



EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008

Miguel CARBONELL*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La acción penal a cargo de particulares.*
III. *La autonomía del Ministerio Público.* IV. *El principio de oportunidad.*
V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

En todos los procesos exitosos de reforma penal en América Latina, la figura del Ministerio Público o Ministerio Fiscal (dependencia de la denominación que tenga en cada país) ha jugado un papel central. Se puede decir, en consecuencia, que no hay o puede haber reforma procesal penal exitosa sin un acompañamiento de la parte acusadora igualmente exitoso.

Desde luego, las reformas penales en nuestro continente han venido a modificar de forma sustancial la manera en que se trabaja desde las fiscalías, pues la investigación de los delitos ha pasado de ser burocrática, ritualista y excesivamente formalizada, a ser un proceso dinámico, en buena medida basado en aportaciones científicas logradas por medio del trabajo de grupos inter-disciplinarios, a cargo de la tarea de coordinación policial y sirviendo de puente entre la policía y los jueces de control.¹

La reforma a la Constitución mexicana, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, no es la excepción.² Varias de sus disposiciones se refieren o afectan la forma de trabajo del Ministerio Público. Si

* Coordinador de la Unidad de Extensión Académica y Proyectos Editoriales del Instituto de Investigaciones Jurídicas; coordinador del área de Derecho constitucional; miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III.

¹ Duce, Mauricio y Riego, Cristián, *Proceso penal*, Santiago, Editorial Jurídica de las Américas, 2009, pp. 534 y ss.

² Una descripción de la reforma y sus principales ingredientes puede verse en Carbonell, Miguel, *Los juicios orales en México*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM-RENACE, 2011.

bien es cierto que el impacto de la reforma es menor, por ejemplo, que en el caso de Chile (en donde el Ministerio Público fue creado por su propia reforma, ya que anteriormente eran los jueces los que investigaban y acusaban a los procesados), también es verdad que será notable el cambio en la concepción y en el desempeño de nuestros Ministerios Públicos.

En lo que sigue nos vamos a limitar a enunciar brevemente dos de los cambios más importantes que, en referencia al Ministerio Público, trajo consigo la reforma de junio de 2008: la acción penal a cargo de particulares y el principio de oportunidad. Entre uno y otro tema abordaremos también, de forma breve, el tema de la autonomía del propio Ministerio Público, que fue uno de los grandes olvidos de la reforma de 2008.

Ahora bien, quizá sea oportuno apuntar al menos que la reforma constitucional de 2008 impacta por ejemplo al Ministerio Público en las siguientes cuestiones adicionales:

- a) Investigación compartida con la policía, según el artículo 21 de la carta magna.
- b) Administración (en parte) del sistema de medidas alternativas al proceso, ordenadas por el artículo 17 constitucional.
- c) Nuevo papel en el proceso, derivado de los principios enunciados en el artículo 20.
- d) Funcionamiento transparente en distintas etapas de su quehacer, por mandato del principio de publicidad (artículo 20) y de la nueva forma de articulación del proceso penal acusatorio y oral.
- e) Atención a víctimas a fin de que puedan ejercer sus derechos desde el momento de la investigación.

Pasemos ahora a los temas enunciados, referidos a la acción penal, la autonomía y el principio de oportunidad.

II. LA ACCIÓN PENAL A CARGO DE PARTICULARES

Aunque se trata, siguiendo la terminología de Luigi Ferrajoli, de una garantía orgánica más que procesal, creemos conveniente apuntar de forma muy somera la necesidad de que la reforma al sistema penal mexicano atienda el grave problema del monopolio de la acción penal en manos del Ministerio Público, sobre la base de lo que indica el párrafo segundo del artículo 21 de la Constitución mexicana, cuando señala: “El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determi-

nará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”.

Lo mejor que puede hacerse en este caso es caminar hacia un esquema de desarrollo legislativo que mantenga la obligación del Ministerio Público de investigar y perseguir los delitos (considerando también atribuciones para buscar salidas alternas al proceso), señalando en forma de catálogo los casos en que los particulares pueden, bajo ciertas circunstancias y cumpliendo determinados requisitos, solicitar también la apertura de un proceso penal.

