

## X. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL NUEVO SISTEMA PENAL

La reforma constitucional impulsa en el ámbito de la procuración de justicia una profunda transformación. Redefine las funciones del Ministerio Público y la forma en que se relaciona con los otros órganos del sistema penal. El reto es no solo revigorizarlo sino reconstruirlo. No es posible seguir soportando el manejo político de la institución, el desarrollo de las actividades de persecución del delito sin políticas o criterios específicos y la extendida ineficiencia que solo produce impunidad.

Hay que tener claro cuáles son las nuevas funciones del Ministerio Público y el rol que debe cumplir en el sistema acusatorio. Si no se asume esta nueva concepción, la reforma puede reducirse a un proceso de darle vueltas a antiguos conceptos y en tratar de adecuar lo “moderno” en lo “antiguo”, no solo en lo normativo sino también, y para quienes acceden al sistema esto es lo más grave, en las prácticas que guían la dinámica institucional. El riesgo es reproducir el sistema anterior, en el nivel de sus prácticas, bajo el manto de nuevas normas cancelando así las expectativas generadas por la reforma.

Ante la reforma constitucional y procesal no basta con decir que se ejerce de forma especializada la función de acusación, que se defiende el cumplimiento de la ley o que se resuelven casos sin judicializar. Es lamentable que se repita, de frente a la carta magna, que el Ministerio Público no tiene nada que ver en la seguridad pública, que la conflictiva social que merece su atención es solo aquella surgida después de la comisión de delitos y que se tramitan los asuntos con absoluta imparcialidad. Esto lo único que muestra es que no se ha entendido el contenido del nuevo programa penal incluido en la norma fundamental. Para evitar

estas inercias y distorsiones, lo primero que debemos hacer es precisar las funciones del Ministerio Público y con base en ellas fijar políticas, dictar criterios y lineamientos, reorganizar a la institución y preparar a los operadores con el perfil adecuado para dar satisfacción a las mismas. Lo importante en esta definición funcional es satisfacer las exigencias ciudadanas, fortalecer la institución e inhibir la violencia social y, en base a estos objetivos, configurar una política de persecución penal que haga frente de forma efectiva a la criminalidad.

Según Binder, el Ministerio Público debe asumir y realizar en el proceso penal acusatorio, tres funciones básicas: a) efectuar una persecución penal igualitaria; b) racionalizar los conflictos de que conoce, y c) evitar injerencias en la realización de sus actividades técnicas.<sup>188</sup>

a) La primera función del Ministerio Público es “lograr la vigencia del principio de igualdad” que constituye un programa<sup>189</sup> constitucional que todos los operadores jurídicos están obligados a realizar (Bustos señala que este principio implica garantías concretas, pero también garantías “globalizadoras” que abarcan todo el sistema penal, a los operadores del sistema y a sus organismos).<sup>190</sup> La importancia de esta aseveración se comprende si se acepta, con Roxin, que el Ministerio Público posee, por lo menos, tres cualidades que provienen de su propia naturaleza institucional: a) defensor de las libertades individuales; b) garante

<sup>188</sup> Binder, Alberto, “Ministerio Público como gestor de intereses...”, *cit.*, p. 31.

<sup>189</sup> “El principio de igualdad en que se funda el Estado, dice Bustos, no es una realidad, sino solo un programa”. Bustos Ramírez, Juan, *Política criminal y Estado*, [http://www.juareztares.com/textos/bustos\\_politica\\_criminal.pdf](http://www.juareztares.com/textos/bustos_politica_criminal.pdf).

<sup>190</sup> Bustos Ramírez, Juan, *Principios fundamentales de un derecho penal democrático*, [www.cienciaspenales.org/REVISTA%2008/bustos08.htm](http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2008/bustos08.htm). Carbonell ha señalado que lo importante es que “desde una óptica global de combate a la desigualdad y de búsqueda de la integración social, no del delincuente, sino simplemente del excluido —en cualquiera de sus formas y modalidades (desde minorías sexuales y étnicas hasta grupos políticos marginales)— se cree una política criminal congruente, en primer lugar, con los derechos fundamentales”. Carbonell, Miguel, “Democracia y derecho penal en México”, *cit.*, p. 96.

