## CAPÍTULO SEGUNDO

# LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO Y SU CARÁCTER DE REPRESENTANTE SOCIAL. UNA REVALORACIÓN

I.	Introducción	89
II.	Concepto genérico del Ministerio Público en la actualidad .	90
III.	El Ministerio Público en el ordenamiento mexicano	94
IV.	La llamada Policía Judicial	100
V.	Diversas funciones del Ministerio Público mexicano	103
VI.	El Ministerio Público en el procedimiento penal	105
VII.	El monopolio del ejercicio de la acción penal y las restricciones a la revisión judicial	108
VIII.	Las recientes reformas procesales en materia penal	111
IX.	La situación peculiar de la Procuraduría General de la República	117
X.	Propuestas de reforma	123
XI.	Conclusiones	130
XII	Ribliografía básica	134

#### CAPÍTULO SEGUNDO

# LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO Y SU CARÁCTER DE REPRESENTANTE SOCIAL. UNA REVALORACIÓN\*

#### I. Introducción

- 1. El tema del Ministerio Público ha provocado siempre agudas polémicas sobre su naturaleza, funciones y organización, ya que se configura como una institución que asume numerosas modalidades en los diversos sistemas jurídicos, aun cuando el aspecto que puede considerarse común a todos ellos, es esencialmente su actividad de investigación y de persecución de las actividades delictivas y su actuación en el proceso penal.
- 2. Como se trata de una materia sumamente compleja, en este capítulo intentaremos dilucidar de manera breve la situación actual del Ministerio Público mexicano, así como la revaloración de que ha sido objeto en las más recientes reformas legislativas, algunas de carácter constitucional, y que afectan el alcance de sus actividades, particularmente en materia penal, aun cuando no debemos olvidar que se ha cuestionado también su organización, que recientemente ha experimentado en numerosas legislaciones y, particularmente en Latinoamérica, una revisión profunda de su estructura y funcionamiento.
- 3. Si bien el examen del Ministerio Público mexicano se aborda de manera predominante en los tratados y manuales de derecho procesal penal y, eventualmente, en los estudios sobre el proceso civil y el derecho de amparo, la doctrina también ha elaborado algunas monografías en las cuales se aportan reflexiones que deben considerarse significativas sobre la materia y que pueden servir de base para analizar, desde perspectivas actuales, los principios tradicionales que han regido la institución a partir de los artículos 21 y 102 de la Constitución de 1917.

<sup>\*</sup> Publicado en la obra colectiva *La procuración de justicia. Problemas, retos y perpectivas*, México, Procuraduría General de la República, 1993, pp. 265-319.

- 4. Podemos citar al respecto las monografías clásicas de José Aguilar y Maya, El Ministerio Público federal en el nuevo régimen, (México, Polis, 1942); los elaborados por Luis Cabrera y Emilio Portes Gil en el Congreso Jurídico Mexicano de 1932, contenidos en el libro Misión constitucional del procurador general de la República, con un prólogo erudito de Alfonso Noriega Cantú, reimpreso en varias ocasiones a partir del publicado por Ediciones Botas, México, 1932 y 1963, así como el cuidadoso estudio del distinguido jurista y constituyente de Querétaro Paulino Machoro Narváes, El Ministerio Público, la intervención de tercero en el procedimiento penal v la obligación de consignar según la Constitución, (México, Academia de Jurisprudencia y Legislación correspondiente a la Real de Madrid, 1941, reimpreso por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991). Recientemente destacan los estudios de Juventino V. Castro, El Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones (7a. ed., México, Porrúa, 1990); La procuración de la justicia federal, México, Porrúa, 1993; Miguel Ángel Castillo Soberanes, El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México, (México, UNAM, 1992), y Nicolás Martínez Cerda, Funciones del Ministerio Público federal, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Ricardo Couto, 1993.
- 5. Es necesario continuar dichos análisis cada vez con mayor rigor, con el objeto de establecer los lineamientos de una verdadera actualización, tanto orgánica como funcional e inclusive procesal, de la cual ya se han dado los primeros pasos con las reformas de 1991 y 1992 a los códigos procesales penales federal y del Distrito, así como las recientes modificaciones constitucionales a los artículos 16, 19 y 20 entre otros, de nuestra ley suprema, publicadas en septiembre de 1993, todo ello con el objeto de lograr un verdadero equilibrio, por otra parte muy difícil de obtener, entre los derechos de seguridad que exige la sociedad, los relativos a las víctimas y los que corresponden a los inculpados, pues la dimensión exagerada de cualquiera de ellos puede producir consecuencias desfavorables en la procuración de justicia en nuestro país.

# II. CONCEPTO GENÉRICO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ACTUALIDAD

6. Como un punto de partida para este sencillo ensayo debemos elaborar un concepto del Ministerio Público, pues generalmente se le identi-

fica exclusivamente como órgano represivo y se olvidan otras funciones de representación social que tiene encomendadas.

- 7. Estamos concientes de las dificultades para precisar la naturaleza de la institución, que a cada momento parece escapársenos de las manos, así sea cuando pretendemos efectuar un análisis sólo de carácter preliminar. En primer término podemos observar que se encuadra al Ministerio Público de diversa manera, pues en tanto que predomina por la influencia francesa y angloamericana su adscripción al ejecutivo, por el contrario, de acuerdo con la tradición histórica de carácter hispánico varios países latinoamericanos han situado a los llamados fiscales o promotores fiscales como auxiliares de los tribunales judiciales, y además se observa una tendencia creciente y vigorosa para colocar al Ministerio Público dentro del Poder Judicial o como organismo independiente, de acuerdo con el ejemplo italiano posterior a la Constitución de 1948; en tanto que el equivalente en los países socialistas, (de los que en la actualidad quedan pocos, entre ellos la República de Cuba en nuestra región) y que se conoce como Procuratura o Fiscalía, depende, como todos los organismos públicos, del cuerpo legislativo considerado como órgano supremo del Estado. 173
- 8. No constituye, por tanto, un criterio de orientación tomar en cuenta esa integración del Ministerio Público en un determinado órgano del poder, sino que deben analizarse sus atribuciones esenciales, ya que sólo de esa manera puede llegarse a una definición.
- 9. En primer término es conveniente hacer referencia a los poderes de carácter procesal del Ministerio Público, que en nuestro concepto son los significativos, y que en esencia se traducen en la investigación de los delitos, en el ejercicio de la acción penal y en la representación de determinados intereses jurídicos que requieren de protección especial en otras ramas de enjuiciamiento.
- 10. De estas facultades, las más estudiadas son las que se refieren a la intervención del Ministerio Público en el proceso penal, no obstante lo cual existe un verdadero desconcierto tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sobre su situación dentro de la relación jurídico procesal, pues en tanto que algunos autores estiman que se trata sólo de un sujeto procesal de carácter imparcial<sup>174</sup> otros afirman que actúa como verdadera parte,

<sup>173</sup> *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "La función constitucional del Ministerio Público", *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, 2a. ed., México, UNAM-Miguel Ángel Porrúa, 1985, pp. 95-99. El artículo citado constituye el primer capítulo de este libro.

<sup>174</sup> *Cfr.* Fairén Guillén, Víctor, "La reorganización del Ministerio fiscal español" *op. cit.*, nota 33, pp. 485-498.

si bien su interés jurídico no es personal sino institucional y por ello su calidad de parte es formal o procesal.<sup>175</sup>

- 11. Sin embargo, no siempre la actuación del Ministerio Público se apoya en principios técnicos, ya que en ocasiones tiene su base en una decisión política del legislador, según se elija entre el sistema predominantemente acusatorio, cuyo ejemplo extremo lo descubrimos en el ordenamiento inglés, en el cual se carece todavía en la actualidad de un verdadero Ministerio Público, <sup>176</sup> o bien se sigue el régimen mixto, que es el que tiene mayor significado en los ordenamientos de Europa Continental, a los cuales se afilia el mexicano, si se toma en cuenta, además, que el sistema propiamente inquisitivo conserva sólo un interés histórico. <sup>177</sup>
- 12. Consideramos que en un sistema mixto bien orientado, el Ministerio Público es una verdadera parte dentro del proceso penal, y por lo mismo no debe tener la facultad de decidir sobre el resultado del ejercicio de la acción penal, ya que corresponde o debe corresponder sólo al juzgador la resolución sobre la responsabilidad del acusado, pues de lo contrario equivale a que el propio Ministerio Público pueda disponer del contenido del proceso.<sup>178</sup>
- 13. Una situación distinta es la intervención del Ministerio Público en otros ámbitos de enjuiciamiento, particularmente en el civil, en el cual lo hace generalmente en defensa de los menores, de los incapacitados o de otros intereses jurídicos que se consideran merecedores de una tutela especial, como los relativos a la familia y al estado civil de las personas, ya que en esos supuestos la participación del Ministerio Público puede asumir diversas posturas, es decir como parte principal, subsidiaria o accesoria.<sup>179</sup>
- 14. De lo brevemente expuesto podemos concluir que la situación procesal del Ministerio Público en el enjuiciamiento penal, que es el más importante en cuanto a su intervención, se traduce en la configuración de una parte acusadora, así sea considerada como formal o procesal, en tanto que en otras ramas procesales puede actuar como parte principal o subsidiaria, o bien como un simple auxiliar o asesor del juzgador, todo lo cual implica que estas atribuciones puedan calificarse como *judiciales*, lo que

<sup>175</sup> Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, "El antagonismo juzgador-partes", op. cit., nota 10, pp. 307-309.

<sup>176</sup> Cfr. David, René, Le droit anglais, op. cit., nota 37, pp. 445-465.

<sup>177</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio, Curso de derecho procesal penal, op. cit., nota 10, pp. 95-100.

<sup>178</sup> *Cfr.* Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "El antagonismo juzgador-partes", *op. cit.*, nota 10, t. I, p. 309.

<sup>179</sup> Cfr. Carnelutti, Francesco, Instituciones de derecho procesal civil, op. cit., nota 40, pp. 306 y 307.

no significa que deban confundirse con las propiamente *jurisdiccionales*, que sólo corresponden al juzgador, ya que en todo caso, el Ministerio, como organismo público, colabora con el juzgador para la resolución de las controversias jurídicas. Desde este punto de vista los integrantes de la institución deben estimarse como *funcionarios judiciales* (o según la terminología francesa, como magistrados), todo ello con independencia de su adscripción a otro órgano del poder como ocurre frecuentemente respecto del Ejecutivo. <sup>180</sup>

- 15. Pero además de las anteriores, existe otro sector de facultades del Ministerio Público que se refiere a su calidad de consejero jurídico de las autoridades gubernamentales, lo cual se advierte con mayor claridad en cuanto al llamado *Attorney General* de los ordenamientos angloamericanos, o cuando se le encomienda la defensa de los intereses patrimoniales de la administración, incluyendo en algunas legislaciones, a los de carácter fiscal, y en este sector también deben comprenderse las facultades de los integrantes de la institución en defensa de la legalidad, las que adquieren un carácter predominante en los sistemas jurídicos socialistas.
- 16. Toda esa categoría de atribuciones, es decir, las de consejero jurídico, las de la defensa de intereses patrimoniales del Estado y aquellos relativos a la tutela de la legalidad, no pueden considerarse como las anteriores, de carácter judicial, sino que por el contrario, deben encuadrarse (salvo que exista participación en los procesos correspondientes) en el amplio campo de las actividades administrativas, y en este sentido, se justifica la vinculación del Ministerio Público con el organismo ejecutivo, ya que sus miembros deben considerarse en estos aspectos como incluidos dentro del cuerpo de los funcionarios administrativos. <sup>181</sup>
- 17. Para el distinguido procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, las complejas atribuciones del Ministerio Público pueden agruparse en tres sectores: en primer lugar, como accionante o requiriente, en segundo término como autoridad determinadora o consultiva, y finalmente como un cuerpo que desempeña funciones de índole orgánica o administrativa, 182 pero en nuestro concepto el segundo aspecto puede subsumirse

<sup>180</sup> *Cfr.* Spagna Musso, "Problemi costituzionali del Pubblico Ministero"; y Massa, Carlo, "Aspetti della riforma nel processo penale", op. cit., nota 43.

<sup>181</sup> *Cfr.* Fernández Martín-Granizo, Mariano, "El Ministerio fiscal en España", *op. cit.*, nota 15, pp. 124-138.

<sup>182</sup> *Cfr.* Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "El antagonismo juzgador-partes", *op. cit.*, nota 10, pp. 305 y 306.

en las categorías restantes, si se toma en cuenta que la actividad dictaminadora o consultiva puede asumir un carácter judicial o administrativo.

- 18. Esta doble naturaleza del Ministerio Público es descrita con claridad por la doctrina francesa en cuanto atribuye a sus integrantes el doble carácter de *funcionarios* (administrativos) y de *magistrados* (judiciales). 183
- 19. En tal virtud es posible describir, ya que no definir, al Ministerio Público como el organismo del Estado de carácter unitario y jerárquico que realiza funciones judiciales ya sea como parte o como sujeto auxiliar en las diversas ramas procesales, especialmente en la penal. Paralelamente, puede efectuar actividades administrativas como consejero jurídico de las autoridades gubernamentales y realizar la defensa de los intereses patrimoniales del Estado o, en términos genéricos, la defensa de la legalidad.

#### III. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO

- 20. Debido a la índole sintética de este trabajo no pretendemos describir la evolución histórica del Ministerio Público mexicano a partir de su equivalente en la época colonial y particularmente en las constituciones de la vida independiente, sino que nos limitamos a señalar su consagración en la carta federal de 1857, en la cual empieza a perfilarse la institución que conocemos actualmente. En efecto, en el artículo 91 de dicha ley fundamental, que no fue objeto de debates en el Constituyente, se dispuso que la Suprema Corte de Justicia estaría integrada por once ministros propietarios, cuatro supernumerarios, *un fiscal y un procurador general*, todos electos en forma indirecta en primer grado por un período de seis años (artículo 92 constitucional), y no requerirían título profesional, sino exclusivamente "estar instruidos en la ciencia del derecho a juicio de los electores" (artículo 93 de la misma carta federal). 184
- 21. Aun cuando en la exposición de motivos nada se dice al respecto, al parecer se pretendía combinar la tradición española con algunos elementos del sistema norteamericano del *Attorney General* y del Procurador general francés ante la Corte de Casación, pero sin una orientación precisa, y sin establecer tampoco un organismo unitario y jerárquico. Por

<sup>183</sup> *Cfr.* Goyet, Francisque, *Le Ministère Public en matière civil et en matière repressive et l'action publique, op. cit.*, nota 16, pp. 7-14; Rassat, Michèle-Laure, *Le Ministère Public entre son passé et son avenir, op. cit.*, nota 13, pp. 35-42; Pradel, Jean, *Procedure pénal*, París, Editions Cujas, 1990, pp. 102-112.