No se trata de eximir al Ministerio Público de que cumpla con su tarea constitucionalmente ordenada de investigar y perseguir la comisión de delitos (artículo 21, párrafo primero, constitucional), ni de banalizar la acción penal, de forma que termine sirviendo para solucionar pleitos entre vecinos o rencillas conyugales. De lo que se trata, más bien, es de permitir que en ciertos casos los particulares no tengan que transitar necesariamente por esa aduana costosa, lenta, ineficaz y a veces corrupta que es en México el Ministerio Público, o al menos que no tengan que hacerlo siempre e indefectiblemente.

En cualquier caso, consideramos que el legislador debería poner en manos de los particulares el ejercicio de la acción penal cuando se trate de presuntos delitos cometidos por funcionarios públicos o dirigentes de partidos políticos. La falta de autonomía del Ministerio Público, a la que haremos referencia en el apartado inmediato siguiente, ha servido en México para encubrir a funcionarios públicos que han cometido delitos o para hacer consignaciones penales verdaderamente ridículas, cuyo único objetivo era obligar a los jueces competentes a sobreseer el juicio o declarar la inocencia del imputado. No parece muy sensato que siendo México uno de los países con mayor grado de corrupción en toda América Latina, no llegue al conocimiento de la jurisdicción penal más que un puñado de casos insignificantes en contra de funcionarios públicos. Esa distancia entre la corrupción imperante y la falta de responsabilidad penal solamente se explica por la connivencia entre el Ministerio Público y el resto de los órganos del Estado mexicano, basada, apuntalada y propiciada en un mal diseño institucional.

De ese diseño institucional trata, precisamente, el apartado que sigue, referido a la autonomía del Ministerio Público.

III. LA AUTONOMÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público juega un papel central en los procesos de reforma al sistema penal. Bajo un sistema de corte acusatorio-oral, el Ministerio

Público está llamado a desempeñar su función de forma muy distinta a la que tiene bajo un sistema inquisitivo. Para que su desempeño sea adecuado es necesario dotar al Ministerio Público de los medios necesarios para realizar eficaz y eficientemente su trabajo. Esto supone, para el caso mexicano, abordar el tema de su diseño institucional.

De hecho, podemos afirmar que el debate actual sobre el ministerio público se centra precisamente en el tema de su idónea o correcta ubicación institucional. En concreto, se discute si debe seguir siendo una instancia del Poder Ejecutivo o bien si se debe avanzar hacia su completa autonomía. No se trata, aunque pueda parecerlo, de una cuestión sencilla. Si fuera fácil tomar una decisión sobre este asunto es seguro que ya habría quedado resuelto desde hace años. Con todo, parece que en los últimos tiempos se ha venido forjando un cierto consenso entre los especialistas en el tema, que defienden abiertamente la necesidad de darle autonomía constitucional al Ministerio Público.³

Así por ejemplo, Sergio García Ramírez ha escrito que:

ha llegado el tiempo de que el Ministerio Público se asuma como órgano autónomo del Estado mexicano... En mi opinión debiera cumplirse de una vez la independencia de la institución, porque existe la necesidad y la posibilidad de hacerlo: un órgano autónomo recorrería con vientos más favorables su misión en el Estado moderno, que es el Estado de hoy. Vale la pena intentarlo. No sería aventura, sino culminación de un ascenso, favorecido por las nuevas circunstancias.⁴

Por su parte, Fix-Zamudio explica esta idea con las siguientes palabras:

...es preciso lograr que el Ministerio Público no dependa jerárquica y discrecionalmente del Poder Ejecutivo, tanto en el ámbito federal como de las entidades federativas, y en esta dirección basta pasar revista a los cambios recientes que se observan en varios ordenamientos latinoamericanos, en los cuales o bien se adscribe al Ministerio Público al Poder Judicial, o bien se le otorga autonomía respecto del Ejecutivo, con el objeto de conferirle una mayor independencia.⁵

³ Véase, por ejemplo, además de las citas que se incluyen enseguida, el punto de vista de Jorge Carpizo sobre el tema, en su libro *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte*, México, Porrúa-IMDPC, 2005.