de los derechos del acusado, y c) protector de los débiles y oprimidos. Estas características refuerzan su obligación de realizar el principio constitucional de igualdad y provocan que en el ejercicio de su función ineludiblemente tenga que considerar que el sistema sufre el riesgo de discurrir o desviarse hacia tendencias discriminatorias y criminalizantes.<sup>191</sup>

El principio constitucional de igualdad y las cualidades que lo caracterizan fuerzan al Ministerio Público a procurar, en el ejercicio de su actividad, que todas las personas, independientemente de que posean recursos económicos<sup>192</sup> o influencias políticas, cuando enfrenten un proceso lo hagan, precisamente, en condiciones de igualdad, que es la nota más característica de un proceso justo. Para hacer realidad esta directriz, el sistema ahora lo dota de los diversos mecanismos procesales que analizamos antes. Como dice Binder: “tenemos que generar un apoyo del Estado para que la víctima débil pueda garantizar que la persecución penal va a ser igualitaria y que, por lo tanto, el sistema adversarial no se va a convertir en un sistema de impunidad para los poderosos”.<sup>193</sup> Por ello, podemos afirmar, que en una de sus vertientes, la reforma constitucional pretende poner al sistema penal al servicio del principio de igualdad haciendo que sus operadores

<sup>191</sup> Recuérdese que para Baratta una de las manifestaciones de los sistemas punitivos es que “los órganos que actúan en los distintos niveles de organización de la justicia penal (legislador, policía, Ministerio Público, jueces, órganos de ejecución) no representan ni tutelan intereses comunes a todos los miembros de la sociedad, sino, prevalentemente, intereses de grupos minoritarios dominantes y socialmente privilegiados”. Baratta, Alessandro, *Principio de derecho penal mínimo*, cit., p. 301.

<sup>192</sup> Dice Aguiar que en la actualidad el mal diseño institucional del Ministerio Público y los escasos niveles de profesionalización de sus integrantes hacen que el ejercicio de la acción penal dependa de los recursos económicos con que cuenta el acusado. Aguiar, Azul, *Democracia sin Estado de derecho*, cit., p. 34.

<sup>193</sup> “Por eso tenemos a los fiscales, para que la víctima débil de nuestros sistemas puedan llegar a los tribunales y que la tutela judicial efectiva no se convierta en una promesa que luego las condiciones prácticas no la van a poder generar”. Binder, Alberto, “Ministerio Público como gestor de intereses...”, cit., p. 32.

se obliguen a proteger los intereses de todos y no solo los de un sector privilegiado de la sociedad. Si el Ministerio Público nació, como se ha dicho, bajo la promesa de ser “la mano del pueblo” y es “custodio de la ley”, estas características solo se entienden en un sistema que aspira a estar al servicio de la igualdad.

El Ministerio Público, por tanto, está obligado a realizar políticas que, respetando los derechos fundamentales, garanticen la ejecución de un modelo de persecución penal igualitario. El nuevo paradigma constitucional penal permite pasar, para decirlo en frase afortunada, “de la justicia penal a la justicia social”. De un Ministerio Público insensible a las cuestiones sociales, a uno inmerso en el propósito de coadyuvar a la realización del constitucionalismo de la igualdad.

b) Frente al nuevo programa constitucional, la segunda función a efectuar por el Ministerio Público es la racionalización de los intereses de la víctima para bajar los niveles de violencia ocasionados por el delito. Esta función parte de considerar que el actual sistema penal amplía el marco de derechos y garantías de los imputados, elimina la discrecionalidad de la intervención estatal y suprime la posibilidad de violencia privada, y fija como objetivo dar respuestas adecuadas a los conflictos sociales producto de la comisión de ilícitos. Lo importante ahora es la capacidad del sistema de resolver casos, y para hacer esto posible se crean diversas vías de solución a los mismos, algunas de ellas a cargo de las propias personas inmersas en los conflictos. Esto implica un nuevo entendimiento sobre el poder coactivo del Estado y la posición de las partes dentro del proceso, que los obliga a buscar y promover, antes que el castigo, al que nadie tiene derecho, la solución del conflicto penal y la paz social.