<sup>184</sup> Cfr. Castillo Velasco, José María, Apuntamientos, op. cit., nota 84, pp. 195-198.

otra parte, se dejó a la ley secundaria la organización de los tribunales de circuito y los juzgados de distrito en los términos del artículo 96 de la referida ley fundamental, de manera que nada se expresó de los funcionarios inferiores del Ministerio Público, los que fueron regulados por la ley del ll de octubre de 1861, que estableció promotores fiscales adscritos a los citados tribunales de circuito y juzgados de distrito, subordinados en cierto modo al Procurador y al Fiscal de la Suprema Corte, pero dichos funcionarios eran designados libremente por el Ejecutivo federal por un período de cuatro años. 185

- 22. Las funciones del procurador general y del fiscal adscritos a la Suprema Corte fueron delimitadas en el reglamento del citado alto tribunal expedido por el presidente Juárez el 29 de julio de 1862, en el cual se dispuso que el Fiscal debía ser oído en todas las causas criminales o de responsabilidad, en los negocios relativos a jurisdicción y competencia de los tribunales y en las consultas sobre dudas de ley, siempre que él lo pidiera y la Corte lo estimara oportuno; y por lo que respecta al procurador general, éste debía intervenir ante la Corte en todos los negocios en que estaba interesada la hacienda pública, ya porque se discutieran sus derechos, ya porque se tratara del castigo del fraude contra ella, o de responsabilidad de sus empleados o agentes de manera que se afectaran los fondos de los establecimientos públicos. 186
- 23. Esta misma distribución se acogió en los artículos 64 y siguientes del título preliminar (equivalente a una Ley Orgánica del Poder Judicial) del Código de Procedimientos Civiles Federales expedido el 14 de noviembre de 1895, en los que se precisó con mayor detalle la distribución de funciones del procurador general, del fiscal, así como de los promotores fiscales adscritos a los tribunales de circuito y juzgados de distrito.
- 24. Por lo que se refiere a la regulación del Ministerio Público en el Distrito y territorios federales, que es el modelo que se siguió por las restantes entidades federativas, su organización era sumamente imprecisa y, por lo que respecta al proceso penal, que es sin duda el aspecto más importante, debe destacarse lo dispuesto por la Ley de Jurados para el del Distrito y Territorios del 15 de junio 1869, la que estableció tres promotorías fiscales para los juzgados de lo criminal, que debían constituirse

torial Polis, 1942, p. 39.

 <sup>185</sup> Cfr. Pallares, Jacinto, El Poder Judicial, México, Imprenta del Comercio de Nabor Chávez,
 1874, reimpreso por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1992, pp. 195-198.
 186 Cfr. Aguilar y Maya, José, El Ministerio Público Federal en el nuevo régimen, México, Edi-

como parte acusadora y promover todo lo concerniente a la averiguación de la verdad en los procesos penales.<sup>187</sup>

- 25. En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el territorio de Baja California del 15 de septiembre de 1880 ya no se habla de promotores fiscales, sino que se utiliza la denominación francesa del Ministerio Público, definido por el artículo 28, como "... una *magistratura* instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de la justicia en nombre de la sociedad, y para defender ante los tribunales los intereses de ésta en los casos y por los medios que señalan las leyes".
- 26. Tanto en el código anteriormente mencionado como en el distrital del 15 de septiembre de 1894 que lo sustituyó, el Ministerio Público en el proceso penal asumía una situación similar a la de la institución francesa, pues actuaba como un simple auxiliar del juez de instrucción, y en el juicio propiamente dicho tenía el carácter de parte acusadora, pero sin disfrutar el monopolio del ejercicio de la acción penal, ya que en el proceso intervenían también el ofendido o sus causahabientes, estimados como parte civil. 188
- 27. En el desarrollo del Ministerio Público durante la vigencia de la Constitución de 1857, es de gran trascendencia la reforma constitucional del 22 de mayo de 1900, que reforzó en forma evidente el modelo francés al modificar los artículos 91 y 96 de la carta federal con el objeto de suprimir de la integración de la Suprema Corte al procurador general y al fiscal y, por el contrario, se dispuso que "los funcionarios del Ministerio Público y el procurador general de la República, que ha de presidirlo, serán nombrados por el Ejecutivo." 189
- 28. La modificación anterior determinó a su vez la reforma del título preliminar del Código de Procedimientos Civiles Federales de 1895 antes mencionado, por la Ley del Congreso Federal promulgada el 3 de octubre de 1900, para regular al Ministerio Público de acuerdo con el nuevo texto constitucional, estableciéndose en el artículo 37 del ordenamiento citado que el Ministerio Público federal estaría presidido por el procurador general de la República y se integraría con tres agentes auxiliares del citado procurador, así como los adscritos a los tribunales de circuito y juzgados de distrito, en tanto que en el artículo 42 se dispuso que el procurador

<sup>187</sup> Cfr. Pallares, Jacinto, El poder judicial, op. cit. nota 185, p. 74.

<sup>188</sup> *Ĉfr.* Piña y Palacios, Javier, "Origen del Ministerio Público en México", *Revista Mexicana de Justicia*, México, enero-marzo de 1984, pp. 44 y ss.

<sup>189</sup> Cfr. Ruiz, Eduardo, Derecho constitucional mexicano, op. cit., nota 90.

general de la República, los agentes y los demás empleados del Ministerio Público serían nombrados y removidos libremente por el Ejecutivo.

29. Por decreto del Ejecutivo federal, expedido en uso de facultades extraordinarias el 16 de diciembre de 1908, se expidió la Ley de Organización de Ministerio Público federal y reglamentación de sus funciones, que tuvo como antecedente en la Ley Orgánica del Ministerio Público en el Distrito y Territorios Federales del 12 de septiembre de 1903. En la primera fecha, y también en uso de facultades extraordinarias, se expidieron la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el Código Federal de Procedimientos Penales. El artículo primero de la mencionada Ley Orgánica se dispuso que:

El Ministerio Público federal es una institución encargada de auxiliar la administración de justicia en el orden federal; de procurar la persecución, investigación y represión de los delitos de la competencia de los tribunales federales, y defender los intereses de la federación ante la Suprema Corte de Justicia, tribunales de circuito y juzgados de distrito.

- 30. Además de su organización más compleja, la influencia francesa se advierte todavía con mayor claridad en el artículo 50. de la citada Ley Orgánica, en cuanto estableció que el procurador general de la República, así como los funcionarios del Ministerio Público, dependían inmediata y directamente del Ejecutivo por conducto de la Secretaría de Justicia.
- 31. Si se analizan los textos de los artículos 21 y 102 del proyecto de Constitución presentado por don Venustiano Carranza al Congreso de Querétaro el 10. de diciembre de 1916, se advierte con claridad que son dos las principales innovaciones que se pretendieron introducir en dichos preceptos en relación con el Ministerio Público, separándose en ocasiones radicalmente de la legislación dictada bajo la vigencia de la carta fundamental de 1857, pero se conservó la vinculación del citado Ministerio con el Ejecutivo, introducida por la reforma de 1900 (ver *supra*, párrafo 27).
- 32. En primer lugar, dicho proyecto se alejó del modelo francés que se venía aplicando, al desvincular al Ministerio Público del juez de instrucción, y se confirió al primero la facultad exclusiva de investigación y persecución de los delitos, así como el mando de la policía judicial, transformada esta última en un cuerpo especial y no como era anteriormente una simple actividad efectuada por los cuerpos de seguridad, pero que también incluía al Ministerio Público y al juez instructor.

- 33. Es muy conocida la parte de la exposición de motivos que se refiere a los abusos evidentes cometidos por los mencionados jueces de instrucción a los que se conferían facultades de policía judicial conjuntamente con el Ministerio Público y la policía preventiva, y que se convertían en verdaderos inquisidores al sustituirse en la actividad investigadora del propio Ministerio. Además debe tomarse en cuenta que dichos jueces sólo tenían el nombre de sus similares franceses, ya que estos últimos únicamente fiscalizan la investigación realizada por un cuerpo técnico dirigido por el Ministerio Público, que por ello recibe el nombre de policía judicial. Además, dicho juzgador no participa en la decisión de fondo. Debe tomarse en cuenta, además, la intervención del jurado popular que funcionó en México de manera intermitente en la esfera local. 191
- 34. En efecto, en la exposición de motivos se afirmó en su parte conducente:

La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando en sus inquisiciones ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley. La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, que ya no hará por los procedimientos atentatorios o reprobados, y la aprehensión de los delincuentes.

35. En segundo término, al regularse en el citado artículo 102 las atribuciones del procurador general de la República, además de las que se le habían conferido a partir de la Ley Orgánica de 1908 como jefe del Ministerio Público federal y representante en juicio de los intereses del gobierno de la federación, se introdujo una nueva facultad inspirada en la figura del *Attorney General* de los Estados Unidos, o sea la relativa a la *asesoría jurídica del Ejecutivo federal*. <sup>192</sup>

<sup>190</sup> Cfr. Van Rumbeke, Renaud, Le Juge d'instruction, París, PUF, 1988.

<sup>191</sup> Cfr. Pallares, Jacinto, El poder judicial, op. cit., nota 185, pp. 151-156.

<sup>192</sup> *Cfr.* Nelson, Rita W., "The Opinion Function of the Federal Attorney General", *op. cit.*, nota 7, pp. 825-843; Fix-Zamudio, Héctor, "La función constitucional del Ministerio Público", *op. cit.*, nota 173, pp. 102-104.

- 36. En el debate que el dictamen respectivo suscitó en las sesiones del 5 y 12 de enero de 1917, la preocupación más importante versó sobre las facultades de la autoridad administrativa para imponer sanciones a las infracciones a los reglamentos, que se regulan en el citado artículo 21, y en menor escala sobre la estructura y funciones de la policía judicial, que fue explicada en su integridad con base en la experiencia anterior, pero fue clarificada por José Natividad Macías en su discurso del 2 de enero de 1917 (ver *infra*, párrafos 48-49). En esas discusiones no se hizo referencia al fondo de problema sobre la función procesal del Ministerio Público, por lo que implícitamente se aceptaron las ideas contenidas en la exposición de motivos transcrita con anterioridad, ya que incluso se le dio lectura en varias ocasiones.
- 37. Una situación distinta se presentó respecto del proyecto del artículo 102 de la propia Constitución, cuyo texto se refiere al Ministerio Público federal y a su titular, el procurador general de la República, ya que fue aprobado sin debates en el Congreso de Querétaro, y se conserva en esencia, salvo modificaciones secundarias en 1940 y 1977.
- 38. En cuanto a la legislación expedida en relación con los artículos 21 y 102 de la Constitución federal, ésta se desarrolló en varias direcciones: en primer término se expidieron leyes reglamentarias del Ministerio Público federal en 1919, 1934, 1941 y 1955. Con mejor criterio se cambió la denominación en la Ley de la Procuraduría General de la República que se promulgó el 30 de diciembre de 1974, sustituida por el ordenamiento del mismo nombre del 17 de noviembre de 1993. Por lo que respecta al Distrito Federal, se expidieron las Leyes del Ministerio Público de 1919, 1934 y 1954, pero se modificó en 1971 con el nombre más apropiado de Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y (entonces) Territorios Federales, que a su vez fue sustituida por los ordenamientos similares del 5 de diciembre de 1977 y la publicada el 12 de diciembre de 1983.
- 39. En un segundo sector, las atribuciones del Ministerio Público como órgano de investigación y acusador en el proceso penal han sido reguladas por los diversos códigos de procedimientos penales, tanto de la federación como del Distrito Federal y de las restantes entidades federativas. Al respecto debe tomarse en consideración que la mayoría de ellas han seguido como modelo el referido código federal, el del Distrito Federal o ambos. 193

<sup>193</sup> Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Derecho procesal mexicano, 2a. ed., México, Porrúa, 1985, t. I, pp. 36-39.

40. En relación con los citados códigos procesales penales, el federal de 1908 fue sustituido por el actual del 23 de agosto de 1934, en tanto que para el Distrito Federal, se expidieron dos códigos para reemplazar el de 1894, es decir, el de 1929, de escasa vigencia, pues pronto fue derogado por el actualmente en vigor, promulgado el 26 de agosto de 1931. Los ordenamientos vigentes, especialmente el federal, han sufrido varias reformas sustanciales entre 1983 a 1986, por lo que coincidimos con la autorizada opinión del destacado tratadista Sergio García Ramírez, quien como procurador general de la República propuso varias de estas modificaciones, como sus ordenamientos radicalmente distintos de los originales de 1934 y 1931. También deben mencionarse, por su influencia en las atribuciones del Ministerio Público, las reformas legales promulgadas en 1991 y 1992, y propiciadas esta vez por la Comisión Nacional de Derechos Humanos (ver *infra*, párrafos 77 y 78).

#### IV. LA LLAMADA POLICÍA JUDICIAL

- 4l. Consideramos conveniente hacer una breve referencia a la creación y desarrollo de esta institución de seguridad, la que de acuerdo con el artículo 21 constitucional, "estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél, el Ministerio Público."
- 42. En primer término, el nombre con el cual se le designa corresponde en actualidad sólo en mínima parte a las funciones que desempeña, pues dicho nombre se originó en el derecho francés, de acuerdo con la concepción del juez de instrucción, ya que éste tiene la dirección y autoridad sobre la citada policía, en combinación con el Ministerio Público, pero en un nivel jerárquico superior, y de ahí la citada denominación.
- 43. Ya hemos señalado que el nombre de *policía judicial* fue otorgado en el ordenamiento mexicano por los códigos de procedimientos penales que se aplicaron durante la vigencia de la Constitución federal de 1857, no a un cuerpo técnico especializado de investigación penal, sino a una función que se otorgó de manera indiscriminada a los cuerpos de seguridad, al Ministerio Público y al juez de instrucción (ver *supra*, párrafo 32). Conviene también recordar que el llamado juez de instrucción sólo desempeñaba esas funciones durante las épocas en que funcionó el jurado popular (siempre de manera defectuosa), y sólo en la esfera local, ya que en materia federal no se estable-

<sup>194</sup> Curso de derecho procesal penal, op. cit., nota 1, pp. 72-75.

ció en esa época. En la realidad, el citado juez de instrucción era el mismo juez de fondo, lo que no ocurre en el derecho francés ni en las legislaciones que siguen ese modelo (Alemania hasta 1974, Bélgica, Holanda, Italia y Suiza), puesto que en dichos ordenamientos sólo fiscaliza las investigaciones, pero no integra el tribunal de sentencia.

