

NUEVAS REFLEXIONES SOBRE EL MINISTERIO PÚBLICO

Héctor FIX-ZAMUDIO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Recientes transformaciones del Ministerio Público en México. III. Las difíciles relaciones entre el Ministerio Público y el Poder Judicial. IV. El Ministerio Público como investigador. V. El Ministerio Público como acusador. VI. Ministerio Público y abogacía de Estado. VII. Perspectivas del Ministerio Público en México. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. Con motivo del merecido libro de homenaje que el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM ha promovido para honrar a uno de sus más distinguidos miembros, el notable jurista Sergio García Ramírez, tenemos un gran interés en colaborar en ese reconocimiento tan justificado con un breve y sencillo ensayo sobre la situación actual del Ministerio Público en México, en un momento en que las funciones de la institución se encuentran sometidas a una intensa polémica, ya que, a pesar de las recientes reformas constitucionales y legales de que ha sido objeto, todavía no se encuentra una solución que pueda considerarse satisfactoria.

2. Elegimos este tema debido a que Sergio García Ramírez ha realizado aportaciones doctrinales fundamentales sobre el conocimiento de esta importante institución de procuración de justicia y, por ello, podemos afirmar sin exageración que es el estudioso mexicano que la conoce con mayor profundidad, pero, además, en virtud de que el homenajeado ha vivido con intensidad las funciones de jefe del Ministerio Público, a cuyo desarrollo legislativo y en la práctica ha contribuido de manera decisiva:

¹ Investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro de El Colegio Nacional.

como es conocido, ocupó de manera muy distinguida los cargos de procurador general de Justicia del Distrito Federal (1970-1976) y de procurador general de la República (1982-1988), durante los gobiernos de los presidentes Luis Echeverría y Miguel de la Madrid, respectivamente.

3. Consideramos, por tanto, que Sergio García Ramírez es el paradigma del Ministerio Público mexicano y, por ello, como un modesto testimonio de admiración por el estudioso y por el funcionario, cualidades que son muy difíciles de combinar, tenemos el atrevimiento de redactar unas líneas superficiales sobre la situación actual de esta institución en nuestro país, en un momento complejo en el cual se discute con acaloramiento sobre sus funciones y sobre su encuadramiento.

4. El enfoque que pretendemos dar a nuestras reflexiones se sitúan esencialmente en los campos del derecho constitucional y de los derechos humanos, materias en las cuales Sergio García Ramírez ha incursionado con gran agudeza,² ya que no poseemos los profundos conocimientos del homenajeadado en las ciencias penales, tanto sustantivas como procesales. Lo cierto que, en este momento, existe una revisión profunda de la estructura y funcionamiento del Ministerio Público, ya que se han efectuado modificaciones constitucionales y legislativas, algunas muy recientes, que alteran el concepto tradicional de la institución, a lo cual deben agregarse los debates doctrinales y los cambios en la jurisprudencia.

5. En efecto, a partir del texto original del artículo 21 de la carta federal de 1917, tanto la legislación secundaria, federal y de las entidades federativas, así como también la jurisprudencia atribuyeron al Ministerio Público, particularmente en el campo del procedimiento penal, que es el más importante en las funciones de la institución, una participación que algún sector de la doctrina ha calificado como “desorbitada”, en cuanto a la instrucción inicial o averiguación previa, así como respecto al monopolio en el ejercicio de la acción penal, todo lo cual se reflejaba en su papel protagónico, inclusive durante la etapa del juicio ante el juez de la causa.³ Paulatinamente se ha modificado esta situación, especialmente

² García Ramírez, Sergio, *Proceso penal y derechos humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 1993.

³ En este momento nos limitamos a citar el reciente estudio de la distinguida penalista Islas de González Mariscal, Olga, “El Ministerio Público en la Constitución”, en Rabasa, Emilio O. (coord.), *Ochenta años de vida constitucional en México*, México, Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 431-454, autora que afirma en una de sus conclusiones: “las facultades, casi ilimitadas, del Ministerio Público lo convirtieron en un poder omnipotente y, como consecuencia, en un instrumento idóneo para cometer todo tipo de injusticias y, por lo mismo, tan temido por la sociedad”. *Ibidem*, p. 453.

con las reformas constitucionales de 1993 y 1996, en las que se restringieron estas atribuciones, con la pretensión, que desafortunadamente no se ha logrado, de lograr un equilibrio en las relaciones entre el propio Ministerio Público y el juzgador.

6. En un momento en que se ha incrementado de manera considerable la inseguridad de la sociedad mexicana, no sólo por la actividad de los ilícitos tradicionales sino también y de manera ostensible por la acción de la llamada delincuencia organizada, la que tiene su expresión más visible en el narcotráfico, el examen sobre la intervención del Ministerio Público en la investigación y en la acusación para reprimir los citados ilícitos se ha vuelto cada vez más crítica, y por ello se encuentra en la Cámara de Senadores el estudio de una nueva iniciativa presidencial sobre reformas constitucionales que se relaciona de forma muy sensible con el Ministerio Público. De ahí la importancia de reflexionar nuevamente sobre esta institución. Sergio García Ramírez, con su gran experiencia y sus extensos conocimientos, ha hecho varios análisis de gran profundidad sobre estos cambios y los que se han proyectado,⁴ y son estas aportaciones del destacado jurista las que nos han animado a escribir estas líneas, que no pueden ser tan autorizadas como las suyas, pero sí una sencilla contribución al debate, de gran trascendencia no sólo para la procuración sino también para la impartición de justicia, que se encuentran tan relacionadas, como el mismo García Ramírez lo ha puesto de relieve.

II. RECIENTES TRANSFORMACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO

7. Sergio García Ramírez afirma en un estudio reciente: “en lo que toca al Ministerio Público, en el derecho mexicano pocas instituciones tan dinámicas como ésta. Estuvo sujeta a muy recientes modificaciones, amparadas en numerosas leyes orgánicas y reglamentarias. Ha sido constante —y hoy día crece— la intención de revisar esta figura, abolir sus rasgos autóctonos y darle un ‘aire internacional’ ”.⁵ Tenemos la convicción de que esta transformación es inevitable, y que debemos lograr un

4 Citamos por el momento el excelente libro de García Ramírez, Sergio, *Poder Judicial y Ministerio Público*, México, Porrúa-UNAM, 1996, especialmente sus trabajos “Bases constitucionales del Ministerio Público”, y “El Ministerio Público y la reforma constitucional de 1994 (antecedentes, contexto y novedades)”, pp. 153-182, y 183-240.

5 García Ramírez, Sergio, “Bases constitucionales del Ministerio Público”, *cit.*, nota 4, p. 182.
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

sano equilibrio entre la tradición de nuestro sistema jurídico (autóctono), y la evolución que se observa en otros ordenamientos jurídicos, especialmente los latinoamericanos que nos son más “próximos”, debido a que estamos observando no sólo una “globalización” de la economía, sino además de las instituciones jurídicas, y también por lo que se refiere a la represión penal, debido a que la delincuencia, especialmente la organizada, alcanza ya perfiles de carácter transnacional, respecto de la cual es preciso encontrar soluciones más adecuadas, por la insuficiencia de las tradicionales.⁶

8. Los cambios han sido menos intensos en cuanto a la estructura y funciones del Ministerio Público hasta los principios de esta década, en la cual comenzó una transformación no siempre afortunada, pero con el propósito de reducir las atribuciones exageradas de la institución. Esta evolución sustancial se inició con las reformas a los Códigos de Procedimientos Penales, federal y distrital, publicadas en diciembre de 1990, que fueron propuestas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, con las cuales, en nuestro concepto, el juez penal recuperó sus facultades de decidir sobre la culpabilidad o inocencia del inculpado, que se habían menoscabado en beneficio del propio Ministerio Público, en virtud de una interpretación indebida del alcance del artículo 21 constitucional por parte del legislador, como lo puso de relieve un sector de la doctrina.⁷

9. A) Esas propuestas de la Comisión Nacional de Derechos Humanos fueron aceptadas, con ligeras modificaciones, por el titular del Ejecutivo federal, que las transformó en iniciativa presentada al Congreso de la Unión, y éste la aprobó con una mayoría muy sustancial, pues existió consenso en los diversos partidos representados en la Cámara de Diputados. Dichas reformas legislativas entraron en vigor en enero de 1991.

a) 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 298-304 del Código de Procedimientos Penales federal y los artículos 660-667 del Código de Procedimientos Penales

6 Cfr. García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, México, Porrúa-UNAM, 1997, y Andrade Sánchez, Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, México, UNAM-Senado de la República, LVI Legislatura, 1996.

7 Cfr. Castro, Juventino V., *EL Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones*, 9a. ed., México, Porrúa, 1996, pp. 53-93, y Castillo Soberanes, Miguel Ángel, *El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México*, 2a. ed., México, UNAM, 1992, pp. 107-133.

distrital, en los casos de sobreseimiento siempre será el juez el que decidirá si procede o no. Anteriormente, 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.

10. De acuerdo con las mencionadas disposiciones vigentes, 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 de fondo del proceso, de acuerdo con una concepción extrema del principio acusatorio, lo que se acentuaba debido a que el ofendido no tenía carácter de parte, ni siquiera accesoria, y por lo tanto carecía de la posibilidad de continuar la acusación en defecto del propio Ministerio Público, situación que se ha modificado en la actualidad (*vid. infra*, párrafos 27-28 y 50-54).

11. *b)* Otra disposición importante de los mismos 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 sustituía al juzgador en su facultad establecida por el mencionado artículo 21 de la carta 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, al haberse conferido anteriormente esta decisión, se 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.⁸

12. Con las citadas reformas de 1991, el juez recuperó sus facultades de decidir sobre la culpabilidad o inocencia del inculpado, que como hemos dicho están establecidas en el artículo 21 constitucional; en conse-

⁸ Cfr. García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 219-221, sobre la diferencia de los principios de oportunidad y de legalidad en materia penal.
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

cuencia, se atenuaron positivamente las exageradas e inaceptables prerrogativas que se habían otorgado al Ministerio Público, en virtud de una indebida interpretación del citado precepto constitucional por parte del legislador.⁹

13. c) Otras reformas importantes, también de 1991, se refieren a la institución esencial de la confesión del inculcado, particularmente durante el periodo de 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 que anteriormente se llamaba Policía Judicial. Los Códigos Procesales mexicanos así como la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia¹⁰ habían admitido la validez de la propia declaración que se rendía ante los agentes de la misma Policía Judicial por considerarse espontánea, y quedaba a cargo del afectado la demostración de que dicha confesión había sido obtenida bajo coacción (*vid. infra*, párrafo 39).

