéndose un procedimiento ágil, en el cual sea oído. El fiscal es responsable ante el CMP.

El procurador general de la República y los de las entidades federativas deben ser designados por un periodo fijo, que no coincida con el de los titulares de los poderes ejecutivos; puede ser de cinco, siete u ocho años. En caso del periodo de cinco años, podría discutirse la posibilidad de una reelección. En general, soy antireeleccionista; en esta situación concreta, es probable que periodos largos sean benéficos para el buen desarrollo de una política efectiva contra la criminalidad. Cuando menos vale la pena discutir los pros y los contras de esa posibilidad.

4. El titular del Ministerio Público, como órgano constitucional autónomo, acumula funciones extraordinariamente importantes, y como todo funcionario, es responsable de sus actuaciones; desde luego, debe tener garantizada autonomía técnica, independencia y estabilidad durante el periodo para el cual fue nombrado.

Por otra parte, no es funcionario irresponsable:

- a) De acuerdo con el artículo 110 constitucional, el procurador general de la República, en México, puede ser sujeto a juicio político. Es una buena disposición. En consecuencia, puede ser sancionado

con destitución del cargo e inhabilitación para desempeñar otro en el servicio público, por un lapso determinado.

- b) Goza de fuero constitucional, pero la Cámara de Diputados puede declarar la procedencia de la acción penal, conforme con el artículo 111 constitucional.

Como titular de órgano constitucional autónomo de carácter federal, el órgano y él mismo quedarían sujetos a la fiscalización superior de la Federación, y los procuradores locales a los órganos correspondientes. A nivel federal es el artículo 79 constitucional el que norma la función de fiscalización.

Los agentes del Ministerio Público serían responsables ante el CMP, de acuerdo con un sistema similar al que existe actualmente en los Consejos de la Judicatura.

5. Considero que ahora, y quizá por muchos años, en México no sería conveniente que un solo Consejo abarcara tanto al Poder Judicial como al Ministerio Público, como acontece en algunos países, porque en México la carrera judicial, cuando menos la federal, tiene una tradición, incluso con anterioridad a 1994, lo que no acontece con el Ministerio Público; los jueces y magistrados federales gozan de garantías para asegurar su independencia, lo cual es desconocido en la realidad del Ministerio Público; la preparación técnica de los jueces federales, en términos generales, es superior a la de los fiscales; la remuneración y prestaciones de los jueces federales son sensiblemente superiores a las de los fiscales federales, y no será fácil igualarlas, en lapso breve, por razones presupuestales.

Además, por ahora, no es posible, por las causas mencionadas, equiparar las carreras de juez y fiscal y que pudieran ser cargos intercambiables; es decir, que el fiscal pasara a ocupar el cargo del juez y viceversa, como sucede, en principio, en Francia y Alemania, aunque tal situación ocurre ocasionalmente.

El fiscal, lo reitero, debe gozar de las mismas garantías de independencia que el juez. Al respecto no cabe duda alguna. El problema en México es que en lo relativo a preparación técnica y a aspectos económicos, éstos son tan dispares, que será necesario implantar una política paulatina al respecto, la cual puede abarcar varios años. Ojalá esté equivocado.

Otra cuestión que habrá de discutirse, y que tiene aristas delicadas, es la conveniencia o inconveniencia de la existencia de un solo Consejo para el ministerio público y la policía de investigación o si, por el contrario, deben existir dos Consejos, uno para cada uno de aquéllos.

Si se crea un Consejo propio para la policía de investigación, sus funciones serían similares a las del CMP, teniendo en cuenta las características peculiares de esa policía.

6. Un aspecto esencial para el buen funcionamiento de todo el sistema consiste en la adecuada integración del CMP. Este aspecto, si no es resuelto adecuadamente puede lesionar, vulnerar o anular la independencia del órgano y de sus agentes.

El Consejo Superior de la Magistratura en Francia se divide en dos salas: una para los jueces y otra para los fiscales, aunque tanto unos como otros son denominados “magistrados”.

La sala competente para conocer los asuntos de los fiscales se integra por doce personas: el presidente de la República, quien la preside, el ministro de justicia, que funge como vicepresidente, tres personalidades ajenas a los poderes Legislativo y Judicial, designadas respectivamente por el presidente de la República, el presidente de la Asamblea Nacional y el presidente del Senado, un consejero de Estado, nombrado por este órgano (tribunal administrativo de última instancia), de cinco fiscales elegidos por éstos y de un juez, quien también es electo.