- 44. El haberse transformado el juez de instrucción en el juez de resolución de fondo, conjuntamente con la debilidad de las actividades investigatorias del Ministerio Público y la ausencia de un cuerpo técnico de seguridad, propició los abusos de dichos juzgadores, quienes, al conferirseles funciones de policía judicial, se transformaron en inquisidores que realizaban directamente las investigaciones correspondientes.
- 45. Sin embargo, en el proyecto del artículo 21 de la Constitución presentado por don Venustiano Carranza al Congreso de Querétaro, como lo hemos señalado con anterioridad (ver *supra*, párrafos 31-34), se calificó de policía judicial al cuerpo de seguridad bajo el mando y autoridad del Ministerio Público, y esto provocó el desconcierto de varios constituyentes, ya que lo que pretendía el proyecto, como se explica claramente en la exposición de motivos correspondiente, era suprimir las funciones de policía judicial que con anterioridad se habían atribuido a los jueces.
- 46. Fue necesario que interviniera entonces José Natividad Macías, como asesor jurídico del propio Carranza, para explicar la naturaleza y funciones de la citada Policía Judicial. Debe recordarse que por encargo del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Macías había estado en esa época en los Estados Unidos para observar el funcionamiento de sus instituciones y venía impresionado por el Departamento de Justicia, lo que nos permite entender el alcance de sus palabras en el Teatro de la República de la ciudad de Querétaro en la sesión del 2 de enero de 1917.
- 47. En ese discurso, José Natividad Macías explica que en los códigos de procedimientos penales entonces en vigor, expedidos bajo imperio de la carta de 1857, se había cometido el grave error de confundir a la Policía Judicial con el Ministerio Público (y podemos agregar que también con el juez de instrucción) ya que en su concepto, en los países libres la policía está dividida en dos sectores: la *preventiva* y la *inquisitiva*. Es esta última la que propiamente podía calificarse de judicial. La referida investigación concluye con estas palabras:

La policía, el poder administrativo, persigue a los delincuentes mediante su órgano, que es el agente del Ministerio Público; el agente del Ministerio

Público desempeña esta función con los auxiliares que tiene al efecto o sea la Policía Judicial. La reforma consiste en acabar con esa amalgama que habían hecho las leyes anteriores conservando el Poder Judicial enteramente independiente del poder administrativo, y por otra parte, descentralizando el Poder Judicial de sus funciones, al convertirse en inquisidor de todos los hechos que ameriten la aplicación de una ley penal."

- 48. No obstante el nombre de *policía judicial* (de influencia francesa) que se le confiere en el citado precepto, se advierte que la creación de un cuerpo de seguridad de carácter técnico para la investigación de los hechos delictuosos se inspira en el derecho de los Estados Unidos, al cual Macías se refiere constantemente. En efecto, el Departamento de Justicia, encabezado por el *Attorney General*, realiza todavía en la actualidad dos funciones distintas: el asesoramiento jurídico del gobierno federal y la persecusión de los delitos. De esta última, que está a cargo del *Deputy Attorney General*, depende la Policía Técnica de Investigaciones, que en la época del Constituyente de Querétaro todavía estaba integrada por los *U.S. Marshalls*, pero en la actualidad corresponde a la Oficina Federal de Investigaciones (FBI). <sup>195</sup>
- 49. Aun cuando volveremos más adelante sobre las transformaciones que ha experimentado la institución de la Policía Judicial, (ver *infra*, párrafo 87), en principio y como un concepto provisional podemos concebirla, de acuerdo con las funciones que le atribuyen el citado artículo 21 de la carta federal, las diversas leyes orgánicas del Ministerio Público y las que regulan las procuradurías federal y distrital citadas con anterioridad, como el organismo técnico que depende del Ministerio Público y que tiene como atribución esencial la de investigar, bajo la dirección del primero, los hechos que pueden ser constitutivos de delito y reunir los elementos necesarios para demostrar la responsabilidad de los imputados. En estricto sentido no debía de calificarse como policía judicial, sino *policía de investigaciones* (o inquisitiva como la calificó José Natividad Macías, ver *supra*, párrafos 46 y 47), ya que el constituyente, bajo la denominación europea inspirada en la legislación anterior, en realidad pretendió establecer un órgano policíaco similar al norteamericano.

<sup>195</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La función constitucional del Ministerio Público", op. cit., nota 173, pp. 102-104.

## V. DIVERSAS FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO MEXICANO

- 50. Ya expresamos las funciones esenciales que se le han atribuido al Ministerio Público en los ordenamientos contemporáneos: la principal es la investigación y persecución de los delitos y, como consecuencia, su actuación como parte acusadora en el proceso penal, y, en un segundo plano, la de representar determinados intereses sociales que se consideran dignos de protección especial en otras ramas de enjuiciamiento. Accesoriamente se le han conferido otras, como la de asesoría de los jueces y tribunales, y una que sólo forzadamente entra en esa esfera, pero que se debe al modelo norteamericano: la representación y consejería jurídica del órgano ejecutivo (ver *supra*, párrafo 44).
- 51. Pretendemos determinar si estas atribuciones también están comprendidas en el ordenamiento mexicano, pero debido a carácter sintético de este estudio, no haremos referencia a la evolución de la regulación del Ministerio Público en las diversas leyes reglamentarias, sino que tomaremos como ejemplo las relativas a las procuradurías General de la República y de Justicia del Distrito Federal, ambas promulgadas en 1983.
- 52. Por lo que respecta al Ministerio Público del Distrito Federal, la ley orgánica respectiva le otorga en su artículo 20., las siguientes atribuciones: a) perseguir los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal; b) proteger los intereses de menores, incapaces, así como los individuales y sociales en general, en los términos que señalen las leyes; c) velar por la legalidad en la esfera de su competencia como uno de los principios rectores de la convivencia social, promoviendo *la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia*; d) cuidar de la correcta aplicación de las medidas de política criminal, en la esfera de su competencia.
- 53. El Ministerio Público federal posee facultades mucho más amplias y de muy diversa índole que se encuentran enumeradas de manera desordenada, a nuestro parecer, en el artículo 20. de la ley orgánica respectiva, y que trataremos de sistematizar de la siguiente manera: a) perseguir los delitos del orden federal; b) promover la pronta, expedita y debida *procuración de justicia*, e intervenir en los actos que en esta materia prevenga la legislación acerca de la planeación del desarrollo; c) vigilar los principios de constitucionalidad y legalidad en el ámbito de su competencia, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a otras autoridades jurisdiccionales y administrativas; dar cumplimiento a las leyes, tratados y acuer-

dos de alcance internacional en que se pretenda la intervención del gobierno federal en asuntos concernientes a las atribuciones de la institución, y con la participación, en su caso, de otras dependencias, y d) prestar consejo jurídico al gobierno federal, así como representarlo, previo acuerdo con el presidente de la República, en actos en que debe intervenir la federación ante los estados de la República, cuando se trate de asuntos relacionados con la procuración e impartición de justicia.

- 54. Como puede observarse a simple vista, se han mezclado, especialmente en la esfera federal, facultades que debían corresponder a diversos órganos y que de manera paulatina se han conferido a otros organismos especializados creados en los últimos años, tales como las procuradurías Federal de la Defensa del Trabajo, Federal del Consumidor, de los Menores y la Familia, Agraria, Federal de Protección al Ambiente, etcétera; ya que resulta muy difícil que, además de la carga excesiva que implican las facultades clásicas de persecusión de los delitos y representación ante los tribunales de intereses sociales e individuales de protección especial, el Ministerio, y particularmente el federal, pueda desempeñar cargos de carácter administrativo, como la vigilancia de la legalidad y la asesoría jurídica del Ejecutivo.
- 55. Todas estas atribuciones se han comprendido dentro de una expresión que se utiliza cada vez con más frecuencia: la *procuración de justicia*, 196 para distinguirla de otra denominación: la administración de justicia que, también con escasa reflexión, se emplea para calificar la función jurisdiccional, que en realidad debe designarse como *impartición de justicia*. 197
- 56. Tenemos la convicción de que la frase *procuración de justicia* tiene un significado muy genérico y se puede aplicar a todos los organismos del Estado que realizan funciones de gestoría, investigación y representación de los intereses sociales en colaboración o auxilio de los tribunales, pero no existe otra denominación para calificar el conjunto tan basto de facultades que se confieren al Ministerio Público en nuestro país.

<sup>196</sup> *Cfr.* Castro, Juventino V., *La procuración de la justicia federal*, México, Porrúa, 1993, esp. pp. VII y VIII, *id. La procuración de justicia. Un imperativo constitucional*, México, Porrúa, 1994.

<sup>197</sup> *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano", *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, 2ª. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001, pp. 351-401.

#### VI. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

- 57. A nuestro modo de ver, ésta es la función esencial de la institución, puesto que la misma tiene encomendada no sólo la investigación de los hechos calificados como delitos y la obtención de los elementos de convicción para demostrar la responsabilidad de los inculpados. En primer lugar, el Ministerio Público interviene en la etapa preliminar calificada en nuestro ordenamiento como "averiguaciones previas"; pero además, una vez ejercitada la acción penal, el Ministerio Público actúa como parte acusadora en el proceso penal propiamente dicho, es decir el que se desarrolla ante el juez de la causa.
- 58. Haremos una breve descripción de estas dos etapas, pero en la inteligencia de que primero describiremos la situación existente antes de las reformas de 1991 y 1992, al margen de los avances que significaron las modificaciones de 1983 y 1984 esto con el objeto de que puedan comprenderse con mayor claridad las reformas más recientes y la importancia que revisten respecto a las actividades tradicionales del Ministerio Público y de la Policía judicial en México.
- 59. A) En primer lugar el Ministerio Público está encargado de realizar las investigaciones previas y reunir los elementos necesarios para el ejercicio de la acción penal, lo que efectúa mediante la instancia que se ha calificado en nuestro derecho como *consignación*. A fin de que el Ministero pueda acudir ante el juez, es preciso, en primer lugar, que exista denuncia, acusación o querella en los términos del artículo l6 de la carta federal y, en segundo término, debe reunir los elementos probatorios para demostrar de manera preliminar los elementos objetivos del delito y la presunta responsabilidad del inculpado, aun cuando tiene la posibilidad de aportar mayores elementos durante las setenta y dos horas de que dispone el juez de la causa para dictar el acto llamado de formal prisión o de sujeción a proceso (artículo 19 de la carta federal).
- 60. Ya hemos señalado que en nuestro ordenamiento dicha etapa previa al ejercicio de la acción penal se califica como *averiguación previa* (artículos 113-120 del Código Federal de Procedimientos Penales; lo que el código distrital califica de *diligencias de policía judicial* e *instrucción* con menor claridad). Esta etapa es esencial, pues los errores u omisiones en la investigación repercuten posteriormente en proceso penal ante el

198 Cfr. García Ramírez, Sergio, Curso de derecho procesal penal, op. cit. nota 1, pp. 200-215.

juez de la causa. Sin embargo, en la práctica este periodo ha presentado numerosos defectos, tanto por lo que respecta a la labor de la Policía Judicial como del Ministerio propiamente dicho. En efecto, ya hemos señalado (ver *supra*, párrafos 45-47), que la citada Policía está bajo la autoridad y las órdenes del Ministerio Público, por lo que es éste el que debe dirigir la investigación y no a la inversa.

- 61. Sin embargo resulta evidente que existen deficiencias en la preparación de ambas autoridades, Ministerio Público y Policía Judicial, mismas que se han pretendido corregir con el establecimiento de institutos técnicos de capacitación, pero éstos se han fundado hace pocos años, si tomamos en consideración que el primero de ellos se introdujo en la Ley Orgánica de 1971 por iniciativa del entonces procurador general de justicia del Distrito Federal, el destacado jurista Sergio García Ramírez. La impartición de los conocimientos modernos sobre la criminalística y la criminología permitirán desterrar las graves carencias que se advierten todavía en la investigación preliminar.
- 62. Pero no sólo la falta de conocimientos técnicos ha viciado la investigación, sino también las disposiciones legales anteriores e incluso algunas tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia. Entre las primeras podemos mencionar citar los artículos 136 y 249 del código distrital y 207 y 287 del federal de procedimientos penales, los que autorizaban que la confesión del inculpado podía realizarse no sólo ante el juez o el Ministerio Público, sino también ante el funcionario de la Policía Judicial que practicara las averiguaciones.
- 63. Por su parte las tesis números 469, 482 y 480, páginas 816, 836 y 832, del volumen II, tesis comunes al Pleno y a las Salas, del apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* publicado en 1989, disponen, la primera que la Policía Judicial es competente para recibir la prueba confesional del inculpado; la segunda, que recae sobre el propio inculpado la carga de la prueba de que su confesión fue coaccionada, y la última, que de acuerdo con el principio de inmediación procesal y salvo la procedencia legal de la retractación, las primeras declaraciones del acusado, producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores.
- 64. Como es bien conocido, tanto dichas disposiciones como las citadas tesis de jurisprudencia, aun cuando hubiesen tenido otros propósitos, propiciaron gran número de abusos por parte de los agentes de la Policía Judicial, quienes en ocasiones obraban de manera independiente del Ministerio Públi-

co para obtener confesiones de los inculpados, con lo cual las averiguaciones previas se simplificaban, ya que se reducían a detener a los sospechosos y convencerlos, con todo tipo de presiones físicas y morales, de que confesaran los hechos que se les atribuían. Es un hecho notorio que los malos tratos e incluso la tortura se han utilizado para arrancar confesiones rendidas ante la Policía Judicial, las que posteriormente no podían desvirtuarse fácilmente por los defensores, merced a la carga de la prueba en perjuicio del inculpado y debido al carácter de espontaneidad que le atribuía la jurisprudencia, con lo cual se desconocía el derecho básico de la no incriminación establecido categóricamente por la fracción II del artículo 20 de la Constitución federal.