⁴ García Ramírez, Sergio, "A manera de prólogo", en Fix-Zamudio, Héctor, *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, UNAM, 2002, p. 14.

⁵ *Ibidem*, p. 171.

La autonomía del Ministerio Público es necesaria, entre otras cuestiones, para permitir la eficaz persecución de los delitos cometidos desde el poder público. Si se combina la dependencia jerárquica del Ministerio Público con el monopolio de la acción penal en su favor, se tiene casi el peor de los escenarios posibles para combatir la corrupción y se incentivan fenómenos de protección de la clase político-partidista en el poder respecto de actos delictivos cometidos por funcionarios públicos o por militantes de la propia fuerza política.

Es de nuevo Sergio García Ramírez quien nos ilustra sobre el punto cuando sostiene que actualmente “existen las condiciones para recomendar la instalación del Ministerio Público como un órgano autónomo del Estado. Esto le daría, a los ojos de la opinión pública —en el nivel general o estatal—, una imagen de independencia conveniente para el desempeño de la institución”.⁶

El destacado constitucionalista Jorge Carpizo sostiene la imperiosa necesidad de otorgar autonomía plena al Ministerio Público, por las siguientes razones:

1. Realiza labor judicial extraordinariamente sensible para los derechos humanos.
2. Es una función técnica, que debe estar alejada de la política, los partidos políticos, el gobierno, los intereses de grupo o persona.
3. Son numerosos los casos de procuración de justicia que se determinan por razones políticas en contra de los derechos humanos y las pruebas contenidas en la investigación.
4. El peor sistema es aquel que hace depender jerárquicamente del Poder Ejecutivo a los fiscales. Al contrario, resulta indispensable garantizar a éstos la carrera ministerial y su independencia técnica.
5. Los aspectos que comprende la autonomía real del ministerio público son: la designación del procurador general, la creación de Consejos del Ministerio Público y de la policía de investigación, la carrera ministerial y policial, la autonomía presupuestal (...).⁷

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM también se ha pronunciado sobre la necesidad de otorgar plena autonomía a la Procura-

⁶ García Ramírez, Sergio, “Procuración de justicia y regulación penal de la delincuencia organizada”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 65.

⁷ Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 156.

duría General de la República, en un documento redactado a solicitud del Senado de la República. El Instituto afirma que:

El expolio de recursos públicos en nuestro país es una verdad que no requiere de comprobación; tampoco la impunidad que le acompaña y que la alimenta. Ello sugiere que los resultados del órgano encargado de investigar los delitos de corrupción gubernativa y electorales y de ejercer la correspondiente acción penal, no está bien diseñado para el logro de este fin. Por otro lado, la inseguridad sobre la vida, la libertad y la propiedad de los ciudadanos —su derecho a no tener miedo a realizar sus actividades cotidianas— suficientemente medida por cifras oficiales, también sugiere que es inadecuado el diseño para medir los resultados del desempeño, tanto del titular de dicha institución, como de cada uno de los agentes que investigan y ejercen la acción penal por delitos que afectan los derechos más básicos de los ciudadanos.

(...) la dependencia orgánica al Poder Ejecutivo de la institución encargada de la persecución de los delitos y la subordinación jerárquica de su titular al jefe del Ejecutivo, promueven el uso faccioso y por tanto arbitrario de tan importante poder punitivo del Estado.

(...) el IJUNAM propone la modificación de su diseño, para que la acción penal sea ejercida por un órgano no dependiente de un poder movido por motivaciones de partido; que la autonomía del órgano competente sea la más amplia que otorga la Constitución, esto es, que la PGR se transforme y se convierta en un órgano constitucional autónomo.