14. Lo anterior provocó graves abusos por parte de los citados agentes policiacos, ya que para ellos era mucho más sencillo presionar a los sospechosos de los hechos ilícitos, que realizar una verdadera investigación técnica para reunir la información necesaria para comprobar los elementos materiales del delito y la presunta responsabilidad de los acusados. Por otra parte, no existía y probablemente todavía no existe conciencia entre dichos agentes policiacos de que la confesión en el proceso penal moderno ya no es la reina de las pruebas, sino un simple indicio que debe ser complementado con otros medios de convicción.¹¹

15. Las modificaciones a los artículos 207 y 287 del Código de Procedimientos Penales federal y a los artículos 136 y 249 del Código de Procedimientos Penales distrital dieron una solución razonable a estos problemas; en primer término, al establecer un concepto de la confesión del procesado, 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 de delito con las formalidades señaladas en el artículo 20 constitucional.¹²

9 Cfr. Castro, Juventino V., *op. cit.*, nota 7, pp. 53-93, y Castillo Soberanes, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 7, pp. 107-133.

10 Cfr. las anteriores tesis números 469, 482 y 480, pp. 816, 836 y 832, *cit. infra*, nota 32.

11 Cfr. García Ramírez, Sergio, "Desarrollos recientes del procedimiento penal mexicano", *XIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1993, pp. 285-297.

12 La fracción II del artículo 20 de la carta federal, en su redacción actual, establece que "no podrá [el inculcado] ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda

16. En segundo lugar, dichos preceptos exigen para que esta confesión pueda tener validez en el proceso respectivo que se exprese únicamente ante el Ministerio Público o ante el juez, pero siempre con la presencia del defensor o de la persona de la confianza del acusado, y éste debe estar debidamente enterado del proceso y del procedimiento.

17. Estos lineamientos se complementaron con una categórica disposición en el sentido de que la (entonces) *Policía Judicial sólo podrá recibir informes, pero no obtener confesiones; si lo hace, éstas carecerán de valor probatorio* (artículos 59 y 3o. ambos último párrafo de los Códigos de Procedimientos Penales federal y distrital). Con estos preceptos se suprimió cualquier posibilidad de que los agentes policiacos presionen a los sospechosos, ya que en ese supuesto, además de los ilícitos que pudieran cometer, las declaraciones respectivas no pueden ser tomadas en cuenta en el proceso.¹³

18. B) Una segunda etapa de reformas se introdujeron con las modificaciones constitucionales publicadas el 3 de septiembre de 1993, de las cuales hacemos referencia únicamente a aquéllas que afectaron la actividad del Ministerio Público; entre ellas debemos destacar la efectuada al texto del artículo 16 constitucional en relación con el plazo de detención administrativa efectuada por el propio Ministerio Público, pues antes dicho lapso no existía. En efecto, en la parte relativa de dicha modificación se dispuso que

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 motive 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

incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio”.

¹³ Cfr. García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 11, pp. 285-287, y Fix-Zamudio, Héctor, “La institución el Ministerio Público y su carácter de representante social. Una revaloración”, *La procuración de justicia. Problemas, retos y perspectivas*, México, Procuraduría General de la República, 1993, pp. 289-292.

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.

19. Dicho 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, los supuestos en los cuales no se requiere la previa orden judicial de aprehensión para detener a un sospechoso: los casos de urgencia en que no exista en el lugar autoridad judicial, y los de flagrancia, en los que inclusive cualquier persona puede detener al inculcado.¹⁴

20. 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 a disposición de la autoridad judicial, y por supuesto carecía de facultades para ordenar dicha detención administrativa. Había predominado la idea de que el propio 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,¹⁵ precepto que fue suprimido en las citadas reformas de 1993, por estar mal situado, y algunas de sus disposiciones se incorporaron al texto del artículo 19 de la carta federal.¹⁶ La parte relativa de la anterior fracción XVIII del artículo 107 constitucional, rectamente interpretado, implicaba

14 Cfr. García Ramírez, Sergio, "Bases constitucionales del Ministerio Público", en García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 4, pp. 156-161, y Ovalle Favela, José, "Artículo 16", en Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, México, McGraw-Hill, 1996, pp. 20-2119.

15 Este precepto disponía anteriormente: "los alcaides y carceleros que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión de un detenido, dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19, contadas desde que aquél esté a disposición de su juez, deberán llamar la atención de éste sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, lo podrán en libertad.

Los infractores del artículo citado y de esta disposición serán consignados inmediatamente a la autoridad competente.

También será consignado a la autoridad o agente de ella, el que realizada una aprehensión, no pusiere al detenido a disposición de su juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Si la detención se verificare fuera del lugar en que reside el juez, al término mencionado se agregará el suficiente para recorrer la distancia que hubiere entre dicho lugar y el en que se efectuó la detención".

16 La disposición incorporada al actual artículo 19, establece: "[...] los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado [setenta y dos horas] deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes podrán al inculcado en libertad".

que el plazo de veinticuatro horas señalado en el mismo sólo podía aplicarse a los supuestos de la ejecución de las órdenes judiciales de privación de la libertad y no a la detención administrativa.

21. Esta omisión del constituyente de Querétaro sobre la detención administrativa en los dos casos de urgencia y flagrancia provocó numerosos abusos en la práctica, que en muchas ocasiones no se debían a una intención dolosa o negligencia grave del Ministerio Público a quien se entregaba al detenido, sino por imposibilidad material de reunir, en esas condiciones, en las que no se había efectuado una investigación preliminar anterior, los elementos necesarios para el ejercicio de la acción penal. En los países en que, de acuerdo con el modelo francés, la indagación previa se sigue bajo la dirección del Ministerio Público, pero bajo la vigilancia del juez de instrucción, esta situación se resuelve fácilmente debido a que se tiene siempre la disponibilidad de dicho juez para autorizar la detención; pero, cuando no existe esta institución, el propio Ministerio se encuentra obligado a realizar una investigación preliminar, así sea muy rápida, para poder fundamentar la consignación, que no puede hacerse sin un principio de prueba sobre los elementos materiales del delito o al menos algunos indicios sobre la presunta responsabilidad del inculcado.

22. Si pasamos revista a las diversas Constituciones latinoamericanas, la mayoría de ellas establecen 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 posibilidad de ejercitar la acción penal. De manera sintética, podemos citar las cartas fundamentales de: Bolivia, artículos 10 y 11, *veinticuatro horas*; Colombia, artículo 28, *treinta y seis horas*; Costa Rica, artículo 44, *cuarenta y ocho horas*; Chile, artículo 7o., *veinticuatro horas*; República Dominicana, artículo 8.2, *cuarenta y ocho horas*; Ecuador, artículo 22, inciso 19, h), *24 horas*; El Salvador, artículo 13, *setenta y dos horas*; Guatemala, artículo 6o., *seis horas*; Haití, artículo 24, 2, *cuarenta y ocho horas*; Honduras, artículo 71, *veinticuatro horas*; Nicaragua, artículo 33.1, *setenta y dos horas*; Panamá, artículo 21, *veinticuatro horas*; Paraguay, artículo 2.5, *veinticuatro horas*; Perú, artículo 24, f), *veinticuatro horas*, si bien, para los supuestos de terrorismo, narcotráfico y espionaje, la detención en el Perú puede prolongarse hasta quince

días, sin intervención judicial. Debe tomarse en cuenta, además, que existen diferencias en estos ordenamientos sobre la averiguación, ya que en algunos de ellos existe fiscalización judicial en la fase de la indagación preliminar.¹⁷

23. Por tanto, nos parece correcto el plazo de cuarenta y ocho 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, y aun así, en algunos casos, puede ser corto en los supuestos en los que la averiguación previa se confiera en su totalidad al Ministerio Público.¹⁸ Establecer un plazo menor resulta ilusorio, como el caso extremo del ordenamiento de Guatemala, que lo fija en seis horas. Tratándose del cumplimiento de la orden judicial de aprehensión, la situación es diversa, puesto que debe existir 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.

24. Tenemos la convicción de que la citada disposición constitucional sobre la detención preventiva puede corregir 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, la flexibilidad que se establece, al autorizar que pueda duplicarse ese plazo tratándose de la llamada delincuencia organizada, también nos parece justificada, ya que en esos supuestos (los casos del narcotráfico y los asaltos bancarios son notorios) generalmente se presentan ante el Ministerio Público varios o numerosos detenidos, lo que hace muy compleja la indagación previa.

25. Otra atribución que se otorgó al Ministerio Público en la reforma de 1993 al artículo 16 de la carta federal es el relativo a la *orden de detención*, que puede dictar el Ministerio Público “sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el iniciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón

17 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 13, pp. 294-295, y Fix-Zamudio, Héctor, “El nuevo marco constitucional en materia penal”, *La importancia y perspectiva de las reformas penales*, México, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 1994, pp. 38-39.

18 Cfr. Castillo Soberanes, Miguel Ángel, “El Ministerio Público en México. Su pasado y su futuro”, *Jurídica, Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 26, 1996, p. 269, considera que dicho plazo es todavía mínimo e insuficiente, si se toma en cuenta la necesidad de que el Ministerio Público pueda ejercitar correctamente la acción penal.

de la hora, lugar o circunstancia”; pero, en esa hipótesis, el citado Ministerio debe fundar y expresar los indicios (en realidad, presunciones) que motiven su proceder. Sin embargo, para evitar abusos en dicha orden de detención, el mismo artículo 16 constitucional dispone que “*en 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*”.¹⁹

26. Además de esas atribuciones que las reformas constitucionales de 1993 confirieron al Ministerio Público, las mismas modificaciones realizaron un cambio, que nos parece significativo, al sustituir el clásico concepto del *cuerpo del delito*, que ya había sido explorado y precisado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, por la nueva noción, de carácter estrictamente académico, de *elementos del tipo penal*,²⁰ lo que complica de manera sustancial las averiguaciones previas que debe realizar la policía, anteriormente calificada como judicial, bajo la dirección del propio Ministerio Público, como lo señalaremos más adelante (*vid. infra*, párrafo 47).²¹

27. D) Las reformas constitucionales, publicadas el 31 de diciembre de 1994, introdujeron cambios sustanciales en la organización y funciones del Poder Judicial federal, a las que no haremos referencia en esta oportunidad, ya que únicamente mencionaremos las modificaciones que afectaron la situación del Ministerio Público. La más importante fue la adición de un nuevo párrafo en el artículo 21 de la carta federal, para establecer: “*las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley*”. Esta norma, que todavía se presta a polémicas, deriva de un amplio debate doctrinal sobre

19 Cfr. García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 8, p. 576, había propuesto que se hiciera una reforma constitucional, como efectivamente se hizo, para autorizar la orden de detención por parte del Ministerio Público, en casos plenamente justificados, por breve plazo y sujeta a la confirmación por la autoridad judicial.