- 65. B) La segunda función del Ministerio Público en el proceso penal es la de parte acusadora, inicia cuando ejercita la acción por medio de la consignación. Esta instancia debe apoyarse con la aportación de elementos (así sea de carácter preliminar, que pueden perfeccionarse tanto en la etapa previa a la resolución del juez sobre la formal prisión o sujeción al proceso y durante el juicio) que permitan acreditar los aspectos materiales del delito y la presunta o definitiva responsabilidad del inculpado. En ese mismo documento se realiza una clasificación, que puede ser preliminar, del tipo delictivo. El Ministerio actúa durante todo el proceso como acusador, hasta el momento de formular las llamadas *conclusiones*, que son los alegatos finales, y en las que puede variar fundadamente la calificación de los hechos delictuosos e incluso solicitar, por medio del desistimiento expreso o de las llamadas conclusiones no acusatorias, el sobreseimiento definitivo de la causa. 199
- 66. Un aspecto esencial de la función acusadora del Ministerio Público que se desorbitaba en los códigos de procedimientos penales con anterioridad a las citadas reformas de 1991 y 1992, fue el relativo a la obligatoriedad del juzgador para sobreseer definitivamente el proceso si el Ministerio Público desistía de la acción penal o formulaba conclusiones no acusatorias, según los artículos, anteriormente en vigor, 323 del código distrital y 138 y 278, fracciones I y II del federal de procedimientos penales.
- 67. Las funciones acusatorias del Ministerio Público no terminan con la sentencia de primera instancia, sino que continúan en la apelación, e incluso en el juicio de amparo, el cual no puede ser interpuesto por él mismo, pero tiene la atribución de formular alegatos como tercero perjudicado en los términos del artículo 180 de la Ley de Amparo.

199 Ibidem, pp. 636-641.

# VII. EL MONOPOLIO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y LAS RESTRICCIONES A LA REVISIÓN JUDICIAL

- 68. Uno de los aspectos más controvertidos y sujetos a debate en nuestra doctrina y la jurisprudencia se refiere a la exclusiva facultad del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y, por tanto, de intervenir como parte en el proceso penal, lo que excluye la participación del ofendido o sus causahabientes en calidad de parte en el mismo proceso, lo que sí se admite en otros ordenamientos.<sup>200</sup>
- 69. Al respecto existen dos puntos de vista contrarios: el primero está representado por el destacado tratadista Sergio García Ramírez, quien excluye la participación del ofendido en el proceso penal, por considerar que propiciaría el riesgo de inspiración vindicativa en el ejercicio de la acción, en tanto que el Ministerio Público es un representante de la sociedad que actúa con objetividad. <sup>201</sup>
- 70. La opinión contraria está representada por varios autores, también distinguidos, como Paulino Machorro Narváez,<sup>202</sup> Teófilo Olea y Leyva,<sup>203</sup> Rafael Matos Escobedo,<sup>204</sup> Ignacio Burgoa Orihuela,<sup>205</sup> Juventino V. Castro,<sup>206</sup> Miguel Ángel Castillo Soberanes,<sup>207</sup> y también por el que esto escribe.<sup>208</sup> En esencia, estos tratadistas sostienen que es indebido dicho monopolio, el que no se desprende en forma evidente de lo dispuesto por el artículo 21 constitucional como lo pretenden sus partidarios, por lo
- 200 Cfr. Fairén Guillén, Víctor, Teoría general del derecho procesal, México, UNAM, 1992; Castillo Soberanes, Miguel Ángel, El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México, 2a. ed., México, UNAM, 1993, pp. 51-89; Castro, Juventino V., El Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones, op. cit., nota 5, pp. 121-128.
  - 201 Cfr. Sergio García Ramírez, Curso de derecho procesal penal, op. cit. nota 1, pp. 211-221.
- 202 El Ministerio Público, la intervención de tercero en el procedimiento penal y la obligación de consignar según la Constitución, México, Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, 1941, reimpreso por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991, pp. 24-28.
- 203 "El artículo 21 constitucional. Ensayo sobre la instramutabilidad de las esenciales procesales", en *Revista de la Escuela Nacional de Juriprudencia*, México, núms. 23 y 24, julio-diciembre de 1944, pp. 273-316, reproducido en el libro *El ministro Teófilo Olea y Leyva*, México, Suprema Corte de Justicia, 1993, pp. 721-785.
- 204 "El juicio de amparo contra la indebida inercia del Ministerio Público", *Criminalia*, México, mayo de 1957, pp. 288 y ss., reproducido como folleto por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 30-52.
  - 205 El juicio de amparo, 11a. ed., México, Porrúa, 1977, pp. 479-482.
  - 206 El Ministerio Público en México, op. cit., nota 5, pp. 53-112.
- 207 El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México, op. cit., nota 200, pp. 137-184.
- 208 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La función constitucional del Ministerio Público", op. cit., nota 173, pp. 125-141.

que debe otorgársele al ofendido la facultad de intervenir, en primer lugar, con la facultad de interponer el juicio de amparo contra ciertas determinaciones del Ministerio Público que le afectan y, además, siendo reconocido como parte subsidiaria o accesoria del Ministerio Público en el mismo proceso penal, con lo cual no se le hace partícipe de la función pública de la acusación ni se favorece la venganza privada, sino que exclusivamente se le constituye como auxiliar del proceso, al solicitar la intervención del juzgador cuando el Ministerio Público no cumple con sus funciones esenciales o lo hace de manera indebida. <sup>209</sup>

71. En la jurisprudencia de la Suprema también se observa una división. Durante algunos años (1944-1946) predominó en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia el criterio (que no llegó a formar jurisprudencia, pues requiere un mínimo de cuatro votos en cinco sentencias consecutivas, de acuerdo con el artículo 192 de la Ley de Amparo, y esa tesis fue sostenida por tres integrantes de dicha Sala, los magistrados Olea y Leyva, De la Fuente y Ortíz Tirado) de que el ofendido tenía derecho a interponer el juicio de amparo contra decisiones del Ministerio Público que destruyeran la base para la obtención de la reparación del daño en el proceso penal, como la negativa de ejercer la acción penal, el desistimiento o las conclusiones no acusatorias. Respecto de estas últimas se sostuvo que la determinación del Ministerio Público no priva al juez de su facultad decisoria (esta última afirmación fue acogida por las reformas de 1991 a los respectivos códigos distrital y federal de procedimientos penales, <sup>210</sup> ver *infra*, párrafos 79 y 80).

72. Sin embargo esta tesis jurisprudencial fue sustituida en los años cincuenta por varios criterios establecidos como jurisprudencia obligatoria en los términos de la Ley de Amparo: entre los mismos destacan el establecido por la tesis 1167,<sup>211</sup> en la cual se sostiene, en esencia, que no procede el amparo contra la negativa del Ministerio Público para ejercitar la acción penal, en virtud de que, al intervenir en el proceso, lo hace como parte y no como autoridad. Lo contrario implicaría la violación del artículo 21 constitucional.

<sup>209</sup> Cfr. Pina, Rafael de, "La acción penal", op. cit., nota 172, pp. 103-107.

<sup>210</sup> Cfr. Castillo Soberanes, Miguel Ángel, El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México, pp. 146-193; Castro, Juventino V., El Ministerio Público en México, op. cit., nota 5, pp. 47-50,

<sup>211</sup> Apéndice Seminario Judicial de la Federación publicado en 1989, vol. IV, tesis comunes al Pleno y a las Salas, p. 1877.

- 73. Esta tesis carece de consistencia, como lo ha puesto de relieve la doctrina contraria al monopolio del ejercicio de la acción penal, en virtud de que, por una parte, no son excluyentes los conceptos de parte y de autoridad, ya que es frecuente, y con mayor razón en la actualidad, que las autoridades participen como partes en los procesos sin perder su calidad pública de autoridad, como ocurre por ejemplo en los procesos de lo contencioso administrativo.<sup>212</sup> En segundo término, el criterio es contradictorio, en virtud de que el Ministerio Público adquiere la calidad de parte en cuanto ejercita la acción penal, y en el supuesto que se examina, es decir cuando se niega a realizar dicha instancia, es claro que todavía no adquiere el carácter de sujeto procesal. De acuerdo con la misma tesis, el Ministerio Público se mantendría en su carácter de autoridad y, como tal, sería procedente el juicio de amparo, que es lo que niega la citada jurisprudencia.
- 74. En forma más técnica, la jurisprudencia podría apoyarse en la situación del ofendido de acuerdo con los códigos de procedimientos penales de nuestro país, que le permiten intervenir en el juicio sólo en lo relativo a la reparación del daño y a la responsabilidad civil proveniente del delito, pero le niegan la calidad de parte en cuanto al fondo del proceso, es decir en lo que atañe a la responsabilidad del inculpado. Como ejemplo podemos citar el artículo 141 del código federal que dispone expresamente en su texto actual que "la persona ofendida no es parte en el proceso penal". Todo ello debido a la interpretación que el legislador mexicano ha hecho de lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución, tanto en la esfera federal como en la de las entidades federativas.
- 75. Sin embargo, como lo examinaremos más adelante, las modificaciones a los códigos distrital y federal de procedimientos penales aprobadas en 1991, resolvieron, a nuestro modo de ver con acierto y de acuerdo con una interpretación lógico-sistemática del artículo 21 constitucional, otorgar al juez de la causa la decisión final en cuanto al desistimiento o las conclusiones no acusatorias del Ministerio Público, que a partir de entonces no vinculan obligatoriamente al juzgador (ver *infra*, párrafos 81 y 82).
- 76. Queda sin resolver el problema relativo al no ejercicio de la acción penal, y si bien existe generalmente un control interno del titular de

<sup>212</sup> Cfr. González Pérez, Jesús, Derecho procesal administrativo mexicano, 2a. ed., con la colaboración de José Luis Vázquez Alfaro, México, Porrúa, 1977, pp. 97-130; Vázquez Alfaro, José Luis, Evolución y perpectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano, México, UNAM, 1991, pp. 163-252.

la Procuraduría respectiva para revisar esa determinación, consideramos que no es suficiente para una tutela adecuada del ofendido o de sus causa-habientes, por lo que debe admitirse la procedencia del juicio de amparo en relación con esa decisión del Ministerio Público, sin que esto afecte las funciones que le encomienda el artículo 21 constitucional, ya que las mismas no pueden desvirtuarse hasta el extremo de que el propio Ministerio pueda decidir libremente sobre el ejercicio de la acción penal y sobre el sobreseimiento del proceso, pues esto significaría sustituir la función jurisdiccional.<sup>213</sup>

## VIII. LAS RECIENTES REFORMAS PROCESALES EN MATERIA PENAL

- 77. En este apartado haremos una breve referencia a las reformas a los códigos de procedimientos penales federal y del Distrito Federal, especialmente aquellas que fueron aprobadas en diciembe de 1990 y entraron en vigor en enero de 1991, pero sólo en lo que afectan al funcionamiento del Ministerio Público, y lo mismo haremos con las reformas constitucionales publicadas el 3 de septiembre de 1993.
- 78. A) Dichas modificaciones fueron propuestas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual, dentro del ámbito de sus facultades establecidas entonces por el decreto presidencial de junio de 1990, organizó un grupo de destacados juristas para que analizaran la conveniencia de actualizar dichos ordenamientos, los que todavía conservaban disposiciones anacrónicas como lo señalamos con anterioridad, no obstante las importantes reformas de 1983 y 1984 introducidas por iniciativa del distinguido jurista mexicano Sergio García Ramírez (ver *supra*, párrafo 61).
- 79. Esas propuestas de la Comisión fueron aceptadas, con ligeras modificaciones, por el titular del Ejecutivo federal que las transformó en iniciativa presentada al Congreso de la Unión y éste las aprobó con una mayoría sustancial, pues existió consenso en los diversos partidos representados en la Cámara de Diputados. En primer término, debemos señalar las disposiciones que afectan las facultades que anteriormente tenía el Ministerio Público para decidir sobre el contenido del proceso. En efecto, de conformidad con las modificaciones a los artículos 298 del Código Federal y 638 del Distrital, ambos de procedimientos penales, en los casos de so-

<sup>213</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La función constitucional del Ministerio Público", op. cit., nota 173, pp. 95-99.

breseimiento siempre será el juez el que decidirá si procede o no, ya que, como lo hemos señalado con anterioridad (ver *supra*, párrafo 66), cuando el agente del Ministerio Público, directamente o después de una revisión de esta determinación por el procurador respectivo, solicitaba dicho sobreseimiento, desistía de la acción o formulaba conclusiones no acusatorias, el juez estaba obligado a decretar dicho sobreseimiento, el cual tiene efectos de sentencia absolutoria.