Al Ministerio Público, la introducción de nuevos mecanismos dentro del proceso penal le abre paso para efectuar una actividad constructiva mediante la adopción de decisiones acordes con las características de cada caso, contribuyendo, de esta forma, a la realización del programa de política criminal del Estado. Esto, como escribe Mendaña: “debe conducir necesariamente a un re-

planteo sobre la persecución penal pública, para que esta contribuya y no interfiera negativamente con las formas de solución que los propios involucrados puedan seleccionar para zanjar el conflicto”.<sup>194</sup> Esta importante actividad debe realizarse protegiendo los intereses de las víctimas, ya que parte de su función es permanecer “alineados” con ellas. En su calidad de “gestor de los intereses de las víctimas”, el Ministerio Público, como escribe Binder, no puede ser un “funcionario neutro”,<sup>195</sup> tiene que estar vinculado a ellas y contribuir a la solución de sus problemas. Aquellas y estos deben ser un objetivo propio y relevante de su acción.<sup>196</sup>

Pero otorgar al Ministerio Público diversos instrumentos procesales para que contribuya a la resolución de los conflictos penales y situarlo vinculado a los intereses de las víctimas no significa negar que su actuación está encaminada por el principio de objetividad o que dejen de considerarse dichos mecanismos como una forma de concretizar los límites del propio sistema penal; más bien, estos instrumentos y aquella función se le atribuyen con el objeto de que racionalice los intereses en conflicto y trate de reconstruir, en la medida de lo posible, los lazos interpersonales rotos por el delito y la paz en la comunidad. El Ministerio Público no puede trasladar los deseos de venganza de la víctima al sistema penal.<sup>197</sup> Debe transformar aquellos en respuestas racionales, motivadas y dirigidas a la realización de ciertos fines. Los principios

<sup>194</sup> Mendaña, Ricardo, “El Ministerio Público y la atención primaria de la conflictividad penal”, *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, Ecuador, Flacso, 2008, p. 24.

<sup>195</sup> Vargas Viancos, Juan E., *Desafíos para el Ministerio Público*, cit.

<sup>196</sup> Vargas Viancos, Juan E., *La reforma a la justicia criminal en Chile...*, cit., p. 19.

<sup>197</sup> Silva Sánchez alerta que el cambio progresivo en la concepción del derecho subjetivo provoca la consiguiente transformación en el ámbito del derecho penal objetivo (*ius poenale*): “en concreto, se tiende a perder la visión de éste como instrumento de defensa de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado. Y, así, la concepción de la ley penal como ‘*Magna Charta*’ de la víctima aparece junto a la clásica de la ‘*Magna Charta*’ del delincuente; ello, si es que ésta no cede la prioridad a aquélla”. Silva-Sánchez, Jesús María, *La*

que guían su actuación lo orientan a la “racionalización de la violencia de las víctimas”. Es comprensible que la víctima demande protección y la sanción de quien le causó daño, pero es inadmisibles que el Ministerio Público convierta esta demanda en una respuesta irracional y desproporcional al daño sufrido por aquella. Si el órgano persecutor actuara de esta manera, estaría incluso retorciendo los presupuestos en que está fundado el propio derecho penal que, como hemos dicho antes, conforma un conjunto de límites dirigidos al Estado y orientados a la protección de la parte débil dentro del proceso que es el imputado.<sup>198</sup> “Lo que se le pide al Ministerio Público, y a esto se llama objetividad, es que realice su tarea de buscar la eficacia de la tutela judicial calmando, racionalizando los intereses de la víctima, permitiendo que esa gestión sea eficaz en un contexto de bajar los niveles de violencia”.<sup>199</sup>

Estar al lado de la víctima no significa procurar el castigo en todos los casos, indefectiblemente, el ordenamiento impone al Ministerio Público que en el ejercicio de sus funciones garantice, junto con los intereses de la parte ofendida, la paz social.<sup>200</sup> Su

*expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, s. f., p. 38.

<sup>198</sup> Como escribe Ferrajoli, el derecho penal es la ley del más débil. “Es decir, la ley —alternativa a la ley del más fuerte— instituida en tutela de la parte más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el del proceso es el imputado y en el de la ejecución de la pena es el condenado”. Ferrajoli, Luigi, *Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado*, México, Instituto de Formación Profesional de la PGJDF, núm. 9, 2009, p. 13.

<sup>199</sup> Binder, Alberto, “Ministerio Público como gestor de intereses...”, *cit.*, p. 32.