20 La parte respectiva del artículo 16 constitucional establece: “no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado [...]”.

21 Cfr. García Ramírez, Sergio, *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1995, pp. 41-53.

el alcance del monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.²²

28. Este cambio modificó sustancialmente la concepción que se había desarrollado en la legislación y en la jurisprudencia sobre el absoluto monopolio por parte del Ministerio Público federal, de acuerdo con una interpretación, a nuestro modo de ver, excesiva, sobre el alcance del citado artículo 21 constitucional, lo que había extralimitado las funciones del propio Ministerio Público, y había propiciado el predominio del criterio de oportunidad sobre el estricto de legalidad. También había alentado excesos por parte del Ministerio Público por lo que respecta al contenido del mismo proceso penal, en menoscabo de las facultades del juez de la causa sobre la imposición de las penas, que el mismo artículo 21 de la carta federal considera como “propia y exclusiva de la autoridad judicial”.²³

29. Con las reformas constitucionales de diciembre de 1994, se modificaron algunos aspectos de la Procuraduría General de la República, por lo que indirectamente afectaron a las funciones del Ministerio Público. La primera se refirió a la supresión de la función de asesoría jurídica del gobierno federal por parte del titular de la propia Procuraduría, establecida en el texto original del artículo 102 de la carta federal.²⁴ El último párrafo del apartado A del artículo 102 constitucional establece en la actualidad: “la función de consejero jurídico del Gobierno, estará a cargo de la dependencia del Ejecutivo Federal que, para tal efecto, establezca la ley”. Otra modificación introducida por las mencionadas reformas constitucionales se refiere al nombramiento del procurador general, que desde la vigencia de la carta federal de 1917 correspondía hacerlo de manera discrecional al presidente de la República, el cual también estaba facultado para destituirlo libremente. El nuevo texto dispone que el citado procurador es designado por el titular del Ejecutivo federal con ratificación del Senado o, en sus recesos, por la Comisión Permanente, pero puede ser removido libremente por el mismo presidente de la República,

22 Cfr. Castro, Juventino V., *op. cit.*, nota 7, pp. 127-140; Castillo Soberanes, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 7; Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 13, pp. 306-307, y García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 4, pp. 228-236.

23 Cfr. Islas de González Mariscal, Olga, *op. cit.*, nota 3, p. 440, afirma que el no ejercicio de la acción penal no es una facultad del Ministerio Público incluida en el artículo 21 constitucional.

24 El texto del último párrafo del apartado A del artículo 102 constitucional anterior a la reforma de diciembre de 1994 disponía: “el Procurador General de la República será el consejero jurídico del gobierno. Tanto él como sus agentes serán responsables de toda falta, omisión o violación de la ley, en que incurran con motivo de sus funciones”.

que es el sistema que se sigue en Estados Unidos.²⁵ Sobre estas dos cuestiones nos referiremos más adelante (*vid. infra*, párrafos 58-59).

III. LAS DIFÍCILES RELACIONES ENTRE EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PODER JUDICIAL

30. Las relaciones entre el Ministerio Público y los jueces penales han sido difíciles en virtud de que han variado las facultades de ambos funcionarios en los diversos ordenamientos mexicanos. Hacemos referencia únicamente a la situación que existía en la segunda mitad del siglo XIX, ya que es la que se tomó como antecedente inmediato por el Constituyente de Querétaro para establecer las facultades de los agentes del Ministerio Público y las de los funcionarios judiciales.

31. En el artículo 91 del texto original de la Constitución federal de 1857, se dispuso que la Suprema Corte de Justicia estaría integrada por once ministros propietarios, cuatro supernumerarios, *un fiscal* y *un procurador general*, todos electos de forma indirecta en primer grado por un periodo de seis años (artículo 92 constitucional) y no requerían título profesional, sino exclusivamente “estar instruidos en la ciencia del derecho a juicio de los electores” (artículo 93 de dicha carta).²⁶

32. Sin embargo, la influencia de la legislación francesa, que se dejó sentir vigorosamente en nuestro país en varios aspectos de nuestro ordenamiento jurídico a partir de la segunda mitad del siglo XIX, determinó una modificación sustancial en la estructura y funciones del Ministerio Público, que estaba entonces más próxima a la tradición española, en especial en materia federal, ya que se le sustrajo de su adscripción ante los tribunales, incorporándolo plenamente al organismo Ejecutivo y, además, se le institucionalizó al crearse un organismo jerárquico y unitario bajo la dependencia del procurador general de la República. Así por reforma constitucional de 22 de mayo de 1900 se modificaron los artículos 91 y 96 de la carta fundamental, para suprimir de la integración de la Suprema Corte de Justicia al procurador general y al fiscal y, por el contrario, se dispuso que “los funcionarios del ministerio público y el Procurador Ge-

25 El artículo II, inciso 2, de la Constitución federal de Estados Unidos establece que el presidente de la República debe nombrar a los funcionarios públicos del Ejecutivo cuando no esté previsto de otra manera, con el consejo y consentimiento del Senado federal. *Cfr.* Hazard, John N., “The Role of the ‘Ministère Public’”, in *Civil Proceedings*”, *Law in the United States of America in Social-Technological Revolution*, Bruselas, 1974, pp. 209-226.

26 *Cfr.* Castillo Velasco, José María del, *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*, 3a. ed., México, J. M. del Castillo Velasco, hijo, editor, 1883, pp. 195-198.

neral de la República, que ha de presidirlo, serán nombrados por el Ejecutivo”.²⁷

33. Por decreto expedido por el Ejecutivo en uso de facultades extraordinarias el 16 de diciembre de 1908, se expidió la Ley de Organización del Ministerio Público Federal y reglamentación de sus funciones,²⁸ en cuyo artículo primero 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 de defender los intereses de la Federación ante la Suprema Corte de Justicia, tribunales de circuito y juzgados de distrito”.

34. La influencia francesa se advierte todavía con mayor claridad en el artículo 5o. 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. Resulta conveniente transcribir la parte relativa de la exposición de motivos de la referida Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1908, ya que explica con toda claridad el espíritu de la reforma constitucional de 1900:

El ministerio público es considerado, dentro de la sana doctrina científica, como un *ramaje del Poder Ejecutivo ante el Poder Judicial*, de donde emana la necesidad de que tenga una *existencia propia, independiente y enteramente separada de los tribunales*, cuya misión es administrar justicia, de dar aviso a cada uno de lo que es suyo y de definir el derecho, es bien diversa. El Poder Judicial ejerce una función coactiva de administrar y aplicar las leyes para terminar las contenciones que surgen entre los miembros de la colectividad; y los jueces que son los órganos de la ley, no hacen el derecho, sino que lo declaran, lo aplican juzgando, en tanto que el ministerio público *es un litigante que ejerce el derecho de petición en nombre de la sociedad y el Estado*. No pueden confundirse ni reglamentarse por la misma ley; y los preceptos que establecen y rigen el ministerio público, deben ser distintos, formar un conjunto separado, de los que establecen y rigen el poder encargado de administrar justicia.

27 Cfr. Ruiz, Eduardo, *Derecho constitucional*, 2a. ed., México, Topografía Aguilar e hijos, 1902, pp. 331-332 (edición facsimilar, México, UNAM, 1978).

28 En la misma 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.

35. No obstante lo anterior, que en teoría otorgaba al Ministerio Público facultades decisivas de investigación, en la práctica éstas fueron anuladas por las desafortunadas disposiciones de los Códigos de Procedimientos Penales, tanto el federal como los de las entidades federativas, que otorgaron facultades de Policía Judicial a los jueces penales, los que consideraron que las investigaciones podían ser realizadas directamente por ellos y no por conducto del Ministerio Público y la policía. Como un ejemplo podemos citar lo que disponían los artículos 7o. y 8o. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 6 de julio de 1894. El primero establecía que “la policía judicial tiene por objeto la investigación de todos los delitos, la reunión de sus pruebas y el descubrimiento de los autores, cómplices y encubridores”. El segundo precepto determinaba que la Policía Judicial se ejercía en la ciudad de México por los inspectores de cuartel, por los comandantes de policía, por el Ministerio Público, *por los jueces correccionales y los jueces de lo criminal*,²⁹ así como por la policía, el Ministerio Público y los jueces de los Territorios Federales.

36. Debe señalarse que la Policía Judicial no era un cuerpo de agentes como en la actualidad, sino una función de investigación, que compartían los jueces de instrucción con los agentes policíacos y el Ministerio Público. En tal virtud, dichos jueces asumían de manera directa la actividad de realizar indagaciones que los convirtió en muchos casos en verdaderos inquisidores en perjuicio de los inculpados, y sin tomar en cuenta que esta averiguación debía realizarla con mayor propiedad el Ministerio Público con la colaboración de la policía.

37. Esta actividad abusiva de los jueces de la dictadura del general Díaz provocó una vigorosa reacción en el Constituyente de Querétaro. Son muy conocidas las expresiones que se utilizaron en esta materia en la exposición de motivos del proyecto de Constitución que presentó don Venustiano Carranza ante dicho Constituyente el 1 de diciembre de 1916.

[...] 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

29 Debe tomarse en cuenta que por la Ley de Organización Judicial de 9 de septiembre de 1903, reformada en 1907, se sustituyeron los jueces correccionales y los de lo criminal por los jueces de instrucción y jueces presidentes de debates del jurado popular. Este último decía sobre el fondo, pero los citados juzgadores deberían tramitar los juicios para ponerlos en estado de sentencia.