En este orden de ideas, es opinión del IJUNAM señalar que la función que realiza como órgano de persecución de los delitos debe ser considerada como función de Estado, sujeta únicamente a los mandatos de la Constitución y de las leyes.⁸

Como lo señala Perfecto Andrés,

...repensar seriamente el proceso penal, en particular la posición institucional de los sujetos encargados de gestionarlo y, más todavía, la del responsable del ejercicio de la acción pública, exige dotar a unos y otros de un estatuto que les haga realmente capaces de actuar con independencia y eficacia, desde la legalidad, sobre las manifestaciones delincuenciales que se produzcan en el interior del propio Estado.⁹

Según el mismo autor, como pone en evidencia el caso italiano en los procesos iniciados en el movimiento que fue conocido como *Mani Pulite*,

⁸ *La Reforma del Estado. Propuestas del IJUNAM para la actualización de las relaciones entre poderes del sistema presidencial mexicano*, México, 2009.

⁹ “Por un Ministerio Público dentro de la legalidad”, *Nueva Doctrina Penal*, Madrid, 1998, p. 439.

“sólo desde la independencia ha resultado posible hacer frente —en la limitada medida que cabe hacerlo, no nos engañemos— a la brutal evidencia de una clase política y un Estado masivamente delincuentes”.¹⁰

La dependencia orgánica del ministerio público respecto al poder ejecutivo no asegura el mejor cumplimiento del principio de legalidad, como lo había advertido desde hace décadas Francesco Carrara, quien al respecto sostenía que “si (el fiscal) estuviera encadenado al Poder Ejecutivo, será mentira llamarlo *representante de la ley*, no siendo sino un investigador *representante del gobierno*, que siempre pondrá el *querer de éste* por encima de la *voluntad de la ley*”.¹¹

La independencia o autonomía del Ministerio Público, finalmente, encajarían bien en una teoría garantista del derecho, pues, como afirma Luigi Ferrajoli, hay que extender a los órganos de la acusación penal

las mismas garantías de *independencia* y de *sujeción sólo a la ley*, reservadas a los órganos judiciales... lo que se precisa, en garantía de la obligatoriedad de la acción penal y por tanto de su sujeción sólo a la ley, es también la total autonomía del órgano encargado de su ejercicio, frente a cualquier poder o condicionamiento, y, además, la existencia de una policía eficiente, profesionalizada, a su vez libre de las injerencias del ejecutivo o de otros poderes, situada bajo su dependencia.¹²

La autonomía constitucional del Ministerio Público, en caso de ser aprobada, se debe complementar con la instauración de la carrera ministerial, semejante a la que existe en el ámbito judicial, que permitiría darles estabilidad en el cargo a los integrantes de las procuradurías de justicia, así como favorecer su profesionalización. La carrera ministerial tendría que ser administrada por una especie de “consejo del Ministerio Público”, semejante al consejo de la judicatura federal.¹³

Cabe señalar que la autonomía del Ministerio Público sería deseable en México sobre todo *luego* de haber instaurado el proceso penal acusatorio y oral, ya que de esa manera se moderarían los excesos que un órgano autónomo podría cometer. Las reglas del debido proceso legal aplicadas tanto a la parte sustantiva como a la procesal del derecho penal, moderarían ese riesgo y permitirían que la autonomía ministerial fuera muy positiva, siempre que se nombren para los cargos relevantes a las personas adecuadas.

¹⁰ *Ibidem*, p. 463.

¹¹ Citado por Andrés Ibáñez, Perfecto, “Por un Ministerio Público dentro de la legalidad”, *cit.*, p. 451.

¹² *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 570.

¹³ Fix-Zamudio, *Función constitucional del Ministerio Público*, *cit.*, p. 188.

Los países más representativos de América Latina que han realizado modificaciones a su proceso penal le han ido dando autonomía al Ministerio Público. Es el caso de Argentina, Bolivia, Colombia (que aunque tiene a su Ministerio Público afiliado a la rama judicial, le reconoce autonomía funcional), Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras y Venezuela.

El derecho comparado latinoamericano resulta muy ilustrativo en esta materia.

En los sistemas presidenciales latinoamericanos existe una marcada tendencia a otorgarle autonomía —al menos técnica— al Ministerio Público. Excepto en el caso de la República Dominicana, en donde el procurador general es nombrado y destituido libremente por el presidente, en *todos* los demás países intervienen en su designación el Poder Legislativo y el Ejecutivo, y en algunos casos inclusive sin intervención presidencial.