<sup>200</sup> Del riesgo de hacer al sistema penal más represivo en virtud de la primacía de la víctima ha alertado Carnevali, quien dice: “Mientras en los años sesenta primaba la idea de la corresponsabilidad social en la generación de la delincuencia, hoy, de la mano, tanto de la desconfianza en el fin resocializador de la pena como de la consolidación de la ética de la responsabilidad personal, la colectividad presta toda su atención e identificación, cuando está frente a un conflicto penal, a la situación de la víctima, ‘dirigiendo’ toda la responsabilidad en el autor del delito, sobre el cual debe recaer el rigor de la pena. Esta clase de consideraciones ha hecho que, de una u otra forma, el sistema penal tienda a

deber es vigilar que los intereses de aquella sean resarcidos, pero no a costa de los derechos fundamentales del imputado y, en la medida de lo posible, intentar que esos intereses no pretendan ser satisfechos punitivamente y para ello puede utilizar las alternativas que el nuevo derecho procesal penal le atribuye. Para el sistema penal, el Ministerio Público es un órgano que recibe las demandas de la víctima, las racionaliza y las devuelve en forma de respuestas “con el menor contenido de violencia” y exentas de excesos y arbitrariedades.

c) La tercera función que atribuye Binder al Ministerio Público es que efectúe su actividad con plena autonomía técnica. Esto impone hacer los arreglos institucionales necesarios para alejar al Ministerio Público de estar sujeto a indicaciones sobre la forma en que resuelve los casos concretos de que conoce, es decir, “garantizar el cumplimiento de su función sin interferencias externas”; asegurar que no esté subordinado funcionalmente a ningún otro órgano o institución, porque la existencia de alguna relación jerárquica es indicativo de que las decisiones se pueden tomar en otras sedes; atribuirle facultades para organizarse y decidir cómo distribuir, canalizar y, en general, administrar su presupuesto, y disponer medidas para que sus miembros estén guarnecidos por garantías que, precisamente, tengan como objetivo hacer efectiva dicha autonomía.<sup>201</sup>

Esta definición de funciones brinda las bases para la elaboración de criterios de actuación para el ejercicio de la acción

ser más riguroso y menos flexible”. Carnevali Rodríguez Raúl, *Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional*, [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000100002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000100002&script=sci_arttext). Daniel Pastor ha mirado este fenómeno, dice: “Se ha invertido así, en los últimos tiempos, la función penal de los derechos humanos, que de protección del imputado ha pasado, claramente, a promoción de la víctima mediante la condena a ultranza, sin límite ni tasa, de los sospechosos”. Pastor, Daniel R., *La deriva neopunitivista de organismos y activistas...*, cit.

<sup>201</sup> Duce, Mauricio, *¿Qué significa un Ministerio Público autónomo?: problemas y perspectivas en el caso chileno*, <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/duce-autonomia-mp.pdf>, p. 2.

penal, es decir, para definir “el modo en que se realiza la preparación de las acusaciones y los criterios conforme a los cuales se toman las decisiones para llevarla adelante”.<sup>202</sup> El Ministerio Público necesita delimitar sus políticas de persecución adoptando decisiones en torno a los delitos, apoyándose en las reglas que conforman la política general contra la delincuencia y las funciones que tiene dentro del sistema penal. Estos criterios prevendrán cuando son procedentes y como se desarrollarán cada uno de los instrumentos o mecanismos que le otorga el nuevo Código Procesal.<sup>203</sup> Es decir, a las nuevas funciones y mecanismos normativos que tiene el Ministerio Público, necesariamente le sigue la confección de “una práctica sistematizada y organizada bajo ciertos parámetros institucionales, normativos, económicos y político-criminales acorde a la orientación de esa nueva forma de paradigmas generados por la reforma”.<sup>204</sup> Chi-

<sup>202</sup> Duce J., Mauricio y Riego R., Cristian, *Proceso penal*, cit., p. 142.

<sup>203</sup> Para algunos autores la materialización de la política criminal del Ministerio Público se produce, precisamente, mediante “el conjunto de criterios de actuación que regulan el sí y en qué condiciones archivar o no los procedimientos, en qué casos otorgar a los imputados el principio de oportunidad, cuando correspondería negociar una suspensión condicional del procedimiento, cuando acceder a un procedimiento abreviado o uno simplificado, y cuando seguir con el juicio oral hasta el final, esto es, todas las *instrucciones y criterios de actuación* que suponen la existencia de criterios sobre cuales delitos se estima prioritario perseguir ‘con todo el rigor de la ley’, y cuales no; en qué casos puede estimarse que un imputado no volverá a delinquir de llegarse a una salida alternativa y qué casos no; cuanto tiempo y recursos invertirá la Fiscalía en la investigación y sostenimiento ante los tribunales del caso o la policía en cumplir sus instrucciones; cuánta inversión en protección de víctimas y testigos es adecuada a la investigación en curso, etc.”. Matus Acuña, Jean Pierre, “Ocho años de política criminal: un legado para el futuro”, *Boletín del Ministerio Público*, Chile, núm. 32, 2007, p. 249.