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 le corresponde, *dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción*, que ya no se hará por procedimientos atentatorios o reprobados y la aprehensión de los delincuentes.³⁰

Por este motivo, el citado Congreso de Querétaro, al aprobar la parte relativa del citado artículo 21 constitucional, pretendió separar de manera precisa las funciones del Ministerio Público de persecución y de investigación de los delitos, de la aplicación de las penas, que confirió de manera exclusiva a los funcionarios judiciales: a los jueces penales.³¹

38. Pero este equilibrio y la relación armónica entre el Ministerio Público y los tribunales, con una neta división de sus funciones represivas, no se logró en la práctica, sino que por el contrario en la realidad se presentó el fenómeno opuesto al que se había observado en la segunda mitad del siglo anterior. Frente a la actividad desorbitada de los jueces de instrucción y debilidad del Ministerio Público, con posterioridad a la vigencia de nuestra carta federal de 1917, se advierte la extralimitación del Ministerio Público respecto de los jueces penales. Esta situación se debió a disposiciones legislativas y criterios jurisprudenciales, apoyados por un sector de la doctrina. En efecto, los Códigos de Procedimientos Penales y las leyes del Ministerio Público tanto en el ámbito federal como en el de las entidades federativas interpretaron el artículo 21 constitucional en el sentido de que dicho precepto confería al citado Ministerio el *monopolio del ejercicio de la acción penal*, al extremo de que estaba facultado, sin fiscalización judicial, para negarse a ejercitar la acción penal y para desistir de la misma, formular conclusiones no acusatorias o solicitar el sobreseimiento del proceso inclusive en segunda instancia, con efectos vinculatorios para el juzgador.

39. Por lo que respecta a la jurisprudencia de la Suprema Corte, ésta estableció como criterios: *a)* que la Policía Judicial era competente para

30 Cfr. García Ramírez, Sergio, "Comentario del artículo 21 constitucional", *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., México, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión-Miguel Ángel Porrúa, 1994, t. III, pp. 975-988 (p. 1,000).

31 El citado artículo 21 dispone en su primera parte: "la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél [...]".

recibir la prueba confesional del inculpado; b) que recaía sobre el propio inculpado la carga de la prueba de que su confesión había sido coaccionada, y c) que, de acuerdo con el principio de intermediación procesal y salvo la procedencia legal de la retractación, las primeras declaraciones de acusado, producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas, debían prevalecer sobre las posteriores.³²

40. El resultado de las disposiciones legales y los criterios de la jurisprudencia fue el reforzamiento excesivo del Ministerio Público, que se tradujo en la realidad en el desbordamiento de la calificada como Policía Judicial, ya que sus agentes estaban facultados para interrogar a los acusados y recibir sus confesiones, y es un hecho notorio que en numerosos casos se coaccionaba a los detenidos con procedimientos que iban de la presión psicológica, los malos tratos e inclusive la tortura para arrancar confesiones que por la dificultad de demostrar su carácter forzado se consideraban válidas inclusive en el proceso, cuando no se rendían pruebas que la desvirtuaran. Todo ello era contrario al principio esencial de no incriminación establecido por la entonces fracción II del artículo 20 constitucional.³³

41. Otra consecuencia de esa extralimitación fue la preeminencia de la policía sobre el Ministerio Público, de manera contraria a lo dispuesto por el artículo 21 constitucional, pues en vez de que dicha policía estuviera “bajo la autoridad y mando inmediato” del propio Ministerio, era frecuente que actuara de manera autónoma y arbitraria, inclusive con prepotencia frente al representante social.

42. Las reformas constitucionales y legales que se realizaron de 1991 a 1996, que hemos descrito con anterioridad, tuvieron como propósito modificar la situación antes descrita y al mismo tiempo establecieron limitaciones al Ministerio Público y a la policía en su actuación en la investigación previa, suprimieron el monopolio absoluto en el ejercicio de la acción penal por parte del primero y otorgaron al referido Ministerio atribuciones de retención y de detención en los supuestos de flagrancia y de urgencia, que eran indispensables. Sin embargo, no se ha logrado tampoco el ansiado equilibrio entre las funciones de procuración y de

32 Cfr. tesis 469, 482 y 480, del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, volumen segundo de las tesis comunes al pleno y a las salas, 1989, pp. 816, 836 y 832, respectivamente.

33 Dicho precepto establecía: “no podrá [el acusado] ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tiende a aquel objeto”.

impartición de justicia, y por ello se ha planteado la necesidad de nuevas reformas constitucionales en esta materia, que se encuentran actualmente en discusión.

IV. EL MINISTERIO PÚBLICO COMO INVESTIGADOR

43. Es ésta una función esencial en las actividades del Ministerio Público, pero a pesar de todas las reformas que se han hecho para que la misma pueda tener eficacia a fin de lograr, con pleno respeto a los derechos de los acusados y de las víctimas, que puedan obtenerse los elementos necesarios para el ejercicio de la acción penal, este objetivo está lejos de lograrse.

44. En primer término debe decirse que la averiguación previa, es decir, la que debe anteceder al proceso propiamente dicho, se ha realizado en nuestro ordenamiento sin intervención judicial, es decir, ha tenido un *carácter administrativo* (aun cuando la materia sobre la cual se realiza tenga naturaleza penal), lo que no ha dejado de tener inconvenientes como lo ha señalado un sector de la doctrina.³⁴ En un estudio reciente sobre la institución, la distinguida penalista Olga Islas de González Mariscal afirma certeramente que “las leyes secundarias poco a poco le fueron otorgando al ministerio público facultades para investigar ante sí y decidir sin la intervención del juez y de la defensa. En esta forma, el ministerio público se fue transformado en una institución inquisidora que sustituyó al juez inquisidor tan severamente reprobado en el Mensaje de Carranza”³⁵ (*vid. supra*, párrafo 37).

45. Sin embargo, esta situación inquisidora, más que del Ministerio Público, de la policía que teóricamente estaba bajo su mando, se ha modificado drásticamente con posterioridad a las recientes reformas que impiden que la misma policía tome declaraciones y menos aún que reciba confesiones; que estas últimas sólo adquieren validez si son hechas ante el Ministerio Público o el juez, y en presencia del defensor;³⁶ que con la confesión del inculpado como única prueba no puede ejercitarse la acción penal y de que una retención o detención administrativa que exceda los

34 Cfr. Sarre, Miguel, *La averiguación previa administrativa: un obstáculo para la modernización del procedimiento penal*, México, Academia Mexicana de Derechos Penales, 1997.

35 Cfr. Islas de González Mariscal, Olga, *op. cit.*, nota 3, p. 453.

36 El texto actual de la fracción II del artículo 20 de la carta federal es categórico: “no podrá [el acusado] ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incommunicación, intimidación o tortura. *La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez o ante éstos, sin asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio*”.

plazos establecidos por la ley (cuarenta y ocho horas o el doble, en el supuesto de delincuencia organizada) hace presumir la incomunicación, etcétera (*vid. supra*, párrafos 13-25).

46. En efecto, al suprimirse las confesiones forzadas, la investigación previa resulta muy complicada, si se toma en consideración que no obstante los esfuerzos realizados, que se han vigorizado en los últimos años, para lograr una mejor preparación de los agentes de la policía y del Ministerio Público subsisten en ellos graves deficiencias técnicas y profesionales, que les impiden investigaciones adecuadas para reunir los elementos que se exigen para el ejercicio de la acción penal, investigaciones que requieren de modernos conocimientos sobre la criminalística y la criminología.³⁷ Un ejemplo de esta preocupación son las recientes convocatorias de la Procuraduría General de la República para la presentación de solicitudes de profesionales con grado de licenciatura o de bachillerato para realizar, en el Instituto de Capacitación de esa institución, estudios serios para preparar a personas especialistas en la investigación de delitos federales, y peritos en criminalística.

47. La actividad de investigación previa que debe realizar el Ministerio Público, aun con la colaboración de una verdadera policía con conocimientos técnicos,³⁸ debe considerarse bastante compleja, con mayor razón en cuanto que, como hemos señalado, en las reformas de 1993 al artículo 16 constitucional se introdujo el concepto doctrinal de “los elementos del tipo”, para sustituir el ya explorado de “cuerpo del delito” (*vid. supra*, párrafo 26). La complejidad de esta nueva figura, que debe demostrarse, conjuntamente con la presunta responsabilidad del inculpado, para la procedencia del ejercicio de la acción penal, se demuestra con la regulación que han hecho los artículos 168 y 22 de los Códigos de Procedimientos Penales, federal y del Distrito, respectivamente. De acuerdo con estos preceptos, para que el juez admita la consignación hecha por el Ministerio Público debe examinar si se han acreditado en autos los siguientes requisitos:

37 *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 13, pp. 283-285.

38 Debido a las críticas que se habían expresado sobre la denominación de “Policía Judicial”, que utilizó el Constituyente de Querétaro en el texto original del artículo 21 constitucional, en las reformas de 1996 a dicho precepto se suprimió este nombre y ahora se utiliza el impreciso de “una policía”, cuando debió emplearse el técnicamente correcto que utilizan la mayoría de los ordenamientos actuales, de *policía de investigación*, para distinguirla de otros cuerpos policíacos como la policía preventiva o la de tránsito.

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o en su caso, el peligro a que se ha sido expuesto el bien jurídico protegido; II. La forma de intervención de los sujetos activos; III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión. Así mismo, se acreditarán si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

48. Los problemas que ahora se plantean al Ministerio Público para reunir los elementos de convicción necesarios para acreditar ante el juez de la causa en el momento de ejercitar la acción penal se advierte con claridad en el texto actual del artículo 19 constitucional, ya que son los mismos que se exigen al juzgador para dictar el llamado “auto de formal prisión” o de sujeción a proceso.³⁹ En efecto, en ambos casos deben acreditarse los elementos del tipo penal y la presunta responsabilidad del inculpado, con lo cual se borra la diferencia entre los requisitos del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público y la posterior resolución del juez para sujetar al acusado al juicio penal en estricto sentido.