El Ministerio Público se encuentra dentro del Poder Judicial en países como Costa Rica, Panamá, Paraguay o Colombia (con sus peculiaridades en este último caso). Por el contrario, forma parte del Poder Ejecutivo en México, Uruguay y el citado caso de la República Dominicana. En Venezuela forma parte de otro poder, llamado Poder Ciudadano, que es completamente autónomo.

En países como Argentina, Brasil, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua o Perú, el Ministerio Público tiene total independencia. Siguiendo la terminología que empleamos en México, podemos decir que son órganos constitucionales autónomos. Cabe apuntar que en el caso peruano debe rendir cuentas al Poder Ejecutivo.¹⁴

Así pues, en términos generales, en el derecho comparado se observan tres alternativas claras sobre el encaje orgánico del Ministerio Público:

- Situarlo dentro del Ejecutivo, pero con un grado elevado de autonomía técnica, administrativa y funcional.
- Incluirlo dentro del Poder Judicial.
- Que sea un órgano constitucional autónomo.¹⁵

En el siguiente cuadro se observan los países latinoamericanos y la situación que guardan sus respectivos ministerios públicos.

¹⁴ Sobre el Ministerio Público en América Latina, véase Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, J. Jesús, “Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007: lectura regional comparada”, en Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, J. Jesús (coords.), *Reforma política y electoral América Latina 1978-2007*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-IDEA Internacional, 2008, pp. 80-85.

¹⁵ A este respecto, véase Fix-Zamudio, Héctor, “Presente y futuro del Ministerio Público en México”, *ibidem*, pp. 42-48.

MINISTERIO PÚBLICO EN LATINOAMÉRICA

<i>País</i>	<i>Titular de la institución</i>	<i>Fundamento constitucional</i>	<i>Naturaleza jurídica y nombramiento del titular</i>
Argentina	Procurador General de la República	Artículo 120	Autonomía técnica; nombrado por el Presidente con acuerdo de 2/3 del Senado
Bolivia	Fiscal General del Estado	Artículos 225 a 228	Autonomía técnica; nombrado por 2/3 de la Asamblea Legislativa Plurinacional
Brasil	Procurador General de la República	Artículos 127 a 130	Autonomía técnica; nombrado por el Presidente con la aprobación de la mayoría absoluta del Senado
Chile	Fiscal Nacional	Artículo 80	Autonomía técnica; nombrado por el Presidente a propuesta de la Corte Suprema y con acuerdo de 2/3 del Senado
Colombia	Fiscal General de la Nación	Artículos 249 a 253	Autonomía técnica; nombrado por la Corte Suprema a propuesta en terna del Presidente
Costa Rica	Fiscal General de la República	Artículos 1, 13 y 23 (Ley Orgánica del Ministerio Público)	Autonomía técnica; nombrado por la mayoría absoluta de la Corte Suprema de Justicia
Ecuador	Fiscal General del Estado	Artículos 194 a 197	Autonomía técnica; nombrado por la Asamblea Nacional y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social
El Salvador	Fiscal General de la República	Artículos 131-19 y 191 a 194	Autonomía técnica; elegido por la Asamblea Legislativa
Guatemala	Fiscal General	Artículo 251	Autonomía técnica; nombrado por el Presidente de una nómina de seis candidatos elegidos por la Comisión de Postulación
Honduras	Procurador General de la República	Artículos 228 a 231	Autonomía técnica; nombrado por el Congreso Nacional
México	Procurador General de la República	Artículos 76-II, 89-IX y 102-A	Nombrado por el Presidente, con la ratificación del Senado

MINISTERIO PÚBLICO EN LATINOAMÉRICA (continuación)