- 80. De acuerdo con las disposiciones actuales, aun cuando se presenten estos supuestos, el juez es el único que puede resolver sobre su procedencia, pues lo contrario significa atribuir al Ministerio Público la decisión del fondo del proceso, de acuerdo con una concepción extrema del principio acusatorio, lo que se acentuaba debido a que el ofendido no tiene carácter de parte, ni siquiera coadyuvante o accesoria, y por lo tanto, carece de la posibilidad de continuar la acusación en defecto del propio Ministerio Público.
- 81. Otra disposición importante de los mencionados preceptos es la relativa a la improcedencia del sobreseimiento en segunda instancia, pues en la realidad se presentó esta hipótesis, es decir que no obstante existir una sentencia condenatoria objeto de apelación por el inculpado, el Ministerio Público solicitaba el sobreseimiento y, de acuerdo con los preceptos anteriores, el juez tenía la obligación de decretarlo, lo que acentuaba las indebidas atribuciones del Ministerio Público sobre el fondo del proceso, ya que se sustituía al juzgador en su facultad establecida por el artículo 21 de la Constitución federal en el sentido de que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, lo que implica, en nuestra opinión, que sólo el juez y no el Ministerio Público puede resolver sobre la absolución del acusado por medio del sobreseimiento de la causa. Además, conferir al propio Ministerio este poder propiciaba la sustitución del principio de legalidad por el de oportunidad, no obstante que el primero debe imperar en todas las decisiones de autoridad, en los términos del artículo 16 constitucional. 214
- 82. Con las citadas reformas de 1991, el juez recuperó plenamente sus facultades de decidir sobre la culpabilidad o inocencia del inculpado, que como hemos dicho están establecidas en el artículo 21 constitucional, con lo cual se atenúan positivamente las exageradas e inaceptables prerrogativas

<sup>214</sup> *Cfr.* García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal, op. cit.*, nota 1, pp. 219-221, por lo que se refiere a la diferencia entre los principios de oportunidad y de legalidad en materia penal.

que se habían otorgado al Ministerio Público, en virtud de una indebida interpretación del citado precepto constitucional por parte del legislador. <sup>215</sup>

- 83. B) Otras reformas importantes, también de 1991, se refieren a la institución esencial de la confesión del inculpado, particularmente en la investigación previa o preliminar, la que de acuerdo con nuestro sistema se realiza bajo la dirección del Ministerio Público con el auxilio de la llamada policía judicial. Como hemos señalado con anterioridad (ver *supra*, párrafos 62-64), los códigos procesales penales mexicanos así como la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia habían admitido la validez de la propia declaración que se rendía ante los agentes de la policía judicial, por considerarse espontánea, y quedaba a cargo del afectado la demostración de que dicha confesión había sido obtenida bajo coacción.
- 84. Lo anterior, como ya lo hemos dicho, provocó graves abusos por parte de los citados agentes policiacos, ya que para ellos era mucho más sencillo (y lo sigue siendo) presionar a los sospechosos de los hechos ilícitos, que realizar una verdadera investigación técnica (para la que carecen de conocimientos y de instrumentos), y así reunir los elementos necesarios para comprobar los elementos materiales del delito y la presente responsabilidad de los inculpados. Por otra parte, no existía, y probablemente todavía no existe, conciencia entre dichos agentes policiacos de que la confesión en el proceso moderno ya no es la reina de las pruebas, sino un simple indicio que debe ser complementado con otros elementos de convicción.
- 85. Las modificaciones de los artículos 207 y 287 del código federal, y 136 y 249 del distrital, ambos de procedimientos penales, han dado una solución muy razonable a estos problemas, en primer término, al establecer una definición de la confesión del inculpado, la que se considera como la declaración voluntaria hecha por una persona mayor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, ante el Ministerio Público o ante el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos, con las formalidades señaladas por el artículo 20 constitucional.
- 86. En segundo término, se determinó que para que dicha confesión pudiese tener validez en el proceso respectivo, es preciso que se exprese únicamente ante el Ministerio Público o ante el juez, pero siempre con la

<sup>215</sup> Cfr. Castro, Juventino V., El Ministerio Público en México, op. cit., nota 5, pp. 53-93 y Castillo Soberanes, Miguel Ángel, El monopolio del ejercicio de la acción penal, op. cit., nota 200, pp. 109-135.

presencia del defensor y de una persona de la confianza del acusado, el que debe estar debidamente enterado del proceso y del procedimiento.

- 87. Estos lineamientos se complementaron con la categórica disposición en el sentido de que: "la policía judicial sólo podrá recibir informes, pero no obtener confesiones; si lo hace éstas carecerán de valor probatorio." Con este precepto se suprime cualquier posibilidad de que los agentes policiacos presionen a los sospechosos, ya en ese supuesto, al margen de los ilícitos que pudieran cometer, las declaraciones respectivas no pueden se tomadas en cuenta en el proceso. <sup>216</sup>
- 88. C) En cuanto a las reformas constitucionales publicadas el 3 de septiembre de 1993, debemos hacer hincapié solamente en aquellas que afectan la actividad del Ministerio Público, y entre ellas debemos destacar la efectuada al texto del artículo 16 constitucional en relación con el plazo de detención administrativa efectuada por el Ministerio Público, pues antes dicho lapso no existía. En efecto, en la parte relativa a dicha modificación, se dispone:

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir a la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. En los casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

89. El precepto introducido en las citadas reformas de 1993 regula la detención administrativa, que antes sólo se practicaba de manera subrepticia, pero con bastante frecuencia. El citado artículo 16 constitucional establecía y conserva dos supuestos en los cuales no se requiere la previa orden judicial de aprehensión para detener a un sospechoso: los casos de

<sup>216</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio, "Desarrollos recientes del procedimiento penal mexicano", XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal, México, UNAM, 1993, pp. 285-298.

urgencia en que no exista en el lugar autoridad judicial, y los de flagrancia, en los que incluso cualquier persona puede detener al inculpado.

- 90. Sin embargo, en el texto anterior no se precisaba el tiempo de que disponía el Ministerio Público para que en esas dos hipótesis pusiera al detenido en manos de la autoridad judicial, y por supuesto carecía de facultades para ordenar dicha detención administrativa. Había predominado la idea de que el Ministerio sólo contaba con veinticuatro horas para realizar la consignación, de acuerdo con lo establecido por el párrafo tercero de la fracción XVIII del artículo 107 constitucional (ahora suprimido en las reformas de 1993, por estar mal situado; algunas de sus disposiciones se incorporaron al artículo 19 de la carta federal), el cual disponía: "También será consignado la autoridad o agente de ella que, realizada una aprensión, no pusiere al detenido a disposición de su juez dentro de las veinticuatro horas siguientes", precepto que, correctamente interpretado, únicamente podía aplicarse a los supuestos de la ejecución de las órdenes judiciales de privación de la libertad, y no a la detención administrativa.
- 91. Esta omisión del Constituyente sobre la detención administrativa en los casos de urgencia y flagrancia provocó numerosos abusos en la práctica, que en muchas ocasiones no se debían a una intensión dolosa o negligencia grave del Ministerio Público a quien se le entregaba el detenido, sino a la imposibilidad material de reunir, en condiciones en las que no se había efectuado una investigación preliminar, los elementos necesarios para el ejercicio de la acción penal. En los países donde, de acuerdo con el modelo francés, la averiguación previa se sigue bajo la dirección del Ministerio Público, pero bajo la vigilancia del juez de instrucción (el que no interviene en el fondo de la causa), esta situación se resuelve fácilmente debido a que se tiene siempre la disponibilidad de dicho juez para fundamentar la detención, pero cuando no existe esta institución, el Ministerio se encuentra obligado a realizar una investigación preliminar, así sea muy rápida, para poder fundamentar la consignación, la que no puede hacerse sin un principio de prueba sobre los elementos materiales del delito y al menos algunos indicios sobre la presunta responsabilidad del inculpado.
- 92. Si pasamos revista a las diversas constituciones latinoamericanas, la mayoría de ellas establece un plazo para la detención administrativa, generalmente en los mismos supuestos de flagrancia y de urgencia, si bien en algunos casos los lapsos que establecen son irreales, en virtud de que el Ministerio Público no puede cumplir con ellos debido a la necesidad de realizar

una investigación preliminar, así sea muy breve, a fin de estar en la posibilidad de ejercitar la acción penal. De manera sintética podemos citar las cartas fundamentales de Bolivia, artículos 10 y ll, 24 horas; Colombia (1991), artículo 28, 36 horas; Costa Rica, artículo 44, 48 horas; Chile, artículo 70., 24 horas; República Dominicana, artículo 8.2, 48 horas; Ecuador, artículo 17, 24 horas; El Salvador, artículo 13, 72 horas; Guatemala, artículo 60., 6 horas, Haití, artículo 24.2, 48 horas, Honduras, artículo 71, 24 horas; Nicaragua, artículo 33.1, 72 horas; Panamá, artículo 21, 24 horas; Paraguay (1992), artículo 12.5, 24 horas; Perú (1979), artículo 21, g y (1993), artículo 24, f, 24 horas (si bien para los supuestos de terrorismo, narcotráfico e espionaje, la detención puede prolongarse hasta 15 días).

- 93. Por lo tanto, nos parece correcto el plazo de 48 horas que estableció la reforma de 1993 al artículo 16 constitucional, ya que es un promedio respecto de los plazos de las cartas latinoamericanas que hemos mencionado. Establecer un lapso menor resulta ilusorio, como el caso extremo del ordenamiento de Guatemala que lo fija en el irreal de 6 horas. Tratándose del cumplimiento de la orden judicial de aprehensión, el plazo es distinto, puesto que ya existe una investigación previa que ha permitido reunir los elementos necesarios para el ejercicio de la acción penal y, por tanto, sólo debe hacerse la entrega material del detenido al juez de la causa.
- 94. Tenemos la convicción de que la nueva disposición constitucional sobre la detención preventiva corregirá muchos de los abusos que se cometían por la imposibilidad material del Ministerio Público de ejercitar la acción penal sin una investigación preliminar de carácter mínimo. Por otra parte, también nos parece justificada la flexibilidad que se establece al autorizar que se pueda duplicar ese plazo en los supuestos de la llamada delincuencia organizada, ya que en esos supuestos (los casos del narcotráfico y de los asaltos bancarios son notorios) generalmente existen varios y en ocasiones numerosos detenidos, lo que dificulta la citada averiguación previa. No se puede llegar al extremo de las constituciones peruanas, la todavía vigente de 1979 y la que deberá sujetarse a reférendum a fines de octubre de 1993, que alargan dicho lapso de detención preventiva hasta quince días, lo que parece exagerado aun tratándose de delitos de suma gravedad, pero, en cambio, nos parece razonable la solución que ha dado en la citada reforma mexicana.
- 95. Por otra parte, debe tomarse en consideración que tratándose del Ministerio Público federal, su situación es todavía más complicada en virtud de que, a nuestro modo de ver acertadamente, el nuevo texto del

artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone en su parte final y conducente, que: "No se podrá consignar a una persona si existe como única prueba la confesión". Lo anterior significa que además de dicho medio de prueba, cuando existe, deben aportarse en el momento de ejercitar la acción penal otros elementos de convicción para demostrar, así sea de manera inicial, la presunta responsabilidad del inculpado.

## IX. LA SITUACIÓN PECULIAR DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPIÍBLICA

96. Ya hemos señalado (ver *supra*, párrafo 31) que la Procuraduría General de la República, de acuerdo con lo establecido por el artículo 102 de la carta federal (actualmente 102, apartado A), tomó como antecedente inmediato la reforma constitucional de 1900 al artículo 91 de la Constitución federal de 1857, que suprimió el cargo de Procurador de la República como integrante de la Suprema Corte de Justicia y lo estableció como cabeza del Ministerio Público federal, dependiente en forma directa del Ejecutivo de la Unión; pero la forma que asumió en el artículo 102 de la Carta de 1917 se inspiró en la organización del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, y por ello se otorgaron a la Procuraduría mexicana dos funciones esenciales: la del Ministerio Público federal, así como la asesoría y representación jurídica del gobierno de la federación (ver *su-pra*, párrafo 35).

97. Esta duplicidad de atribuciones ha sido materia de un debate que ya se ha vuelto clásico, pero no por ello carece de actualidad. En efecto, dicha polémica fue planteada por dos destacados juristas mexicanos en el Congreso Jurídico Mexicano de 1932, es decir, por Luis Cabrera y Emilio Portes Gil, el segundo, procurador general de la República en esa época. Los trabajos respectivos, con el prólogo muy erudito de otro gran jurista mexicano, Alfonso Noriega Cantú, han sido objeto de varias reimpresiones, las últimas editadas por la Procuraduría General de la República en 1982 y 1993.

98. En su estudio, Luis Cabrera propuso la reforma del citado artículo l02 constitucional, de tal manera que se estableciera en dicho precepto fundamental que el jefe del Ministerio Público fuese designado por el Congreso de la Unión y se le otorgara la inamovilidad y la misma dignidad de los ministros de la Suprema Corte de Justicia, ya que debía formar

parte del alto tribunal y hacerse oír en sus sesiones personalmente o por medio de delegados.

- 99. En cuanto al Ministerio Público en su conjunto, según la opinión de dicho tratadista, debía ser una institución encargada exclusivamente de vigilar el cumplimiento estricto de la Constitución y de las leyes, y además, guardián de los derechos del hombre y de la sociedad y defensor de los instrumentos de tutela de los citados derechos, por lo que debía intervenir en todos los asuntos federales de interés público y ejercitar las acciones penales con sujeción a la ley, para todo lo cual los miembros de la institución deberían ser independientes del ejecutivo, y su presupuesto comprendido dentro del relativo al poder judicial.
- 100. Pero además, el distinguido jurista mexicano sostuvo que, con independencia del Ministerio Público, debería establecerse un abogado o procurador general de la nación, que dependiera en forma directa del presidente de la República, con la categoría de secretario de Estado y con las funciones de representar a la federación en los juicios en que ésta fuera parte, y a las diversas dependencias del Ejecutivo cuando las mismas litigaran como actores o como demandados. También debería considerársele como el consejero jurídico del gobierno y el jefe natural de los departamentos jurídicos de las diversas dependencias administrativas, por lo que debía encabezar, además, un consejo que fijara las normas de interpretación oficial de las leyes para los efectos de su aplicación concreta por parte de cada una de las secretarías y departamentos.
- 101. Además de otras observaciones, Luis Cabrera consideró que el carácter de consultor jurídico del gobierno que posee el procurador general de la República es notoriamente incompatible con las funciones del Ministerio Público propiamente dichas, pues al intervenir en materia de amparo no podría desempeñar el doble papel de defensor de la Constitución y asesor del gobierno, en actos que el mismo Poder Ejecutivo hubiera realizado, precisamente bajo el patrocinio y conforme a la posición del citado procurador.
- 102. Por su parte, el procurador Portes Gil defendió la tesis de la unidad de la institución de la cual era titular, y sostuvo en esencia que Luis Cabrera pretendía, en gran parte, volver al sistema contenido en el texto inicial de la Constitución de 1857, que colocaba entre los integrantes de la Suprema Corte a un fiscal y a un procurador de la República con funciones distintas y que en la práctica no pudieron realizarse, lo que resultaba perfectamente explicable por la consideración de que, si dentro de nuestro siste-

ma constitucional, el presidente de la República tiene a su cargo y bajo su responsabilidad la realización de intereses públicos, es difícil la creación de un funcionario distinto que, sin tener la responsabilidad en la realización de esos intereses, tuviera autonomía absoluta para actuar por ellos ante los tribunales.