49. Los obstáculos que hemos señalado en cuanto a la investigación de los delitos que corresponde al Ministerio Público se advierten en la realidad, ya que se han presentado casos relevantes y muy comentados por los medios de comunicación, respecto de decisiones de los jueces penales, que ponen en libertad a personas que han sido señalados como delincuentes en el momento del ejercicio de la acción penal, ya que, en opinión de dichos juzgadores, el Ministerio Público no ha aportado las pruebas para demostrar los elementos del tipo y la presunta responsabilidad de los acusados. También se han presentado discusiones entre jue-

39 En la parte relativa del artículo 19 de la carta federal se establece: “ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el inculcado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste”.

ces y las Procuradurías respectivas, debido a estas circunstancias. Tenemos la convicción de que es necesario revisar las disposiciones legales para encontrar una solución razonable que permita al Ministerio Público reunir ya sea en una investigación administrativa o bien con la colaboración de las autoridades judiciales, como sucede en otros ordenamientos, a fin de que la propia investigación pueda ser eficiente.

V. EL MINISTERIO PÚBLICO COMO ACUSADOR

50. La segunda función trascendente del Ministerio Público en el enjuiciamiento penal mexicano se traduce en su actuación como *parte acusadora* ante el juez de la causa, que se inicia con la consignación y se prolonga hasta la terminación del proceso. Hasta las reformas constitucionales de 1994, a que hemos hecho referencia con anterioridad (*vid. supra*, párrafos 27-29) tanto la legislación y como la jurisprudencia habían consagrado el *monopolio del ejercicio de la acción penal* en beneficio del propio representante social, excluyendo de la decisión judicial tanto la negativa para formular la acusación como el desistimiento de la misma, que quedaban al criterio del mismo Ministerio Público, si bien la doctrina ha estado dividida, ya que un sector importante de ella había expresado la necesidad de un control judicial respecto de estas dos decisiones.⁴⁰ Debido a la breve extensión de este estudio, no nos referimos a la argumentación de las dos posiciones, ya que el órgano revisor de la Constitución resolvió esta cuestión.

51. Como el artículo 21 constitucional dispone en su parte relativa que: “las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por *vía jurisdiccional* en los términos que establezca la ley”, y no se han expedido las disposiciones legales que regulen esta norma fundamental, se han producido tesis contradictorias por los tribunales colegiados de circuito, que han sido resueltas por la Suprema Corte de Justicia en el sentido de que *la vía procedente es el juicio de amparo*,⁴¹ y que se trata de *materia penal*,

40 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La función constitucional del Ministerio Público”, en Ovalle Favella, José (ed.), *Temas y problemas de la administración de Justicia en México*, 2a. ed., México, UNAM-Miguel Ángel Porrúa, 1985, pp. 131-133.

41 Tesis de la Suprema Corte, la que inclusive ha resuelto en cuanto al fondo los juicios respectivos amparos en revisión 32/97 y 961/97, Jorge Luis Guillermo Bueno Ziarriz y Alberto Santos de Hoyos, resueltos el 21 de octubre de 1997, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. VI, diciembre de 1997, pp. 25 y ss.

aun cuando la decisión impugnada corresponda a una autoridad administrativa, como lo es el Ministerio Público.⁴²

52. Lo anterior nos lleva de la mano a la situación de la víctima del delito o sus causahabientes, ya que a ellos les corresponde interponer el juicio contra dichas resoluciones del Ministerio Público, con lo que se ha terminado con su exclusividad como parte acusadora en el proceso penal mexicano. Con anterioridad a dichas reformas constitucionales, los Códigos de Procedimientos Penales de nuestro país sólo otorgaban intervención al ofendido en el proceso penal respecto a la reparación del daño o la responsabilidad proveniente del delito, e inclusive algunos de ellos le negaban expresamente la calidad de parte respecto del fondo de la controversia.⁴³

53. La situación ha cambiado, y la víctima que había sido olvidada por el derecho penal ha recuperado lentamente su importancia debido a las enseñanzas de una nueva disciplina que ha sido calificada como “victimología”.⁴⁴ La situación se ha planteado recientemente con motivo de las reformas de 1993 al artículo 20 de la carta federal, y que sólo se refería a los derechos de los acusados. En efecto, el último párrafo del citado precepto fundamental dispone en su redacción actual: “en todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito tiene 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 lo requiera, y los demás que señalen las leyes”. Aun cuando las expresiones víctima y ofendido se emplean como sinónimos, en estricto sentido el primer vocablo es más amplio, por lo que en realidad al que se pretende proteger con estos derechos es el segundo, que tiene una acepción más estricta.⁴⁵ Por otra parte, si bien los derechos de asesoría jurídica y de asistencia médica debe considerarse como un adelanto en cuanto a la situación del ofendido, nos referimos

42 Contradicción de tesis 9/96, resuelta por la Suprema Corte el 26 de agosto de 1997, en la que consideró que el amparo contra la negativa de ejercer la acción penal por parte del Ministerio Público tiene carácter penal.

43 Cfr. la opinión contraria a esta prohibición, el constituyente de Querétaro, Machorro Narvaéz, Paulino, *El Ministerio Público, la intervención de tercero y la obligación de consignar según la Constitución*, México, Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, 1941, reimpresa por la Comisión Mexicana de Derechos Humanos, 1991, p. 33.

44 Cfr. Rodríguez Manzanera, Luis, *Victimología. Estudio de la víctima*, 2a. ed., México, Porrúa, 1990.

45 Cfr. García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 21, p. 120.

esencialmente a la participación del mismo en el procedimiento penal, que es lo que interesa para el papel acusador del Ministerio Público.

54. Estas disposiciones han sido desarrolladas por la legislación procesal penal. Como ejemplo y centrándonos en la coadyuvancia, las facciones II y III del artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales establecen que el ofendido puede proporcionar al juez de la causa todos los datos o elementos de prueba con que cuenta y que conduzcan a acreditar los elementos del tipo penal, y a establecer la probable o plena responsabilidad del inculpado y la procedencia y monto de la reparación del daño. Además, el propio ofendido tiene derecho a estar presente en el desarrollo de todos los actos procesales en los que el inculpado tenga este derecho. Tiene razón el destacado jurista Sergio García Ramírez cuando afirma que, en las reformas constitucionales y legales mencionadas y en su contexto generador, “late la idea entre líneas o con evidencia, de incorporar al ofendido cada vez más en la persecución del delito, a costa del monopolio persecutorio del Ministerio Público”.⁴⁶ También se han consagrado los derechos del ofendido, y por supuesto, su calidad de parte coadyuvante en el proceso en algunos Códigos recientes como los de Guerrero (1993), Morelos (1996) y Tabasco (1996), en cuyos proyectos participó decisivamente el mismo García Ramírez.⁴⁷

55. No abordaremos los problemas relativos a la presentación de las pruebas por parte del Ministerio Público y la formulación de las conclusiones respectivas, debido a la índole de estas breves reflexiones, pero nos limitamos a señalar que en este campo también existen deficiencias para sustentar la acusación con los elementos de prueba adecuados que se han vuelto muy complejos, especialmente en cierto tipo de delitos, como son los llamados de “cuello blanco”,⁴⁸ por lo que, además de la especialización,⁴⁹ sería necesario disponer de más elementos de carácter técnico, con los que todavía no cuentan las Procuradurías de nuestro

46 Cfr. García Ramírez, Sergio, *Comentarios sobre las reformas de 1993 al procedimiento penal federal*, México, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 11, 1994, pp. 38-41.

47 García Ramírez, Sergio, *El procedimiento penal en los Estados de la República. Los casos de Guerrero, Morelos y Tabasco*, México, UNAM, Gobiernos de los Estados de Morelos y Tabasco, 1998, pp. 18-19.

48 Cfr. Quintana Adriano, Elvia Arcelia, “Reflexiones acerca de los delito de cuello blanco”, *Criminalia*, México, Porrúa, septiembre-diciembre de 1995, pp. 74-98.

49 Cfr. Martínez y Torres, Miguel F., “La especialización en el Ministerio Público”, *El Ministerio Público en el Distrito Federal*, México, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal-UNAM, 1997, pp. 239-249.

país.⁵⁰ Por ello, no resulta infrecuente que los jueces resuelvan la absolución o el sobreseimiento en procesos en los cuales el Ministerio Público no presenta las pruebas necesarias para acreditar la culpabilidad. La nueva situación del ofendido como coadyuvante puede auxiliar al propio Ministerio Público en la reunión de los elementos de convicción, especialmente si cuenta con asesoría jurídica adecuada, puede auxiliar eficazmente para la presentación de los elementos de convicción que sean necesarios.

VI. MINISTERIO PÚBLICO Y ABOGACÍA DE ESTADO

56. Una de las cuestiones que se introdujeron en la reforma constitucional de diciembre de 1994 fue la relativa a la supresión de la función de asesoría jurídica del procurador general de la República al gobierno federal, como resultado de una polémica que se inició en el Congreso Jurídico Mexicano de 1932, entre el entonces procurador general, licenciado Emilio Portes Gil y el distinguido jurista Luis Cabrera. Este último propuso, en contra de la opinión del primero, que debería establecerse un abogado procurador general de la nación, dependiente de 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 fuere 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 nato de los departamentos jurídicos de las diversas dependencias administrativas, encabezando, además, un consejo que fijara las normas de interpretación oficial de las leyes para los efectos de su aplicación concreta por cada una de las secretarías y departamentos.⁵¹

57. Lo anterior tenía sentido, en cuanto el mismo Luis Cabrera estimó en esa oportunidad que la cabeza del Ministerio Público, es decir, el procurador general de la República, fuera designado por el Congreso de la Unión, dotado de inamovilidad y la misma dignidad de los ministros de la Suprema Corte, ya que debía formar parte del alto tribunal y hacerse

50 Cfr., por lo que se refiere a la Procuraduría General de Justicia en el Distrito Federal, Velázquez Fernández, José Socorro, "La modernización tecnológica del Ministerio Público", *El Ministerio Público en el Distrito Federal*, cit., nota 49, pp. 251-255.

51 Esta discusión fue publicada bajo el título de *Misión constitucional del Procurador General de la República*, con el prólogo erudito de Alfonso Noriega Cantú, México, Ediciones Botas, 1932, y reimpresso por la misma editorial en 1963. Las opiniones de Luis Cabrera figuran en las pp. 69-71.

oír en sus sesiones personalmente o por medio de delegados. Es decir, se pretendía regresar al sistema original de la Constitución de 1857, con anterioridad a la reforma de 1900 (*vid. supra*, párrafo 31). En cuanto a la institución el Ministerio Público en su conjunto, según el mismo Cabrera, debía estimarse como 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 el defensor de las garantías constitucionales, interviniendo en todos los asuntos federales de interés público y ejercitando las acciones penales con sujeción a la ley. Para todo esto los miembros de la institución deberían ser independientes del departamento Ejecutivo y su presupuesto comprendido dentro del que le correspondería al Poder Judicial.