<i>País</i>	<i>Titular de la institución</i>	<i>Fundamento constitucional</i>	<i>Naturaleza jurídica y nombramiento del titular</i>
Nicaragua	Fiscal General de la República	Artículos 138-9 y 150-14	Elegido por la Asamblea Nacional con el 60% de votos del total de diputados presentes, de listas separadas, propuestas por el Presidente de la República y por los diputados, en consulta con las asociaciones civiles pertinentes
Panamá	Procurador General de la República	Artículos 161-4, 200-2 y 219 a 224	Autonomía técnica; nombrado por el Presidente con acuerdo del Consejo de Gabinete y aprobación de la Asamblea Legislativa
Paraguay	Fiscal General del Estado	Artículos 266 a 272	Autonomía técnica; nombrado por el Presidente con acuerdo del Senado, a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura
Perú	Fiscal de la Nación	Artículos 158 a 160	Autonomía técnica; elegido por la Junta de Fiscales Supremos
Uruguay	Ministerio Público y Fiscal	Establecido legalmente	Autonomía técnica; nombrado por el Presidente, con acuerdo de 3/5 del Senado
Venezuela	Fiscal General de la República	Artículos 273, 279 y 284 a 286	Independencia y autonomía; nombrado por 2/3 de la Asamblea Nacional de terna del Comité de Evaluación del Poder Ciudadano

FUENTE: elaboración propia con base en Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, J. Jesús, "Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007: lectura regional comparada", en Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, J. Jesús (coords.), *Reforma política y electoral América Latina 1978-2007*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-IDEA Internacional, 2008, pp. 83-85. Agradezco la colaboración y ayuda de José Carbonell para la integración de los datos que aparecen en el presente apartado.

Ahora bien, luego de haber detallado los temas de la desaparición del monopolio de la acción penal y de la autonomía del Ministerio Público, es

necesario poner de manifiesto que todos esos cambios deben propender hacia la evidente necesidad de que el Ministerio Público (con o sin monopolio, con o sin autonomía constitucional) realice una investigación científica del delito.

Esto es esencial para el nuevo modelo de procedimiento penal mexicano, pues de esa manera podrá allegar al juez competente los elementos de carácter técnico que no ofrece en el sistema inquisitivo (basado fuertemente en la confesión y en otras pruebas de baja calidad científica).¹⁶ En el nuevo paradigma del enjuiciamiento penal el Ministerio Público deberá ir más allá —mucho más allá— de lo que ahora hace en el sistema inquisitivo, a fin de vincularse con los avances científicos y ponerlos al servicio de los fines del proceso.

IV. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El párrafo sexto del artículo 21 constitucional incorpora el principio de oportunidad en los siguientes términos: “El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”.

Del contenido de este párrafo se derivan distintas consecuencias para el intérprete constitucional. La primera es la puramente conceptual: ¿qué significa el principio de oportunidad? En segundo lugar, el párrafo en cuestión nos obliga a identificar a los actores involucrados en su aplicación, así como las actuaciones concretas que deben realizar para llevarlo a la práctica. Comencemos por definir al principio de oportunidad.

Alberto Bovino explica que:

Frente al reconocimiento de la imposibilidad fáctica de perseguir todos los delitos, surge el principio de oportunidad, según el cual, cuando se toma conocimiento de hechos punibles, puede no iniciarse o suspenderse la persecución penal, por razones de conveniencia, de utilidad o de asignación de recursos. A través de su aplicación, se pretende racionalizar la selección que necesariamente tendrá lugar en la práctica, a partir de criterios distintos —explícitos y controlables— de los que aplica informalmente todo sistema de justicia penal.¹⁷

¹⁶ Véase sobre el tema Taruffo, Michele, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México, núm. 20, 2005.

¹⁷ Bovino, Alberto, *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 226.

El párrafo sexto del artículo 21 señala que será el Ministerio Público el que considere si cabe o no aplicar el criterio de oportunidad. Esta determinación parece lógica en tanto que es el propio órgano ministerial el encargado de ejercer la acción penal pública. Pero el mismo párrafo señala que el ejercicio de esta facultad discrecional estará limitado por “los supuestos y condiciones que fije la ley”. Es decir, el legislador (tanto el federal como el local) tiene la obligación primaria de determinar dos cuestiones: los supuestos específicos en que puede aplicarse el criterio de oportunidad, así como las condiciones para su ejercicio.