El Consejo Superior de la Magistratura en Italia se integra por 33 miembros. Lo preside el presidente de la República; el vicepresidente es electo por los miembros del propio consejo entre ellos, el presidente del Tribunal de casación, el fiscal general adscrito a ese Tribunal, y por dos tercios de jueces que son electos por éstos y una tercera parte entre abogados y profesores de derecho, que son seleccionados y votados por el Poder Legislativo.

En la integración del CMP hay que tomar en cuenta cuatro factores: la mayoría de sus miembros deben pertenecer al área del órgano constitucional autónomo para preservar la autonomía e independencia de éste; es necesaria la participación de miembros externos para evitar la tentación o el peligro de la constitución de un cuerpo cerrado y corporativo; los fiscales o policías de investigación, susceptibles de ser electos, deben ser aquellos que sobresalgan por su preparación, responsabilidad, cumplimiento y realizaciones; es muy conveniente que distinguidos abogados y académicos participen en el CMP, quienes pueden ser designados primordialmente por el Poder Legislativo, y en México por el Senado, ya que sería el órgano responsable de nombrar y de conocer el informe anual del procurador general de la República.³⁶

³⁶ Delmas-Marty, Mireille, *op. cit.*, nota 5, p. 468, Fix-Zamudio, Héctor, *Función constitucional...*, *cit.*, nota 10, pp. 173 y 194. Véase *Code Constitutionnel*, comentado y

El número de miembros y su designación en estos consejos, siguiendo principios de los similares en el Poder Judicial, son cuestiones muy discutidas; los países suelen ir efectuando los ajustes del caso, de acuerdo con las experiencias de sus respectivas realidades.³⁷

Una palabra final respecto al CMP: debe ser un órgano de tamaño reducido, y no burocrático.

X. LA AUTONOMÍA PRESUPUESTAL Y LA INTERNA DE LOS FISCALES

1. El CMP para asegurar la independencia del órgano constitucional autónomo debe contar con un presupuesto suficiente que le permita cumplir adecuadamente con sus funciones, y ajeno a oscilaciones y presiones políticas.³⁸ En tal sentido, el Poder Ejecutivo no debe intervenir en este aspecto.

El CMP debe elaborar el anteproyecto de presupuesto, escuchando los criterios del procurador general y enviarlo directamente a la Secretaría de Hacienda sólo para que lo integre al proyecto de presupuesto federal; pero dicha Secretaría carecería de facultad para hacerle modificación alguna. La Cámara de Diputados sería, de acuerdo con el sistema constitucional mexicano, la que revisaría el proyecto de presupuesto de ese órgano constitucional autónomo. Si la comisión respectiva de la Cámara considera pertinente cualquier alteración a dicho proyecto, deberá escuchar conjuntamente al procurador general de la República y al funcionario técnico responsable del ejercicio del presupuesto en el CMP.

2. Un asunto importante lo constituye la autonomía técnica de los fiscales o agentes del Ministerio Público.

La institución del ministerio público necesita unidad de criterio para su actuación. Esta unidad la otorga la ley, las disposiciones de carácter general que expide el CMP y las circulares de los procuradores. En la procuración de justicia, dentro del mismo órgano, no debe existir anarquía de crite-

anotado por Th. S. Renoux y M. de Villiers, con prólogo y prefacio de J. Rivero y L. Favoreu, respectivamente, París, Librairie de la Cour de Cassation, 1995, pp. 504-512.

³⁷ Coelho, Augusto Víctor, "Consejo Superior de la Magistratura. La experiencia portuguesa", *Justicia y sociedad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 74. Oliva Santos, Andrés de la, "El Consejo General del Poder Judicial en España", en el mismo libro citado en esta nota, pp. 35 y 36.

³⁸ Coussirat, Jorge A., *op. cit.*, nota 16, p. 333.

rios o criterios contradictorios, lo cual traería consigo inseguridad jurídica y posiblemente violaciones de derechos humanos a inculpados y a testigos. Es decir, las instrucciones que se pueden dar a los fiscales son de carácter general y con la finalidad de que no se pierda la unidad de criterio en la procuración de justicia.