58. Es evidente que en la reforma al artículo 102, apartado A), de la carta federal de diciembre de 1994, el órgano reformador de la Constitución adoptó las ideas de Luis Cabrera, ya que, como hemos visto, dispuso que la función de consejero jurídico del gobierno debía estar a cargo de la dependencia del Ejecutivo federal que, para tal efecto, estableciera la ley (*vid. supra*, párrafo anterior). Con este motivo, se hicieron varias propuestas, entre ellas el restablecimiento de la Secretaría de Justicia suprimida por el artículo transitorio décimo cuarto de la Constitución de 1917,⁵² o bien que se dejara a la Procuraduría General de la República esa función esencial de asesoría jurídica y, por el contrario, se independizara al Ministerio Público, que se encomendaría a una Fiscalía General.⁵³

59. Diversa solución fue la establecida por el legislador. Por decreto de 14 de mayo de 1996, publicado el 15 siguiente, se reformó la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal para establecer la *Consejería Jurídica del Gobierno Federal*, cuyo titular es nombrado y removido libremente por el presidente de la República, con funciones de asesoría muy significativos; entre ellos, organizar los asuntos jurídicos de la presidencia de la República, y coordinación y conducción de programas de normatividad y estudios jurídicos de las dependencias de las entidades de la administración pública federal; prestación de apoyo y asesoría ju-

52 Sobre esta institución, *cfr.* Guerrero, Omar, *La Secretaría de Justicia y el Estado de Derecho en México*, México, UNAM, 1996, y Soberanes Fernández, José Luis, *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, 1997.

53 *Cfr.* Moreno Hernández, Moisés, "Organización y funciones del Ministerio Público", *Criminalia*, *cit.*, nota 48, pp. 53-59.

rídica a las entidades federativas que lo soliciten; intervención en designaciones y remociones de los titulares de los jefes y directores jurídicos de las dependencias y entidades de la misma administración, entre otras.⁵⁴

60. Esta separación de funciones entre la asesoría jurídica y la del Ministerio Público, en sentido estricto, corresponde a la tendencia que se observa en varios ordenamientos latinoamericanos, y al respecto podemos citar como ejemplos 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). 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 administración de justicia, y porque en los tribunales se apliquen rectamente las leyes en los procesos penales y en los que estén interesados el orden público y las buenas costumbres (artículos 218-222 de la Constitución federal).⁵⁵

61. En la Constitución colombiana de 7 de julio de 1991 también se separan las atribuciones del Ministerio Público y de asesoría jurídica. Las primeras se atribuyen a la Fiscalía General de la Nación, cuyo titular, el fiscal general, será elegido para un periodo de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia de una terna enviada por el presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, ya que forma parte de la rama judicial y tiene autonomía administrativa y presupuestal. Corresponde a dicho organismo investigar delitos, de oficio o mediante de-

54 Cfr. García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 4, pp. 210-214.

55 Cfr. La Roche, Humberto, *Instituciones constitucionales del Estado Venezolano*, 9a. ed., Maracaibo, 1984, pp. 221-238, y Brewer Carías, Allan R., *El poder nacional y el sistema democrático de gobierno, tomo III de Instituciones políticas y sociales*, 3a. ed., Caracas-San Cristóbal, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, 1996, pp. 119, 319-320.

nuncia o querrela, y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes (artículos 249 y 250 constitucionales). Las funciones de representación social y defensa de los intereses de la sociedad y de carácter colectivo se atribuye al procurador general de la nación que, si bien se considera como el supremo director del Ministerio Público, éste no se entiende en el sentido de investigar delitos y acusar a los responsables ante los tribunales, pues estas últimas atribuciones corresponden al fiscal general. El procurador es elegido para un periodo de cuatro años por el Senado de una terna integrada por candidatos del presidente de la República, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (artículos 275-280 de dicha carta fundamental).⁵⁶

62. Por su parte, la Constitución paraguaya de 20 de junio de 1992 también separa las citadas atribuciones y se distribuyen, 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 de 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, es ejercido por el fiscal general 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 de la misma forma que los jueces, con las mismas incompatibilidades e inmunidades. Entre los poderes esenciales del Ministerio Público se encuentra los 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 de ejercer acción penal en los casos en que, para iniciarla o proseguirla, no fuese necesaria instancia de parte,

56 Cfr. Sáchica, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 10 ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992, pp. 322-323, y Henao Hidrón, Javier, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, 8a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992, pp. 297-302.

DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

sin perjuicio de que el juez o el tribunal proceda de oficio, cuando lo determine la ley (artículos 268-270 de la citada carta fundamental).⁵⁷

63. 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 y suscritos en la ciudad de México el 27 de abril de 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 diversas: 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.

64. 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 esencial, dirigir la investigación del delito y ejercitar la acción penal, así como promover de oficio o a petición de parte la acción de justicia en defensa de la legalidad (artículo 93 constitucional). Al procurador general de la República se le confiere la función de velar por la defensa de la familia y de los menores y demás 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 a la garantía de los derechos humanos e investigar, de oficio o por denuncia que hubiere recibido, las violaciones de los propios derechos, así como formular conclusiones y recomendaciones pública o privadamente (artículo 194 de dicha carta fundamental).

65. En nuestra opinión, dicho ordenamiento constitucional confunde las atribuciones del Ministerio Público propiamente dicho con las genéricas que se comprenden dentro del concepto de “procuración de justicia”, que tiene un ámbito más amplio que las primeras.⁵⁸ En efecto, en nuestro concepto, la frase “procuración de justicia” tiene un significado muy genérico y puede aplicarse a todos los organismos del Estado que

57 Cfr. Prieto, Justo José, “El sistema constitucional paraguayo”, en García Belaúnde, D.; Fernández Segado, F., y Hernández Valle, R. (coords.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 684-685.

58 Cfr. Castro, Juventino V., *La procuración de justicia federal*, México, Porrúa, 1993, y Castro, Juventino V., *La Procuración de Justicia. Un imperativo constitucional*, México, Porrúa, 1994.

realizan funciones de gestoría, investigación y representación de los intereses sociales en colaboración o en auxilio de los tribunales.⁵⁹

66. La creación de la Consejería Jurídica del gobierno federal es un adelanto en cuanto a la conveniente separación entre las funciones del Ministerio Público y la asesoría jurídica, pero tenemos la convicción de que debe emprenderse una reforma más a fondo para otorgar mayor consistencia a esas atribuciones de gran importancia. En los ordenamientos latinoamericanos que hemos citado se han establecido dos organismos diversos. Se confiere al procurador general la consejería jurídica y, en ocasiones, otras funciones de procuración de justicia, y se sitúa a dicha institución dentro de la esfera del Ejecutivo, en tanto que el Ministerio Público se atribuye a la fiscalía, la cual se encuadra dentro del Poder Judicial, o bien en una situación de autonomía, similar a la de los jueces, como lo señalaremos más adelante (*vid. infra*, párrafo 81).

VII. PERSPECTIVAS DEL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO

67. Después del breve examen que hemos realizado sobre la evolución y la situación del Ministerio Público en el ordenamiento mexicano, podemos afirmar que se encuentra en una etapa en la cual no se ha logrado el deseado equilibrio entre las funciones de investigación y acusación de los delitos, y la de juzgarlos por los tribunales. Tan es así que actualmente se encuentra en discusión ante la Cámara de Senadores un nuevo proyecto de reformas constitucionales, varias de cuyas proposiciones se refieren precisamente a las funciones del propio Ministerio Público. Los días 9 y 10 de diciembre de 1997 se presentaron ante la Cámara de Senadores dos iniciativas presidenciales: la primera, para modificar varios preceptos constitucionales y la segunda, para armonizar los nuevos preceptos con las leyes secundarias respectivas. No pretendemos realizar un examen de estas iniciativas, sino exclusivamente referirnos a las propuestas de reforma constitucional que tienen relación directa con las actividades de investigación y acusación del Ministerio Público, es decir, los artículos 16 y 19 de la Constitución federal.

68. La exposición de motivos sobre la propuesta reforma del artículo 16 de la carta federal expresa:

⁵⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 13, p. 282.

Después de cuatro años de la aplicación del nuevo texto constitucional [reformado en 1993], no se ha logrado al equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho de libertad de los gobernados. Por el contrario, éste ha permitido que frecuentemente por tecnicismos legales, presuntos delinquentes evadan la acción de la justicia. Basta decir que en 1997, de todas las averiguaciones previas consignadas ante la autoridad judicial, no se obsequiaron órdenes de aprehensión en más del 20 por ciento. Lo anterior muestra que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al ministerio público desde la averiguación previa, evita el enjuiciamiento de presuntos responsables, provocando consecuentemente, mayor delincuencia e impunidad. La iniciativa que sometemos a la consideración de esa Soberanía, propone flexibilizar los requisitos que establece el artículo 16 constitucional para obtener una orden de aprehensión. Se sugiere que sea suficiente la acreditación de la *probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como la probable responsabilidad del indicado*. Esta medida conserva plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales, y permitirá hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia [...].

69. Esa propuesta de reforma constitucional a la parte relativa del artículo 16 constitucional nos parece correcta, pues hemos afirmado con anterioridad que la reforma de 1993 a dicho precepto, aunado a las modificaciones legislativas anteriores que con toda razón impiden en la actualidad utilizar la confesión del inculcado como único elemento de convicción, ha colocado al Ministerio Público en una situación complicada en su actividad de investigación, ya que le resulta muy difícil realizarla, si no cuenta con el auxilio de una policía capacitada así como con los elementos técnicos necesarios para comprobar ante el juez de la causa tanto los elementos del tipo penal como la probable responsabilidad del inculcado, con el objeto de estar en condiciones de ejercitar la acción y solicitar, en su caso, una orden de aprehensión. Tampoco pueden superar estos obstáculos las facultades que se otorgaron al propio Ministerio Público de retención y detención en los supuestos de flagrancia y urgencia (*vid. supra*, párrafos 18-25).