De esta forma, si el legislador lleva a cabo de forma prudente y responsable su tarea, tendremos una facultad bien regulada que permitirá al Ministerio Público enfocar sus esfuerzos a los casos más graves y peligrosos, seleccionando con base en la ley de entre todo el universo de conductas punibles que llega hasta su conocimiento.¹⁸

No sobra mencionar que el ejercicio de esta facultad conlleva riesgos, pero estimamos que su inclusión en el texto constitucional es positiva en virtud de las siguientes consideraciones:

- a) Tradicionalmente en México ha estado formalmente sujeto al principio de legalidad el ejercicio de la acción penal; el principio de oportunidad supone un cambio de fondo en las concepciones tradicionales y un reto para los principales actores involucrados (para el legislador en primer término, pero sobre todo para el Ministerio Público encargado de su implementación práctica). Los datos estadísticos que se han mostrado al inicio de este libro acreditan que la visión tradicional ha sido un clamoroso fracaso, por lo que este principio puede suponer un incentivo para que el Ministerio Público ajuste a la ley su criterio para ejercer o no ejercer la acción penal.
- b) No desconocemos el hecho de que el principio de oportunidad, por sí mismo, no resuelve los grandes problemas del sistema penal mexicano, pero se le debe entender e interpretar dentro de un contexto más amplio de cambio profundo del propio sistema. La constitucionalización del principio nos permitirá observar con lupa en qué casos el Ministerio Público deja de ejercer la acción penal de acuerdo a la ley y en qué otros lo hace por corrupción, por negligencia o por desidia. Recordemos que el principio de oportunidad se debe regular junto a

¹⁸ Una guía interesante para el quehacer legislativo se encuentra por ejemplo en el artículo 22 del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica, que en sus distintos incisos regula el principio de oportunidad; también puede verse, sobre el mismo tema, el artículo 170 del Código de Procedimientos Penales de Chile.

mecanismos como los medios alternativos al proceso, la suspensión a prueba del proceso, el procedimiento abreviado, la primacía de la reparación del daño, etcétera; se trata de instrumentos novedosos, no muy conocidos en las vertientes tradicionales del proceso penal, pero que son exigidos por una realidad que nos ha rebasado completamente. Además, como es obvio, su introducción en el ordenamiento jurídico mexicano responde a una nueva racionalidad procesal.

- c) El criterio de oportunidad permite, si es bien aplicado, privilegiar la calidad por encima de la cantidad, así como tomar en cuenta criterios globales de eficacia del sistema. La determinación legislativa de los “supuestos y condiciones” en que se puede aplicar nos permite construir un esquema lo suficientemente general para que el principio no se convierta en una puerta para “legalizar la corrupción” que existe en algunos ministerios públicos.

El principio de oportunidad tiene fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, las Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, conocidas como Reglas de Tokio, señalan en su parte II.5. (dentro de las disposiciones previas al juicio), lo siguiente:

5.1. Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda.

V. CONCLUSIÓN

Los procesos de reforma penal en América Latina han tenido entre sus protagonistas al Ministerio Público. México no puede ni debe ser la excepción. El nuevo procedimiento penal mexicano, acusatorio y oral, supone nuevas exigencias y nuevos horizontes para la figura ministerial.

Una parte de esas exigencias y esos horizontes se podrán ir perfilando a partir de lo que establezcan normas jurídicas, pero otra parte —igualmente importante— tiene que ver con la reingeniería de la institución, a fin de

que su funcionamiento en la práctica esté a la altura del reto que supone la transformación de la justicia penal prevista por la reforma del 18 de junio de 2008.

Lo anterior implica que las modificaciones al Ministerio Público deberán hacerse y basarse en normas jurídicas, pero también implica que el cambio jurídico no lo es todo. Se requiere una nueva forma de trabajar, una perspectiva que sepa integrar elementos científicos de prueba y que responda a las nuevas necesidades de capacitación de los agentes ministeriales.

Como puede verse, el reto no es menor para el Ministerio Público. Nadie ha dicho nunca que fuera a ser fácil transformar el sistema de justicia penal en México, pero creo que con la reforma de 2008 se están sentando las bases para un modelo mucho más transparente y eficaz. La prueba más importante, sin embargo, será la que arroje la realidad, de modo que habrá que esperar todavía un tiempo para ver si la reforma pudo plasmarse en cambios sustantivos y si el Ministerio Público, en efecto, estuvo a la altura del reto que supone.