Sin embargo, los fiscales deben gozar de autonomía técnica en los casos concretos y regirse exclusivamente por los principios de legalidad e imparcialidad.³⁹ Para él, la única verdad es la que se deriva de las pruebas jurídicas contenidas en el expediente, mismas que habrán de ser valoradas. En consecuencia, nadie le debe dar instrucciones sobre un expediente específico.

El procurador general de la República podría retirar un caso al fiscal, pero lo debe motivar expresamente por escrito. El fiscal afectado podría recurrir ante el CMP, el que resolvería en definitiva.

Asimismo, el procurador general podría manifestar por escrito a un fiscal que se está apartando de los criterios generales de la institución, y que debe ajustar su actuación estrictamente a ellos. Un fiscal, si no está de acuerdo con algún criterio general, lo podría manifestar por escrito, con sus razones y fundamentos, ante el CMP o el procurador general, según sea el caso.

En cada oficina del fiscal responsable de la investigación, quienes colaboran con él deben seguir sus instrucciones, incluso los agentes de la policía de investigación. Únicamente si la orden del fiscal rompe la legalidad, el subordinado podría ponerla en conocimiento del CMP, pero tendría que cumplirla mientras no se conociera la decisión del Consejo.

La policía de investigación debe estar subordinada al Ministerio Público y seguir sus instrucciones, tal y como señala la Constitución mexicana, aunque en la realidad no siempre es así. No obstante, si un policía considera que alguna orden es ilegal, podría solicitar que se le otorgue por escrito. Esta policía de investigación no puede depender de ninguna institución o cuerpo político, sino únicamente del órgano constitucional autónomo.

³⁹ Sobre estos principios, véase Granados, Francisco, *op. cit.*, nota 2, pp. 140-153 y 299-307.

XI. EL JUEZ DE CONTROL ESPECIALIZADO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA O INSTRUCCIÓN

En México existe control jurisdiccional de los actos que se realizan durante la averiguación previa, y que restrinjan derechos humanos o libertades establecidos primordialmente en el artículo 20 constitucional.

Sin embargo, considero que, de acuerdo con las modernas tendencias en Europa, como sucede en los casos de Italia y Alemania, debe existir un juez especializado en la etapa procesal de la averiguación previa, mismo que no podría intervenir en el proceso penal, en el cual se dicta la resolución de culpabilidad o de inocencia.

Las ventajas de un juez especializado se encuentran en que contaría con mayor información para determinar lo procedente respecto a las solicitudes del fiscal que restrinjan libertades, sus decisiones serían más rápidas, con lo que se contribuiría a la celeridad de esa averiguación previa, el respeto a los derechos humanos se beneficiaría de un control de legalidad probablemente más profundo, y se auspiciaría —tal y como ya sucede en otros países— un incremento en las funciones de control a cargo del juez especializado. Por ejemplo, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica persigue evitar juicios inútiles debidos a deficiencias o irregularidades en la investigación y en el ejercicio de la acción penal. Por esta razón, ese Código establece que un tribunal de procedimiento intermedio tendría facultades, con independencia del criterio del fiscal, para sobreseer o para modificar la acusación.

El control jurisdiccional por parte del citado tribunal —de acuerdo con ese Código— incluiría la clausura anticipada de la averiguación previa o la orden al fiscal para que ejercite la acción penal.⁴⁰

XII. COLOFÓN

Este es momento oportuno para plantear la discusión, dentro de la Reforma del Estado, respecto a los pros y los contras para que las procuradurías mexicanas de justicia se transformen en órganos constitucionales autónomos, con todas las implicaciones que dicha propuesta conlleva, y que se pueden resumir en las diversas propuestas que formulo.

⁴⁰ *Código Procesal Penal Modelo...*, cit., nota 21, p. 25.

Este tema debe ser uno de los más importantes de la reforma del Estado, en virtud de que replantearía la relación de la sociedad con el propio gobierno; se fortalecería el Estado de derecho, el principio de legalidad y la protección y respeto a los derechos humanos; en esa labor judicial, se suprimiría cualquier elemento político o partidista que pudiera lesionar la imparcialidad. En esta propuesta, el fiscal se convierte en una especie de funcionario judicial, tal y como debe ser, ya que muchas de sus decisiones afectan el campo de libertades que la Constitución garantiza a todas las personas en nuestro país.

Agradezco la colaboración proporcionada por el licenciado César I. Astudillo Reyes para la obtención de tres obras citadas en las notas de esta conferencia.