- 103. Agregó Portes Gil que debía tomarse en cuenta la circunstancia de que el Ministerio Público era por naturaleza un órgano del Poder Ejecutivo y la independencia del Poder Judicial no provenía necesariamente de la independencia del Ministerio Público y dentro del sentido de la realidad mexicana en la que Luis Cabrera pretendía colocarse al proponer un jefe del Ministerio Público inamovible, por elección del Congreso, no resolvía su problema, que era necesariamente de hombres que pudieran y quisieran dar vía a las instituciones públicas con eficacia y probidad.
- 104. Esta polémica se planteó nuevamente con motivo de una iniciativa legislativa presentada por los diputados representantes del Partido de Acción Nacional con fecha 19 de octubre de 1971, en la que se recogen los razonamientos expresados por Luis Cabrera en 1932. Con ligeras modificaciones a sus ideas, los diputados propusieron la separación de las funciones constitucionales del procurador general de la República y las del jefe del Ministerio Público federal, de tal manera que en dicha iniciativa se señaló la necesidad de reformar el artículo 94 de la carta fundamental para que en la integración del Poder Judicial federal figurara un fiscal como jefe del Ministerio Público; del artículo 102 para separar sus funciones de las del Procurador General, este último como representante del Ejecutivo ante los tribunales y su consejero jurídico, las que debían pasar al capítulo del citado poder; y la modificación del artículo 90 para integrar en el Ejecutivo las funciones del procurador general.
- 105. La única diferencia que se observa respecto de las proposiciones formuladas en 1932 por Luis Cabrera radica en la forma en que debería designarse al jefe del Ministerio Público, ya que el citado jurisconsulto sostuvo que esa designación debía corresponder al Congreso federal, en tanto que en la referida iniciativa se expresó la conveniencia de que el nombramiento se efectuara por el presidente de la República con aprobación del Senado federal, en los mismos términos que los ministros de la Suprema Corte de Justicia. <sup>217</sup>

<sup>217</sup> Cfr. Cámara de Diputados del Congreso Federal, Debate Parlamentario. El Ministerio Público como parte del Poder Judicial, op. cit., nota 28, pp. 15-30.

106. Lamentablemente, en el debate que se entabló en la Cámara de Diputados con motivo del dictamen de las Comisiones que rechazó la iniciativa, que fue archivada, no se descubren nuevos elementos que pudiesen clarificar este problema tan complejo, puesto que inclusive se desvió esa discusión hacia cuestiones anecdóticas que no contribuyeron a reforzar las posiciones de los dos criterios opuestos, que en esencia coincidieron con los argumentos expuestos en el citado Congreso Jurídico de 1932, si bien ahora con el agravante, expuesto por las comisiones, de que la independencia del Ministerio Público federal respecto del Ejecutivo de la Unión significaba la creación de un cuarto poder distinto de los tres tradicionales. <sup>218</sup>

107. Sin embargo, la circunstancia de que la Cámara de Diputados hubiese publicado tanto la iniciativa como el dictamen de las comisiones, así como el debate correspondiente, nos indica la trascendencia del problema relativo a la unidad o la diversidad orgánica y funcional de las atribuciones esenciales conferidas al procurador general de la República por el citado artículo 102 constitucional.

108. Tenemos la convicción de que la polémica entre Luis Cabrera y Emilio Portes Gil posee validez en nuestros días, pues coincidimos con el primero en señalar que son incompatibles las dos atribuciones esenciales que el actual artículo 102, apartado A de la Constitución federal atribuye al procurador general de la República, es decir la de Ministerio Público y la de consejero y representante jurídico del gobierno federal, a pesar de que ambas se han conjuntado también en el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, que al parecer se tomó como modelo. Sin embargo, debe tomarse en consideración que de acuerdo con la organización de este último, dichos poderes son objeto de una separación muy marcada, por medio de dos subprocuradores. El primero, denominado Deputy Attorney General, se ocupa de las funciones del Ministerio Público y de investigación criminal, y el segundo, con el nombre de Associate Attorney General, coordina varios departamentos que prestan asesoría al gobierno federal en una diversidad de materias. Finalmente, el titular, es decir el Attornev General, dirige en forma inmediata la labor del Solicitor General (Procurador Judicial), quien representa al gobierno federal ante la Suprema Corte, y además coordina las oficinas de asesoramiento jurídico más importantes, como las

de consejería legal y las que se refieren a asuntos legislativos, mejoramiento de la administración de justicia, etcétera. <sup>219</sup>

- 109. Por otra parte, se observa en los ordenamientos latinoamericanos una acentuada tendencia (en aquellos que siguen una organización similar de la Procuraduría General, con ambas atribuciones esenciales y dependiente del Ejecutivo) a separar dichos poderes en dos órganos diferentes. Como ejemplo podemos citar, en primer término, lo dispuesto por la Constitución venezolana de 1961, en la cual se establece, por una parte, la procuraduría general de la República, a cargo y bajo la dirección del procurador general, nombrado por el presidente de la República con aprobación del Senado federal, y que tiene la función de representar y defender judicial o extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, dictaminar en los casos y con efectos señalados en las leyes y asesorar jurídicamente a la administración pública federal (artículos 200-203 constitucionales).<sup>220</sup>
- 110. Por el contrario, el Ministerio Público está a cargo y bajo la dirección del fiscal general de la República, designado por las Cámaras reunidas del Congreso federal, con la atribución genérica de velar por la exacta observancia de la Constitución y de las leyes y con las facultades concretas de cuidar el respeto de los derechos constitucionales, por la celeridad de la buena marcha de la adminsitración de justicia y por que en los tribunales se apliquen rectamente las leyes en los procesos penales y en los que estén interesados en el orden público y las buenas costumbres (artículos 218-222 de la Constitución federal).
- 111. También tiene a su cargo el Ministerio Público venezolano el ejercicio de la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesario instancia de parte; velar por el correcto cumplimiento de las leyes y la garantía de los derechos humanos en las cárceles y demás establecimientos de reclusión, y finalmente intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal o administrativa en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones.
- 112. En la Constitución colombiana del 7 de julio de 1991 también se separan las atribuciones del Ministerio Público y de asesoría jurídica. Las

<sup>219</sup> *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "La función constitucional del Ministerio Público", *op. cit.*, nota 173, pp. 103 y 104; Granados, Francisco, *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 324-328; Mayers, Lewis, *El sistema legal norteamericano*, *op. cit.*, nota 19, pp. 410-420.

<sup>220</sup> Cfr. La Roche, Humberto, Instituciones constitucionales del Estado venezolano, op. cit., nota 157, pp. 221-238; Brewer Carías, Allan R., Instituticiones políticas y constitucionales, Caracas, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, 1985, t. I, pp. 33 y 34.

primeras se atribuyen a la Fiscalía General de la Nación, cuyo titular, el fiscal general, será elegido para un periodo de cuatro años por al Corte Suprema de Justicia de una terna enviada por el presidente de al República, y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas cualidades exigidas para ser magistrado de al Corte Suprema de Justicia. Además, se señala expresamente que la Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal. Corresponde a dicho organismo investigar delitos, de oficio o mediante denuncia o querella, y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes (artículos 249 y 250 constitucionales).<sup>221</sup>

113. Por su parte la Constitución paraguaya del 20 de junio de 1992 también separa las citadas atribuciones y las distribuye, por una parte, en la Procuraduría General de la República, situada en el capítulo relativo al Poder Ejecutivo. Su titular es designado y removido por el presidente de la República, con los deberes y facultades de representar y defender judicial o extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República; formular dictámenes en los casos y con efectos señalados en las leyes, y asesorar jurídicamente a la administración pública en la forma que determine la ley (artículos 245 y 246 de dicha carta fundamental). Por el contrario, el Ministerio Público, que está situado en el capítulo del Poder Judicial, se ejerce por el fiscal federal del Estado y los agentes fiscales. El primero es nombrado por un periodo de cinco años y puede ser reelecto por el poder ejecutivo con acuerdo del Senado y a propuesta en terna del Consejo de Estado. Los agentes fiscales son designados en la misma forma que los jueces, con las mismas incompatibilidades e inmunidades. Entre los poderes esenciales del Ministerio Público se encuentran las de velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales; promover acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el medio ambiente, los intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas; además, ejercer la acción penal en los casos en que, para inciarla o proseguirla, no fuese necesaria instancia de parte, sin perjuicio de que el juez o tribunal proceda de oficio cuando lo determine la ley (artículos 268-270 del citado texto fundamental).

114. A su vez, la Constitución de El Salvador de 1983, con motivo de las reformas propuestas en los Acuerdos de Paz entre el Gobierno y el Frente Farabundo Martí suscritos en la ciudad de México el 27 de abril de

<sup>221</sup> *Cfr.* Sáchica, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 10a. ed., Santafé de Bogotá, Temis, 1992, pp. 322-323; Hernao Hidrón, Javier, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, Santafé de Bogotá, Temis, 1992, pp. 297-302.

1991 (reformas que fueron promulgadas el 31 de octubre de 1991), adoptó una posición peculiar, ya que con el nombre de Ministerio Público se regulan tres instituciones distintas: el fiscal general, el procurador general, ambos de la República, y el defensor de los derechos humanos (*ombudsman*), todos designados por tres años con posibilidad de reelección por mayoría calificada de los dos tercios de los diputados electos de la Asamblea Legislativa.

- 115. En realidad, la función de Ministerio Público en sentido estricto se atribuye al Fiscal General de la República, ya que a él le corresponde, en esencia, dirigir la investigación del delito y ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, así como promover de oficio o a petición de parte la acción de justicia en defensa de la legalidad (artículo 193 constitucional).
- 116. Al procurador general de la República se le confiere la función de velar por la defensa de la familia, de los menores y de los incapaces; dar asistencia legal a las personas de escasos recursos económicos y representarlas judicialmente en la defensa de su libertad individual y de sus derechos laborales, así como otros similares. El procurador de la defensa de los derechos humanos debe promover el respeto y la garantía de los derechos humanos e investigar, de oficio o por denuncia que hubiere recibido, las violaciones de éstos, así como formular conclusiones y recomendaciones pública o privadamente (artículo 194 de dicha carta fundamental).
- 117. En nuestra opinión, dicho ordenamiento constitucional confunde las atribuciones del Ministerio Público propiamente dicho, con las genéricas de que se comprenden dentro del concepto de la *procuración de justicia*, la que tiene un ámbito más amplio que las primeras, como lo hemos sostenido con anterioridad (ver *supra*, párrafo 53).

## X. PROPUESTAS DE REFORMA

- 118. En virtud de lo anteriormente expuesto, nos atrevemos a expresar las siguientes sugerencias de *lege ferenda* con el objeto de continuar la evolución que se ha advertido en estos últimos años en relación con la organización y funcionamiento del Ministerio Público mexicano, y lo hacemos en varias direcciones.
- 119. A) En primer término se advierte una tendencia muy acentuada en las legislaciones latinoamericanas hacia la *autonomía e incluso*, *la independencia del Ministerio Público* en aquellos ordenamientos que, de acuerdo con los modelos francés y estadounidense, lo hacían depender di-

rectamente del órgano ejecutivo. Al respecto podemos señalar dos variantes; de acuerdo con la primera, el Ministerio Público se incorpora expresamente al poder judicial, por lo que sus agentes e incluso su titular son designados en forma similar o idéntica a la de los jueces y magistrados, con los mismos derechos y prerrogativas, especialmente de estabilidad.

- 120. En segundo término, se conserva la función del Ministerio Público dentro del órgano ejecutivo, pero se le confiere una autonomía funcional y además los integrantes del organismo respectivo poseen las mismas garantías de independencia que corresponden de los jueces y magistrados.
- 121. Son numerosos los ordenamientos latinoamericanos que se han inclinado hacia la incorporación del Ministerio Público dentro del Poder Judicial, de acuerdo con el modelo de la Constitución italiana que entró en vigor en enero de 1948, en cuyo artículo 107 se dispone que: "El Ministerio Público gozará de las garantías establecidas respecto a él, en las normas del ordenamiento judicial, lo que significa una modificación a los ordenamientos anteriores, que siguiendo el modelo francés habían encuadrado al citado Ministerio Público dentro del departamento ejecutivo". 222
- 122. Tomando como ejemplo la citada Constitución italiana, en el Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, efectuados en la ciudad de México en febrero de 1960, se aprobó por aclamación la recomendación de que "el Ministerio Público debe ser un órgano independiente del Poder Ejecutivo y gozar las prerrogativas de inamovilidad y demás garantías constitucionales reconocidas a los miembros del Poder Judicial." <sup>223</sup>
- 123. Como hemos destacado, son ya numerosas las constituciones latinoamericanas que han incorporado tanto el organismo como las funciones del Ministerio Público dentro del Poder Judicial, pero sin confundirlas con las que corresponden a los órganos jurisdiccionales. Ya hemos señalado en los ejemplos que proporcionamos con anterioridad (ver *supra*, párrafos 109-117), de las Cartas de Colombia, Paraguay y El Salvador), que al separar las atribuciones de investigación y ejercicio de al acción penal y las relativas

<sup>222</sup> *Cfr.* Spagna Musso, Enrico, "Problemi costituzionali del Pubblico Ministero" y Mass, Carlo, "Aspetti della riforma nel processo penale", *op. cit.*, nota 43, pp. 398-438 y 753 y ss.

<sup>223</sup> Las conclusiones de estas Jornadas pueden consultarse en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 37-40, enero-diciembre de 1960, esp. pp. 825-840.

a la representación y asesoría del gobierno en dos cuerpos distintos, adscriben al Ministerio Público al Poder Judicial de manera expresa.

124. El Ministerio Público se incorporó en el Perú al Poder Judicial en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963. Este carácter autónomo fue consagrado expresamente en los artículos 250 y 251 de la Constitución peruana aprobada en 1979, la que entró en vigor el año siguiente al restaurarse la normalidad constitucional. En efecto, el primer precepto dispone que el Ministerio Público es autónomo y jerárquicamente organizado, y los dos últimos párrafos del segundo establecen que los miembros del propio Ministerio, encabezados por el fiscal de la nación, tienen las mismas prerrogativas, les afectan las mismas incompatibilidades y su nombramiento está sujeto a idénticos requisitos y procedimientos que los de los integrantes del Poder Judicial. Estos lineamientos fueron regulados por la Ley Orgánica del Ministerio Público promulgada el 16 de enero de 1981.<sup>224</sup> Disposiciones similares fueron establecidas en los artículos 158 a 160 de la Constitución peruana aprobada por el Congreso Constituyente en septiembre de 1993, y que será sometida a referéndum el 31 de octubre del mismo año.