70. En la misma iniciativa se proponen también cambios al artículo 19 constitucional por lo que se refiere a los requisitos que se establecieron en las modificaciones de 1993, para que el juzgador dicte el llamado “auto de formal prisión” o de sujeción al proceso, ya que, como afirmamos con anterioridad, dichos elementos son los mismos que se exigen al

Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal. Como es evidente, la prueba de dichos requisitos recae sobre el mismo Ministerio Público, en este supuesto, ya en su función de acusador. La reforma que se solicita en el proyecto consiste en una modificación del segundo párrafo del artículo 19 de la carta federal, para establecer, en sustitución de la redacción actual, que el juez penal está facultado para dictar el auto de formal prisión o sujeción a proceso, *cuando se acredite la plena existencia de los elementos del tipo penal, y la probable existencia de los demás elementos del delito de que se trate, así como la probable responsabilidad del indiciado.*

71. En la exposición de motivos se señala al respecto:

La reforma a los artículos 16 y 19 propuesta, pretende evitar que la actividad del ministerio y del juez durante la fase de preinstrucción —antes del proceso legal— sea una verdadera etapa de instrucción, es decir un juicio sumario. El proceso penal no debe estar limitado a la acreditación de la plena responsabilidad del inculpado, pues como se señaló anteriormente, es durante la averiguación previa y la consignación cuando se acreditan todos y cada uno de los elementos del juicio penal.

72. Aun cuando dicha explicación carece de claridad, estamos convencidos de que pretende señalar que durante la instrucción deben comprobarse los elementos del tipo penal, y en la etapa del plenario, la plena responsabilidad del acusado. El problema es la determinación de lo que debe entenderse por instrucción en el procedimiento penal.

73. Si hacemos un análisis comparativo, podemos observar que las distintas modalidades que se observan en los ordenamientos procesales penales de nuestra época se apoyan esencialmente en la unidad de la instrucción o su división en dos etapas, y que en ella deben reunirse los elementos necesarios para continuar el proceso en cuanto al fondo. Como lo afirma certeramente Sergio García Ramírez, la instrucción “es un período probatorio destinado a confirmar los elementos reunidos en la averiguación previa y aportar otros datos que consoliden las pretensiones y las excepciones y defensas respectivamente”.⁶⁰

74. En el documentado estudio comparativo efectuado por la destacada procesalista brasileña Ada Pellegrini Grinover sobre la instrucción en los regímenes procesales penales de varios países iberoamericanos, estima

⁶⁰ Cfr. García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 47, p. 111.

que existen tres sistemas en cuanto a la instrucción penal: a) el sistema mixto clásico; b) el sistema mixto con juzgados de instrucción contradictorios, y c) el sistema acusatorio sin juzgados de instrucción. El primero es aquél en que la etapa preliminar o previa queda a cargo del Ministerio Público, sin intervención del juzgador a no ser que se requieran medidas cautelares de urgencia, y por ello se considera que tiene carácter inquisitivo. Dicho periodo de averiguación previo se considera de naturaleza administrativa y no se admite la participación directa del ofendido. Entre los países que menciona la autora dentro de ese sistema se encuentra México al menos antes de la reforma constitucional de 1994, ya que esta última admite la impugnación de las decisiones del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal y el desistimiento de la misma.⁶¹

75. El sistema mixto se forma con jueces de instrucción y con procedimiento contradictorio, como ocurre en Francia y en España, países en los cuales el Ministerio Público está subordinado a un juez de instrucción, el cual fiscaliza la investigación, que debe realizar la policía, también dependiente del juzgador y por ello recibe el calificativo de “judicial”. El procedimiento ante dicho juez de instrucción no sólo abarca la fase preliminar, sino también la siguiente, y por ello algunos medios de convicción son aceptados ante el tribunal que estudia el fondo del asunto, que es diverso al juez instructor. Finalmente, el sistema plenamente acusatorio es el adoptado en Italia y Alemania, y recientemente por varios países latinoamericanos, de acuerdo con el Código Modelo. En este sistema acusatorio se ha suprimido el juez de instrucción, y la investigación preliminar se confía al Ministerio Público con el auxilio de la policía, pero sólo para reunir la información necesaria para fundamentar la acusación. La verdadera instrucción se confía al juez de la causa, de manera contradictoria y por medio de audiencias públicas, en las que se ofrecen y desahogan las pruebas, con excepción de las anticipadas, que pueden practicarse, cuando sea necesario, en la fase preliminar.⁶²

76. El procedimiento penal mexicano se encuentra dentro del primer sistema, ya que la investigación previa se encomienda en su totalidad al Ministerio Público con el auxilio de la policía, con rasgos de inquisición y de naturaleza administrativa que se atenúa paulatinamente, pero todavía

61 “O modelo acusatório de instrução processual penal como garantia dos direitos humanos”, *Temas de derecho procesal. Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1996, pp. 297-298.

62 *Ibidem*, pp. 299-300.

no llegamos a un sistema plenamente acusatorio, en virtud de que se encuentra en desarrollo, pero sin encontrar todavía una solución satisfactoria.

77. En otro estudio comparativo, también muy documentado, del conocido procesalista penal español Juan Luis Gómez Colomer, llega a la conclusión de que la adopción de uno de los varios modelos existentes en la actualidad depende de circunstancias concretas, y por ello considera que en España debe mantenerse la figura del juez instructor en tanto que el Ministerio Público dependa jerárquicamente del Poder Ejecutivo, y no se la adscriba sin serlo, al Poder Judicial, para que tenga mayor independencia.⁶³

78. La iniciativa presidencial para modificar los artículos nos parece un paso necesario para atenuar la carga probatoria excesiva que la reforma de dichos preceptos en el año de 1993 hizo recaer sobre el Ministerio Público, tanto para ejercitar la acción penal como para presentar los elementos de convicción necesarios para que el juez de la causa pueda dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, que eran semejantes, en uno u otro supuesto, y que hizo más severa la jurisprudencia de la Suprema Corte número 6/97, que sustituyó el criterio anterior de la propia Corte. Fue elaborada con apoyo en las citadas reformas de 1993, y con motivo de la contradicción de tesis 42/96 entre dos tribunales colegiados. En esencia, la Suprema Corte estableció que “el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso al inculcado, y por tanto deben quedar demostrados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso, las *modificativas o calificativas* que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador”.⁶⁴

79. Aun cuando fueran aprobadas dichas reformas constitucionales, actualmente en discusión, y que esperamos que lo sean al menos en los aspectos que hemos examinado de los artículos 16 y 19 de la carta federal, todavía nos falta bastante para llegar a un procedimiento penal plenamente público y contradictorio de carácter acusatorio. Además de la preparación profesional y técnica del Ministerio Público y de una verda-

63 Gómez Colomer, Juan Luis, “La instrucción del proceso penal por el ministerio fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, I, Lima, septiembre de 1997, pp. 336-358.

64 Tesis publicada en el *Semanario Judicial y su Gaceta*, México, novena época, t. V, febrero de 1997, pleno y salas, pp. 197-204.

dera policía de investigaciones, que ya se ha iniciado al menos en el ámbito de la Procuraduría General de la República, consideramos que es preciso continuar la evolución, al menos en dos direcciones.

80. En primer lugar, es preciso lograr que el Ministerio Público no dependa jerárquica y discrecionalmente del Poder Ejecutivo, ya sea 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.⁶⁵ Ya con anterioridad y desde el punto de vista doctrinal, en el Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, efectuados en la ciudad de México, en el mes de febrero de 1960, se aprobó por aclamación la recomendación en el sentido de que “el Ministerio Público debe ser un órgano independiente del Poder Ejecutivo y gozar [de] las prerrogativas de inamovilidad y demás garantías constitucionales reconocidas a los miembros del Poder Judicial”.⁶⁶

81. En este sentido, constituye un avance la reforma de diciembre de 1994, que sometió el nombramiento del procurador de la República por parte del titular del Ejecutivo federal a la aprobación del Senado, como lo señalamos anteriormente, aun cuando el primero pueda destituirlo libremente (*vid. supra*, párrafo 29). Pero es necesario avanzar en este camino, de tal manera que los miembros del Ministerio Público tengan las mismas garantías judiciales de remuneración, estabilidad, autonomía y autoridad que actualmente se han conferido a los integrantes del Poder Judicial, especialmente en el ámbito federal.⁶⁷

82. Para lograr los propósitos anteriores, sería aconsejable que como parte de las Procuradurías respectivas se incorporara un organismo similar al Consejo de la Judicatura, tanto federal, del Distrito Federal y de algunos estados, de acuerdo con el modelo establecido por la reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994, que incorporó esta institución al Poder Judicial federal, e introdujo sus lineamientos esenciales en el

65 *Cfr.* el análisis comparativo realizado por Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 13, pp. 304-306.

66 *Cfr. Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, especialmente pp. 825-840.

67 Sobre las llamadas “garantías judiciales”, *cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 31-36.

artículo 100 de la carta federal, regulado en el ámbito federal por el título sexto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación publicada el 26 de mayo de 1995 (artículos 68-102).⁶⁸ Este organismo no sólo se estableció en Europa continental, sino que también se ha extendido en numerosos ordenamientos latinoamericanos. Tiene por objeto “la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial”, como lo dispone el citado artículo 100 de la carta federal, y por ello, con excepción de los magistrados de la mayor jerarquía (en México, los ministros de la Suprema Corte de Justicia), tiene a su cargo la preparación y selección de los jueces y magistrados, por medio de la carrera judicial, la cual implica el ingreso por exámenes de oposición, así como ascensos y traslados por méritos,⁶⁹ así como también la fiscalización permanente de dichos jueces y magistrados, por medio de visitadurías e investigaciones, que implica la aplicación de sanciones disciplinarias que pueden llegar en casos graves a la destitución del infractor, respeto de su derecho de audiencia.⁷⁰

83. El establecimiento de un Consejo para el Ministerio Público, tanto en el ámbito federal como de las entidades federativas, sería muy positivo para profesionalizar dicha institución y dotarla de las mismas garantías que tienen los jueces y magistrados en nuestro país. Un aspecto importante sería el establecimiento de una carrera ministerial equivalente a la judicial. Al respecto, el distinguido penalista mexicano Fernando García Cordero propone la creación de una carrera ministerial, que en todas sus jerarquías debe seguir mecanismos rigurosos de selección, capacitación y actualización, y que pudiera aplicar al mismo tiempo estrategias de promoción y estímulo que conduzcan a una mejor remuneración de los integrantes del propio Ministerio Público.⁷¹

68 Cfr. *Normas fundamentales*, 2a. ed., México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 1996.

69 Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *Jurisdicción federal y carrera judicial en México*, México, UNAM, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, núm. 4, 1996. Esta carrera judicial se introdujo en el ordenamiento mexicano conjuntamente con el Consejo de la Judicatura federal, como una de sus funciones esenciales.