<sup>204</sup> “Una política de persecución penal elaborada y estructurada, determinaría en gran medida las prioridades y necesidades a cubrir en el ámbito de la investigación criminal, así como también, funcionaría como un filtro de calidad del tipo de acciones y respuestas a dar en un contexto más amplio político-criminal, es decir, que se persigue, cómo se persigue y que respuesta se da a los conflictos ingresados”.

rino, avanzando en lo anterior, ha elaborado un marco de principios que deben guiar esta política de persecución penal, entre los que están los siguientes:<sup>205</sup>

- a) Principio de tutela de bienes jurídicos.
- b) Principio de necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto.
- c) Principio de transparencia.
- d) Principio de concentración en las formas de criminalidad no convencional.
- e) Principio de orientación a la víctima.
- f) Principio de aplicación mínima de la pena privativa de libertad.
- g) Principio de aplicación restringida de la prisión preventiva.
- h) Principio de racionalización de la prevención.

Si interpretamos el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución como la configuración de la estructura de la sociedad y de los contextos juridificados de interacción de individuos y grupos que, formando parte de la comunidad, se reconocen en sus identidades propias, y apreciamos y confiamos en que esta pluralidad y formas de acción y comunicación se pueden hacer valer en el derecho mismo, las normas que hemos revisado, además de reconocer y proteger las diferencias, podrán implementarse bajo la idea de evitar la exclusión, propiciar respuestas inclusivas y defender a los sectores más débiles o en situación de desventaja. Darán lugar a transitar un proceso que procure la integración de la sociedad mediante la realización del principio de igualdad. De lo que se trata es de realizar el viejo principio de iguales derechos para todos con el ingrediente de que este tam-

Maya Cobar, Edgardo A. y Feusier Ayala, Oswaldo E., *Relación entre la Fiscalía General de la República...*, cit., pp. 13 y 64.

<sup>205</sup> Chirino Sánchez, Alfredo, *Una política de persecución para el Ministerio Público en el Estado de derecho*, [www.revistas.unipar.br/juridica/article/view/1281/1134](http://www.revistas.unipar.br/juridica/article/view/1281/1134).

bién se funcionaliza, mediante la utilización del derecho, a la integración social.<sup>206</sup>

El nuevo sistema penal atribuye a la dogmática jurídica y a los órganos públicos una importante intervención en la realización de dicho objetivo. Aquel produce que las actividades jurisdiccionales y de persecución penal redefinan sus contornos. En esta virtud, juez y Ministerio Público asumen un renovado papel y la posibilidad de desarrollar una práctica jurídica que incluya considerar la situación real de los sujetos de las normas. A ambos el sistema actual les otorga la posibilidad de participar en la realización del modelo. De su compromiso pende la efectividad del nuevo proceso penal. Pero el programa también exige que la sociedad se muestre participativa y receptiva en el diseño y ejecución de las respuestas penales. Estas serán, en gran medida, no solo controladas, sino administradas por ella. Por eso, hoy más que nunca la realización del programa normativo de la Constitución tiene una condición: que no solo en la elaboración de las leyes sino también en la implementación de las instituciones que estas consagran haya una amplia participación social. Las leyes creadas por unos pocos no tienen perspectivas de éxito por su parcialidad y la implementación cerrada de estas las hace artificiales y extrañas a la comunidad. Las decisiones y acciones sobre temas relacionados con derechos deben involucrar a todos. Más aún cuando se trata de leyes penales que además de involucrar derechos tienen la intención de cumplir fines de prevención general y especial. La razón es muy sencilla: esas normas se van a aplicar sobre todos nosotros e impactarán en el futuro de la comunidad en que vivimos.

<sup>206</sup> Al respecto, Denninger, Erhard, “Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural”, en Denninger E. y Grimm, Dieter, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, cit., p. 38.