125. También podemos mencionar que algunas cartas constitucionales locales argentinas incluyen a los funcionarios del Ministerio Público dentro del organismo judicial, entre ellas las de las provincias del Chaco (1957), artículo 165; La Pampa (1960), artículo 81; Corrientes (1958), artículo 142, y Río Negro (1957), artículo 124.<sup>225</sup> En la reciente reforma a las constituciones provinciales argentinas se advierte esta tendencia todavía con mayor fuerza, pues en varias de ellas se integra el Ministerio Público en todos sus niveles dentro del Poder Judicial, y en esa situación podemos señalar las cartas de Córdoba (1987), artículos 171 y 173; Jujuy (1986), artículos 155-158; La Rioja (1986), artículos 129-130, 145-146; y San Juan (1986), artículos 202-214.<sup>226</sup> En otro sector de nuevas cartas, si bien el Ministerio Público no forma parte del Poder Judicial, sus miembros tienen las mismas garantías que los integantes de la judicatura: Salta, (1986), artículos 157-158; San Luis (1987), artículo 287, y Santiago del Estero (1986), artículos 141, 162-165.

<sup>224</sup> Cfr. Hurtado Pozo, José, El Ministerio Público, Lima, 1981.

<sup>225</sup> Cfr. Linares Quintana, Segundo V., Derecho constitucional de las Nuevas Provincias, op. cit., nota 154, pp. 119, 192, 217 y 281 y 282.

<sup>226</sup> Cfr. Sagués, Nestor Pedro, "Poder Judicial. Bases para una reforma", La reforma de las constituciones provinciales, 2a. ed., Buenos Aires, Senado de la Nación, 1985, pp. 101-120.

- 126. Incluso en Francia, en cuyo ordenamiento por tradición el Ministerio Público depende del Ejecutivo, sus miembros gozan de cierta autonomía en virtud de que su preparación es la misma que la de los jueces, es decir, para poder ingresar al servicio tienen que asistir a la escuela judicial, y una vez superados los exámenes respectivos, son promovidos por medio de un sistema de oposiciones dentro del régimen de la carrera judicial, de manera que los agentes del Ministerio Público pueden ser designados jueces y viceversa, pues ambas categorías tienen la denominación de magistrados, lo que les otorga estabilidad, así sea limitada. <sup>227</sup>
- 127. Sería difícil adoptar de manera inmediata en nuestro ordenamiento la adscripción del Ministerio Público dentro del Poder Judicial, como en su más alta jerarquía se hizo durante la vigencia de la Constitución de 1857 hasta la reforma de 1900, pero en cambio es factible y deseable que se otorguen a los miembros de la institución las mismas garantías de ingreso, estabilidad e independencia que a los integrantes de la judicatura, y para ello será necesario establecer un sistema de nombramiento diferente del actual, al menos para los titulares de los organismos respectivos, que podría ser el mismo de los ministros de la Suprema Corte de Justicia en la esfera federal y de los magistrados de los tribunales superiores en las entidades federativas, incluyendo la inamovilidad después de un lapso de prueba. <sup>228</sup>
- 128. B) Un segundo sector que también debe ser objeto de reforma es el relativo al régimen del monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, pues ya se expresó con anterioridad, que este sistema propicia la aplicación del principio de oportunidad sobre la legalidad, ya que en sus aspectos más radicales ha significado que es el propio Ministerio Público y no el juez es el que decide sobre el contenido y el fondo del proceso penal en el cual lleva la acusación. Ya hemos señalado que en las reformas a los códigos federal y distrital de procedimientos penales que entraron en vigor en enero de 1991, se corrigió parcialmente esta situación al establecer que, a partir de entonces, las determinaciones del Ministerio Público que implican el desistimiento o la formulación de conclusiones no acusatorias no son vinculantes para el juzgador, ya que éste es el único que puede decidir respecto a la procedencia del sobreseimiento de la causa, que tiene los efectos de una sentencia absolutoria. Por otra parte, se prohibe de manera categórica el sobreseimiento en segunda instancia, que

<sup>227</sup> Cfr. Verpraet, Georges, Le nouveau visage de la magistrature, op. cit., nota 161, pp. 53-72.

<sup>228</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La función constitucional del Ministerio Público", op. cit., nota 173, p. 137.

afectaba gravemente la independencia del tribunal de apelación. (ver *su-pra*, párrafos 80-81).

129. Sin embargo, todavía no se ha resuelto el problema relativo a la decisión del Ministerio Público de negarse a ejercitar la acción penal, aun cuando exista una revisión de carácter jerárquico, ya que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia establece la improcedencia del juicio de amparo promovido por el ofendido contra tal determinación. Con independencia de los endebles razonamientos que se expresan en esta tesis de jurisprudencia obligatoria, la doctrina ha puesto de relieve que no existe impedimento constitucional para que el ofendido promueva el juicio de amparo contra dicha negativa del ejercicio de la acción penal, con el fin de que el juez federal pueda revisar los argumentos que aduce el Ministerio Público para esa decisión.

130. Además, es preciso examinar, en un segundo momento, la situación del propio ofendido en el proceso penal, con el fin de que se le reconozca su calidad de parte sin afectar la función acusatoria del Ministerio Público, ya que la víctima sólo podría intervenir como coadyuvante, o sea, de manera subsidiaria el acusador público, sin que esto signifique que el ofendido puede actuar con intenciones vengativas, ya que la decisión sobre la responsabilidad del inculpado corresponde al juzgador, quien puede apoyarse en la colaboración de la víctima. Como lo sostuvo el constituyente y destacado jurista Paulino Machorro Narváez:

[...] no hay inconveniente constitucional en que se dé a las víctimas de los delitos, a los querellantes y aun a los simples denunciantes, en razón éstos de ponerse a cubierto de la acusación de calumnia, alguna intervención en la instrucción y en concederles recursos contra las resoluciones del juez instructor que pueden perjudicarlos, así como la acción de amparo.<sup>229</sup>

131. Por nuestra parte, podemos agregar que por mayoría de razón el ofendido podría impugnar por medio del juicio de amparo la decisión del Ministerio Público en la que se niega a ejercitar la acción penal, ya que esa decisión le afecta no sólo en su derecho a obtener la reparación del daño, que es parte de la pena en nuestro ordenamiento, sino también respecto a la responsabilidad del inculpado.

<sup>229 &</sup>quot;El Ministerio Público, la intervención de tercero en el procedimiento penal y la obligación de consignar según la Constitución", *op. cit.*, nota 202, p. 33.

- 132. Estamos convencidos de que esta solución se puede realizar a mediano plazo por conducto de las modificaciones legislativas pertinentes si se toma en cuenta que, por vez primera, se introdujo en las referidas reformas de septiembre de 1993 la referencia expresa a la protección de las víctimas, ya que en el artículo 20 de la carta federal se adicionó un último párrafo en el cual se dispuso que: "En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a *coadyuvar con el Ministerio Público*, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiere y los demás que señalen las leyes".
- 133. C) Un tercer sector en el cual es necesario introducir reformas es el relativo a la actual organización y funcionamiento de la Procuraduría General de la República, según el actual artículo 102 apartado A de la carta federal, va que como se ha sostenido con anterioridad, son incompatibles las atribuciones que actualmente se le otorgan, por un lado las propias del Ministerio Público federal y la de representación y asesoría jurídicas del gobierno federal, tal como lo puso de relieve el distinguido Luis Cabrera en el Congreso Jurídico Nacional de 1932. Y esta separación no se debe a criterios académicos o especulativos, sino a razones pragmáticas muy evidentes, pues resulta muy complicado y prácticamente imposible que la Procuraduría de la República cumpla simultáneamente y con eficacia las dos funciones mencionadas, especialmente porque la relativa a la investigación de los delitos federales, el ejercicio de la acción penal ante los jueces del Poder Judicial de la federación, y los dictámenes y vigilancia de sus actuaciones, por su magnitud, oscurecen y debilitan la muy importante labor de asesoría y representación del gobierno de la Unión. Por ello ha sido necesario crear la Dirección Jurídica de la Presidencia de la República.
- 134. Motivos similares a los expresados por Luis Cabrera en 1932 han conducido a varios ordenamientos constitucionales latinoamericanos, en particular los más recientes, a separar en dos organismos distintos las funciones del Ministerio Público por un lado, que atribuyen las fiscalías, y por otra parte, a conservar en las procuradurías las actividades relativas al asesoramiento y la representación de los funcionarios del gobierno.
- 135. Citamos con anterioridad las Constituciones de Venezuela, Colombia, Paraguay y las recientes reformas a la Constitución de El Salvador. En tal virtud, estimamos que debido a la tradición de la Procuraduría General de la República desde su creación en la reforma de 1900, que la misma podría conservar sus funciones esenciales de Ministerio Público,

pero con autonomía, de acuerdo con la tendencia cada vez más acentuada también en los ordenamientos latinoamericanos. Pero consideramos muy conveniente crear, ésta sí como una dependencia directa del Ejecutivo federal, una *Abogacía General* que tenga a su cargo, con la categoría de Secretaría de Estado como lo proponía Luis Cabrera, la trascendental función de asesoría y representación jurídicas del gobierno federal.

- 136. D) También estimamos que resulta necesario vigorizar la profesionalización de la denominada policía judicial, que se inició desde 1971 al crearse los institutos de capacitación, en los que deben impartirse estudios más profundos no sólo de criminalística y criminología, sino también de carácter humanístico, en particular sobre los derechos humanos, que deben ser conocidos por los agentes de la citada policía. Sería incluso conveniente que se le configurara una verdadera carrera profesional para aquellos que aspiran a cargos dirigentes dentro del organismo investigatorio, el cual además, debe estar plenamente subordinado a la dirección de los agentes respectivos del Ministerio Público.
- 137. Al respecto, es preciso destacar los avances que se han logrado recientemente en la Procuraduría General de la República, no sólo con la intensificación de los cursos en el Instituto de Capacitación respectivo, sino con el notable progreso en las disposiciones del reciente Reglamento Interno de la citada Procuraduría General de la República, expedido el 10 de marzo de 1993. En dicho ordenamiento se creó la Dirección General de Protección de los Derechos Humanos (artículo 20) y, por otra parte, en relación con la Dirección General de la Policía Judicial Federal, se señaló en su parte final, como norma general, que las atribuciones conferidas en ese precepto (artículo 22), serán ejercidas bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público federal.
- 138. Finalmente, nos atreveríamos a proponer un procedimiento que es de uso frecuente en las policías de numerosos países y que es una consecuencia de los derechos del acusado que se consignan en el artículo 20 de la carta federal, en especial, con posterioridad a las reformas de septiembre de 1993. Nos referimos a la exigencia de que al efectuar una detención, ya sea en cumplimiento de una orden judicial de aprehensión o bien en los casos de flagrancia o urgencia, los policías preventivos o judiciales deben informar expresamente al detenido sobre sus derechos constitucionales consignados en dicho artículo 20, en particular el de no ser obligado a declarar en su contra (fracción II) y el del asesoramiento de un defensor particular o de oficio, o de una persona de su confianza (fracción

IX), ya que estos últimos deben estar presentes desde los primeros actos de investigación preliminar. Estos requisitos son los que se conocen en el lenguaje forense norteamericano como *Miranda Warnings* debido a que fueron establecidos en el famoso caso *Miranda contra Arizona*, resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el año de 1965. Si no se cumple con ellos, la detención se considera indebida.

## XI. CONCLUSIONES

- 139. De acuerdo con las reflexiones anteriores, podemos llegar a las siguientes conclusiones:
- 140. *Primera*. El Ministerio Público es una institución de representación social que tiene a su cargo, con diversos matices, varias funciones esenciales relacionadas con la actividad de los tribunales y que en su conjunto han sido comprendidas en el derecho mexicano bajo la denominación de *procuración de justicia*, aun cuando dicha expresión también comprende las atribuciones de otros organismos especializados que auxilian, colaboran o complementan la función jurisdiccional.
- 141. Segunda. En esencia, el Ministerio Público posee dos tipos de facultades. Las más importantes se refieren a las de investigador, requiriente y accionante, principalmente en el proceso penal, pero también en otras ramas de enjuiciamiento en las que interviene como representante de intereses individuales y colectivos de carácter indisponible y que, por tanto, requieren de una tutela especial, tales como los de los menores, los incapacitados, los de carácter familiar y del estado civil, y recientemente los calificados como intereses (en realidad, derechos) difusos o transpersonales. En segundo término, el Ministerio Público puede realizar labores dictaminadoras o consultivas ante los tribunales en aquellos casos en que existe interés público o social. Finalmente, en algunos ordenamientos, también se le confieren atribuciones de asesoría y de representación jurídicas de los órganos de gobierno, y que serían más adecuadas para el organismo que se ha calificado como Abogacía de Estado.
- 142. *Tercera*. En el derecho mexicano debe considerarse como esencial la reforma de 1900 al artículo 91 de la Constitución federal de 1857, ya que modificó la composición de la Suprema Corte y suprimió de la misma los cargos de procurador general y de fiscal, para crear la Procuraduría de la República como cabeza del Ministerio Público y dependiente del Ejecutivo federal, de acuerdo con el modelo francés. Sin embargo, en la práctica se

desvirtuaron las funciones de investigación del propio Ministerio en virtud de que los códigos de procedimientos penales, tanto federal como de las entidades federativas, otorgaron funciones de policía judicial, es decir de investigación, a los cuerpos de seguridad y al Ministerio Público pero también al llamado juez de instrucción (que sólo tenía el nombre de la institución francesa, ya que también era el juez de sentencia), lo que produjo el resultado de que dichos juzgadores se transformaran con frecuencia en pesquisidores, y menoscabaran la labor del Ministerio.