70 Sobre el Consejo de la Judicatura existe una amplia bibliografía, pero citamos exclusivamente las obras más recientes: Fix-Zamudio, Héctor, y Fix Fierro, Héctor, *El Consejo de la Judicatura*, México, UNAM, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, núm. 3, 1996; Fix-Zamudio, Héctor, *Breves reflexiones sobre el Consejo de la Judicatura federal*, México, Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura Federal, 1997, y Melgar Adalid, Mario, *El Consejo de la Judicatura federal*, México, Porrúa, 1997.

71 García Cordero, Fernando, “La reforma del Ministerio Público. Una hipótesis de trabajo”, *Criminalia*, México, Porrúa, enero-abril de 1995, pp. 116-117.

84. Como un ejemplo podemos mencionar que en el ordenamiento francés, cuyo modelo hemos seguido a partir de la reforma de 1900 (*vid. supra*, párrafo 32) tanto en la terminología como la dependencia de la institución del Ejecutivo, existe un paralelismo en las carreras judicial y del Ministerio Público, de tal manera que ambos reciben su preparación en la Escuela Nacional de la Magistratura; los integrantes de ambos cuerpos pueden cambiar de adscripción de uno a otro, y su ingreso, ascensos y traslados corresponden al Consejo Superior de la Magistratura. De acuerdo con una reciente reforma constitucional al artículo 65 de la carta fundamental de 1958 (el Consejo Superior de la Magistratura fue introducido desde la Constitución de 1946, y desarrollada por la Ley Orgánica 94-100 de 5 de febrero de 1994), dentro de dicho Consejo se integran dos secciones con distinto ámbito de competencia. Una respecto de los magistrados judiciales (*magistrats de siège*) y la otra respecto de los integrantes del Ministerio Público (*magistrats du parquet*), estos últimos dependientes del Ministerio de Justicia.

85. Cada sección se integra por doce miembros, pero no pueden sesionar simultáneamente, ya que varios de sus miembros forman parte de ambas secciones. La sección de los magistrados judiciales está compuesta, además de por el presidente de la República y por el ministro de Justicia, por cinco magistrados judiciales y uno del Ministerio Público (actualmente electos entre ellos, y antes designados por el presidente de la República), por un consejero de Estado, nombrado por el Consejo de Estado (Tribunal Supremo administrativo), y por tres personas distinguidas que no pertenezcan al orden judicial ni al Parlamento, nombradas respectivamente por los presidentes de la República, de la Asamblea Nacional y del Senado. La composición de la otra sección es prácticamente la misma, con la diferencia de que se invierte la relación entre miembros judiciales y del Ministerio Público.⁷²

86. Por supuesto que también debe profesionalizarse la policía de investigaciones que depende, o debe estar sometida, a las instrucciones del Ministerio Público y no a la inversa, como ha ocurrido con frecuencia en nuestro país. Es indispensable, por tanto, que se le otorgue una categoría profesional, con preparación técnica y también se le dote de los recursos materiales necesarios, desarrollo que como hemos señalado ya

72 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, y Fix Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 70, pp. 14-17, y Renoux, Thierry S., y Villiers, Michel de (comentaristas), *Code Constitutionnel*, París, Litec, 1994, pp. 502 y ss.
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

se ha iniciado en la Procuraduría General de la República por medio de su Instituto de Capacitación (*vid. supra*, párrafo 46).⁷³

VIII. CONCLUSIONES

87. De las breves reflexiones que hemos hecho con anterioridad podemos llegar a las siguientes conclusiones:

88. *Primera.* El Ministerio Público en el ordenamiento mexicano, tanto federal como en el de las entidades federativas, ha pasado por varias etapas en las que su situación ha sido diversa. A partir de la reforma constitucional de 1900, que situó al propio Ministerio y a su cabeza, el procurador general de la nación, bajo la dependencia jerárquica y discrecional del titular del Ejecutivo federal (y algo similar respecto de las entidades federativas), tuvo en la práctica una actividad muy restrictiva, por haberse conferido en los Códigos de Procedimientos Penales la función de Policía Judicial a los jueces de instrucción al mismo tiempo que al propio Ministerio Público y a la policía, lo que llevó a dichos jueces a adoptar una actividad inquisitiva tanto de investigación como de búsqueda de material probatorio, que propició graves abusos que fueron señalados en el Constituyente de Querétaro.

89. *Segunda.* En la Constitución de 1917, como una reacción a las extralimitaciones de los jueces de la época anterior, en su artículo 21 pretendió delimitar con precisión las funciones de investigación y acusación correspondientes al Ministerio Público, respecto de la aplicación de las penas, que corresponde a los jueces respectivos, pero tanto el legislador como la jurisprudencia y la doctrina extralimitaron las funciones del Ministerio Público hasta conferirle el monopolio del ejercicio de la acción penal. Por otra parte, se autorizó a la llamada Policía Judicial, que teóricamente estaba supeditada al Ministerio Público, pero con frecuencia ocurría lo contrario, para que recibiera confesiones de los inculpados, las cuales se consideraban válidas, sin presencia del defensor, si el propio acusado no demostraba que se le había sido arrancada por la fuerza, con la cual se hacía sencillo el ejercicio de la acción penal. Además, el propio Ministerio Público, con sólo control interno, podía decidir sobre el ejercicio de la acción penal y el desistimiento de la misma, que no podían

73 Cfr. Queralt, Joan Josep, “Fundamentos y límites de la actuación policial: legalidad, necesidad, oportunidad”, *Criminalia*, *cit.*, nota 71, pp. 65-90.
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

ser objeto de impugnación judicial, con lo cual se desorbitaban sus atribuciones.

90. *Tercera.* Esta situación empezó a cambiar desde 1991, con las reformas a los Códigos de Procedimientos Penales, tanto federal como distrital, ya que se prohibió a la Policía Judicial que recibiera declaraciones de los inculpados; se dispuso que las confesiones sólo serían válidas en el proceso si se expresaban ante el Ministerio Público o el juez de la causa, con asistencia del defensor del acusado; tampoco podía hacerse la consignación del inculpadado si sólo se contaba con su confesión como único elemento; la petición del sobreseimiento, que únicamente podía solicitar el Ministerio Público en primera instancia, ya no es imperativa para el juez. Estos preceptos equilibraron las difíciles relaciones del Ministerio Público con el juzgador. Además, en las reformas constitucionales de 1993, se dotó al Ministerio Público con las atribuciones de retención y detención de los inculpados en los supuestos de flagrancia y urgencia.

91. *Cuarta.* No obstante lo anterior, en las mismas reformas constitucionales de 1993, al modificarse los artículos 16 y 19 de la carta federal, se cambió el sistema tradicional de la comprobación del llamado “cuerpo del delito”, que con la presunta responsabilidad del inculpadado podía fundamentar el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, por el concepto doctrinal de los “elementos del tipo penal”, que fueron regulados por los Códigos de Procedimientos Penales de manera minuciosa, y además se establecieron los mismos requisitos para el auto de formal prisión o de sujeción al proceso por el juez de la causa, lo que invirtió la balanza ahora en perjuicio del Ministerio Público, que ha encontrado grandes dificultades, por exceso de la carga probatoria y la ausencia del auxilio de una policía técnica para cumplir con estos requisitos, lo que se ha traducido en conflictos entre las Procuradurías de Justicia y el Poder Judicial. A lo anterior debe agregarse que la jurisprudencia de la Suprema Corte exige que, en el auto de formal prisión o sujeción a proceso, se requiere, además de acreditar los elementos del tipo penal, establecer las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador, con lo cual se aumenta la ya pesada carga probatoria del Ministerio Público.

92. *Quinta.* Existe en la actualidad una vigorosa tendencia hacia la reforma de la Procuraduría de Justicia, en general y del Ministerio Público, en particular. Son numerosos los estudios doctrinales que se han

realizado, y actualmente se encuentra en discusión ante el Senado de la República iniciativas presidenciales de reformas constitucionales y legales que tienen como propósito esencial lograr el difícil equilibrio y armonía en las relaciones del Ministerio Público con el Poder Judicial. En un primer sector se proponen modificaciones a los artículos 16 y 19 de la carta fundamental, que nos parecen razonables, para limitar las exigencias del ejercicio de la acción penal y del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, que alivien el peso probatorio del Ministerio Público, sin afectar los derechos de defensa del acusado.

93. *Sexta*. Pero aun cuando dichas reformas constitucionales fueran aprobadas, que esperamos que lo sean, debe meditarse sobre la necesidad de una evolución sustancial del Ministerio Público mexicano en varias direcciones. Una muy significativa, de acuerdo con la tendencia que se observa en los ordenamientos contemporáneos, inclusive los latinoamericanos, que consiste en establecer una verdadera autonomía del Ministerio Público ya sea situándolo dentro del Poder Judicial o bien conservando su vinculación con el Ejecutivo, pero en todo caso otorgándole las mismas garantías que a los juzgadores, tales como estabilidad, remuneración, responsabilidad y autoridad. Un paso importante hacia estas garantías consiste en crear un sistema adecuado de preparación y selección de los miembros del Ministerio Público, y para ello sería conveniente introducir como parte de nuestras Procuradurías o posibles fiscalías un organismo similar al Consejo de la Magistratura implantado en las reformas constitucionales de diciembre de 1994, que podría denominarse Consejo del Ministerio Público. Tendría como funciones la administración, vigilancia y disciplina de los miembros de la institución, especialmente la preparación y selección técnica y profesional de sus integrantes, por medio de una verdadera carrera, en la que se ingresaría por oposición y se ascendería por méritos. También resulta necesario la profesionalización técnica de la policía de investigaciones que debe auxiliar al Ministerio Público, dotándola también de la preparación y de los recursos materiales suficientes.