- 143. Cuarta. En el Congreso Constituyente de Querétaro, de acuerdo con el proyecto presentado por don Venustiano Carranza, se pretendió corregir la anomalía de los jueces inquisidores, por lo que en los artículos 21 y 102 de la carta federal, se otorgó al Ministerio Público la función exclusiva de investigar los hechos delictuosos y el ejercicio de la acción penal ante los tribunales, con el auxilio de un cuerpo técnico, inspirado en la experiencia norteamericana del Departamento de Justicia, con el nombre de policía judicial, la que no correspondía al modelo francés de esa denominación.
- 144. Quinta. Los códigos de procedimientos penales expedidos ya bajo la vigencia de la Constitución actual, interpretaron dichas disposiciones constitucionales en el sentido de que habían establecido el monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, por lo que negaron la calidad de parte al ofendido, el cual sólo puede intervenir en el proceso penal en lo relativo a la reparación del daño y la responsabilidad civil proveniente del delito. Dichos códigos desorbitaron las atribuciones del Ministerio Público, pues, con el apoyo de la jurisprudencia, se negó a la víctima el derecho de acudir al juicio de amparo para impugnar las determinaciones del Ministerio Público que negaran el ejercicio de la acción penal, y por la otra, se otorgó carácter vinculatorio para el juez de la causa a las decisiones del Ministerio Público que implicaran el desistimiento de la acción penal o formulasen conclusiones no acusatorias, por lo que en esos supuestos, el juzgador estaba obligado a pronunciar el desistimiento, con efectos de sentencia absolutoria, incluso en segunda instancia. Todo ello equivale a que el Ministerio Público, y no el juez, decida sobre el contenido del proceso.
- 145. Sexta. Los códigos federal y del Distrito Federal de procedimientos penales han sido modificados de manera paulatina en los años de 1983 y 1984, con el fin de corregir estos excesos y fortalecer, así sea en forma limitada, la intervención del ofendido en el proceso penal, pero consideramos que han sido las reformas a dichos ordenamientos que entraron en vigor

en enero de 1991 y algunas de las constitucionales promulgadas en septiembre de 1993 las que han corregido algunos de esos defectos, pero también han vigorizado las atribuciones del Ministerio Público en el periodo de las investigaciones preliminares.

146. Séptima. Las más importantes de esas modificaciones han consistido en privar de obligatoriedad las determinaciones del Ministerio Público sobre desistimiento y la formulación de conclusiones no acusatorias, de manera que en la actualidad únicamente el juez está facultado para decidir sobre la procedencia del sobreseimiento. Por otra parte, se prohibe expresamente decretar dicho sobreseimiento en segunda instancia. También se establece que la confesión sólo puede tener valor probatorio en el proceso si se efectúa por el inculpado ante el Ministerio Público o el juez de la causa, con pleno conocimiento y en presencia del defensor o de una persona de su confianza. Lo anterior se complementa con la disposición que prohibe a la Policía Judicial tomar declaraciones de los detenidos, ya que los agentes sólo pueden rendir informes, con lo cual debe terminarse con la práctica policiaca de presionar a los indiciados para que se declaren culpables, y que ha propiciado innumerables abusos e incluso la aplicación de la tortura.

147. Octava. En cuanto a la reforma constitucional de septiembre de 1993, destaca la modificación al artículo 16 de la carta fundamental para introducir un plazo de cuarenta y ocho horas para la detención preventiva, esencialmente en los supuestos en que se le autoriza sin orden judicial de aprehensión, es decir, tratándose de la flagrancia y de la urgencia. Este lapso puede duplicarse en los casos que la ley prevea como delincuencia organizada, en los cuales es evidente que la investigación preliminar es más compleja. Consideramos que estos preceptos pueden corregir los abusos frecuentes de detenciones prolongadas, por falta de un plazo máximo y con el pretexto de las averiguaciones previas. Tenemos la esperanza de que los códigos respectivos reglamenten correctamente las citadas disposiciones.

148. *Novena*. No obstante la evolución que se observa en cuanto a las funciones esenciales del Ministerio Público, consideramos que en las postrimerías del siglo XX, resulta necesario perfeccionar dichas transformaciones y para ello sugerimos algunas modificaciones que estimamos convenientes y necesarias. Muy brevemente podemos señalar que entre estas reformas destacan, en primer lugar, las relativas a la atenuación del monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público,

al otorgarse al ofendido la facultad de interponer el juicio de amparo contra las decisiones por las cuales se niega el ejercicio de la acción penal.

- 149. Décima. En segundo término, de acuerdo con una tendencia creciente que se observa en los ordenamientos latinoamericanos, en especial los más recientes, es conveniente otorgar autonomía e independencia funcionales al Ministerio Público en relación con su subordinación actual al Ejecutivo, para lo cual, sin llegar al extremo de adscribirlo al Poder Judicial como lo han hecho la mayoría de dichas legislaciones, al menos deben otorgarse a los miembros del Ministerio las mismas prerrogativas de estabilidad, independencia, remuneración y responsabilidad de los integrantes de la judicatura, para lo que también deben modificarse los sistemas de nombramiento y promoción, con el fin de asimilarlos a los de los jueces y magistrados.
- 150. Decimoprimera. También resulta provechoso, de acuerdo con las ideas que consideramos actuales y que fueron expresadas por Luis Cabrera en el Congreso Jurídico Mexicano de 1932, separar las funciones incompatibles de la Procuraduría General de la República, que por un lado realiza las actividades propias del Ministerio Público y por la otra tiene encargada la asesoría y la representación del gobierno federal. De acuerdo con la tendencia de esta separación que se observa también respecto de organismos similares en los ordenamientos latinoamericanos recientes, nos atrevemos a proponer que la Procuraduría General de la República conserve sus facultades tradicionales de Ministerio Público, y que las relativas a la asesoría y representación gubernamentales se confieran a un nuevo organismo, éste sí dependiente del Ejecutivo federal, con la denominación de Abogacía General, el que podría desempeñar con mayor eficacia estas últimas atribuciones.
- 151. Decimosegunda. Finalmente, y por lo que respecta a la llamada Policía Judicial, resulta positiva la tendencia hacia su profesionalización debido a la creación de institutos de capacitación, pero dichos estudios deben profundizarse y no limitarse a la enseñanza técnica de la criminalística y la criminología, sino complementarse, como ya se ha iniciado, por medio de la impartición de conocimientos de carácter humanístico, en especial los relativos a los derechos humanos. Por otra parte, debe acentuarse la dependencia de la citada policía al Ministerio Público, de manera que las investigaciones se efectúen bajo su dirección y vigilancia. Además, debe implantarse en todo acto de detención, sea en los casos de flagrancia o urgencia o en cumplimiento de órdenes judiciales de apre-

hensión, la obligación ineludible de aquellos que la realizan de informar expresamente al detenido sus derechos constitucionales, establecidos en el artículo 20, en particular los relativos a que no puede ser obligado a declarar en su contra y el derecho a ser asesorado, incluso en periodo de la investigación, por un defensor privado o de oficio, o bien por una persona de su confianza, como lo practican regularmente numerosas policías contemporáneas.

## XII. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- 152. Como es comprensible, la bibliografía sobre este tema es muy amplia, tanto en el extranjero como en México, y esta última se acrecentado de manera considerable en los últimos años. Por tanto, nos limitaremos a señalar las obras citadas en el texto, así como algunas otras que consideramos susceptibles de ampliar la información sobre esta apasionante materia a aquellos que estén interesados en profundizar sus conocimientos sobre la misma.
- AGUILAR Y MAYA, José, El Ministerio Público federal en el nuevo régimen, México, Polis, 1942.
- ALAMILLO CANILLAS, Fernando, *El Ministerio Fiscal español, (su organización y funcionamiento)*, Madrid, Colex, 1990.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, "Lo que debe ser el Ministerio Fiscal", *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Góngora, 1934.
- ——, "Ministerio Público y Abogacía de Estado", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 40, enero-abril de 1961, pp. 47 y ss.
- ——, Derecho procesal mexicano, 2a. ed., México, Porrúa, 1985, 2 vols.
  ——, Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972),
  México, UNAM, 1974, 2 vols.; reimpresión, México, UNAM, 1992.
- BREWER CARÍAS, Allan R., *Instituciones políticas y constitucionales*, Caracas, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, 1985, 2 vols.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El artículo 16 de la Constitución mexicana*, México, UNAM, 1967.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, lla. ed., México, Porrúa, 1977.
- CABRERA, Luis y PORTES GIL, Emilio, "Misión constitucional del Procurador General de la República" prólogo de Alfonso Noriega Cantú,

- Semblanza del procurador Emilio Portes Gil, México, Procuraduría General de la República, 1993, pp. 19-91.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, Debate Parlamentario. El Ministerio Público como parte del Poder Judicial, México, 1977.
- ———, Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones, articulado, 3a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1985, 12, vols.
- CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediar, 1959, 3 vols.
- CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel, *El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México*, 2a. ed., México, UNAM, 1993.
- CASTILLO VELASCO, José María del, *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*, 3a. ed., México, Imprenta del Gobierno en Palacio, 1873.
- CASTRO, Juventino, El Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones. 7a. ed., México, 1990.
- ———, La procuración de la justicia federal, México, Porrúa, 1993.
- ———, La procuración de justicia. Un imperativo constitucional, México, Porrúa, 1994.
- DAVID, René, Le droit anglais, 3a. Ed., París, PUF, 1975.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, "La reorganización del Ministerio Fiscal español", en su obra *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1969, 3 vols.
- ———, Teoría general del derecho procesal, México, UNAM, 1992.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano, "El Ministerio Fiscal en España (Notas para una futura construcción de dicha figura y estudio de posición en el derecho procesal español)", Madrid, sobretiro de *Documentación jurídica*, Madrid, 1977.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La función constitucional del Ministerio Público", *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, 2a. ed., México, UNAM-Miguel Angel Porrúa, 1985, pp. 91-142.
- ——, "El Ejecutivo federal y el Poder Judicial", *El sistema presidencial mexicano.* (*Algunas reflexiones*), México, 1988, pp. 269-364.
- ——, "Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano", Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001, pp. 351-401.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "La acción en el proceso penal", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 759-770.
- ———, Los derechos humanos y el derecho penal, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988.
- ———, Curso de derecho procesal penal, 5a. ed., México, Porrúa, 1989.
- ———, "Desarrollos recientes del procedimiento penal mexicano", *XIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1993, pp. 285-298.
- ———, Proceso penal y derechos humanos, 2a. ed., México, Porrúa, 1993.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal administrativo mexicano*, 2a. ed., con la colaboración de José Luis Vázquez Alfaro, México, Porrúa, 1997.
- GOYET, Francisque, *Le Ministère Public en matière civile et en matière repressive et l'action publique*, 3a. ed., actualizada por Marcel Rousselet y Maurice Patin, París, 1953.
- GRANADOS, Francisco, *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, Madrid, Tecnos, 1989.
- HERNAO HIDRÓN, Javier, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, Santafé de Bogotá, Temis, 1992.
- HUERTA GRADOS, Sócrates, Ley de la Procuraduría General de la República. Estudio crítico, 2a. ed., México, Procuraduría General de la República, 1976.
- HURTADO POZO, José, El Ministerio Público, Lima, 1981.
- LA ROCHE, Humberto, *Instituciones constitucionales del Estado Venezolano*, 9a. ed., Maracaibo, 1984.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Derecho constitucional de las nuevas provincias*, Buenos Aires, Depalama, 1962.
- MACHORRO NARVÁEZ, Paulino, El Ministerio Público, la intervención de tercero en el procedimiento penal y la obligación de consignar según la Constitución, México, Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, 1941, reimpresa por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, Marcial Pons, 1992.
- MARTÍNEZ CERDA, Nicolás, *Funciones del Ministerio Público federal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Ricardo Couto, 1993.

- MASSA, Carlo, "Aspetti della riforma nel processo penale", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, julio-septiembre de 1963, pp. 753 y ss.
- MATOS ESCOBEDO, Rafael, "El juicio de amparo contra la indebida inercia del Ministerio Público", *Criminalia*, México, año XXIII, núm. 5, mayo de 1957, pp. 288 y ss., reimpreso por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.
- MAYERS, Lewis, *El sistema legal norteamericano*, trad. de Atanasio Sánchez y José Orríes, 2a. ed., Buenos Aires, 1969.
- MEDRANO VILLARREAL, Alberto, "La necesidad social y jurídica del juicio de amparo contra la indebida inercia del Ministerio publico", *XIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1993, pp. 419-423.
- MUNDAY, R.J.C., "Derecho procesal penal", en JOLOWICZ, J.A., *Derecho inglés*, trad. de Allan R. Brewer Carías y Luis Castro Leiva, Caracas, Editorial Jurídica Veracruzana, pp. 445-465.
- NELSON, Rita W., "The Opinion Function of the Federal Attorney General", *New York University Law Review*, octubre de 1950, pp. 825-843.
- OLEA Y LEYVA, Teófilo, "El artículo 21 constitucional. Ensayo sobre la intrasmutabilidad de las esencias procesales", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núms. 23 y 24, julio-diciembre de 1944, pp. 273-316, reproducido en el libro *El ministro Teófilo Olea y Leyva*, México, Suprema Corte de Justicia, 1993, pp. 721-785.
- ——, "El resarcimiento del daño a las víctimas del delito", *Resarcimiento del daño a las víctimas del delito*, en colaboración con José M. Ortíz Tirado, México, Jus, 1945, reproducido en la obra *El ministro Teófilo Olea y Leyva*, México, Suprema Corte de Justicia, 1993, pp. 621-717.
- ——, "Poderes el Ministerio Público en el proceso penal", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 1-2, enero-julio de 1951, pp. 403-408, reproducido en la obra *El Ministro Teófilo Olea y Leyva*, México, Suprema Corte de Justicia, 1993, pp. 808-818.
- OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, México, Harla, 1991. PALLARES, Jacinto, *El poder judicial*, México, Imprenta del Comercio, de Nabor Chávez, 1874, reimpresión, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1992.
- PINA, Rafael de, "La acción penal", en el libro *Derecho penal contempo*ráneo, México, 1965.

- PIÑA Y PALACIOS, Javier, "Origen del Ministerio Público en México", *Revista Mexicana de Justicia*, México, enero-marzo de 1984, pp. 44 y ss.
- FRADEL, Jean, Procédure penale, París, Cujas, 1990.
- RASSAT, Michèle-Laure, *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*, París, 1967.
- —, Procedure pénale, París, PUF, 1990.
- RUIZ, Eduardo, *Derecho constitucional mexicano*, 2a. ed., México, Tipografía de Aguilar e Hijos, 1904 (edición facsimilar, México, UNAM, 1978).
- SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 10a. ed., Santafé de Bogotá, Temis, 1992.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Poder judicial, bases para una reforma", *La reforma de las constituciones provinciales*, 2a. ed., Buenos Aires, Senado de la Nación, 1985.
- SILVA SILVA, Alberto, Derecho procesal penal, México, Harla, 1990.
- SPAGNA MUSSO, Enrico, "Problemi costituzionali del Pubblico Ministero", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, abril-junio de 1963, pp. 398-438.
- VAN RUMBEKE, Renaud, Le juge d'instruction, París, PUF, 1988.
- VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano, México, UNAM, 1991.
- VERPRAET, Georges, Le nouveau visage de la magistrature, París, 1965.
- ZAMORA PIERCE, Jesús, *Garantías y proceso penal*, 6a. ed., México, Porrúa, 1993.