

EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA AVERIGUACIÓN DE LOS DELITOS *

Sergio GARCÍA RAMÍREZ **

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *El Ministerio Público en el Constituyente de 1916-1917*; III. *Acción y averiguación previa*; IV. *Inicio de la averiguación*; V. *Autoridad y parte*; VI. *Los particulares en la averiguación previa*; VII. *Legalidad en el ejercicio de la acción*; VIII. *Inimpugnabilidad del ejercicio de la acción*; IX. *Periodos de la acción*; X. *Valor de la prueba*; XI. *Legitimidad en el proceso probatorio*; XII. *La prueba y los auxiliares del Ministerio Público*; XIII. *Defensa*; XIV. *Los temas de la averiguación*; XV. *Medidas precautorias*; XVI. *Comentario final*.

I. INTRODUCCIÓN

Por más que exista una tendencia a “tipificar” al Ministerio Público, convirtiéndolo en figura de una pieza, fuera del tiempo y la circunstancia, lo cierto es que se trata del producto natural de cierta evolución histórica. Como el hombre de Ortega, es “yo”, pero es también su “circunstancia”; no son fungibles ni lo uno ni lo otro. Hay que hacerse a la idea, pues, de la diversidad y la contingencia, respetar una y otra, y sacar de ambas, con sentido creativo, el mayor provecho. En este campo más perturba que ayuda el síndrome de Procusto traladado al orden jurídico: querer que todo se uniforme bajo unas mismas y perfectas medidas.

Lejos de ajustarse a determinado modelo —del que lleva el nombre y algunas pretensiones fundamentales—, el Ministerio Público

* Seminario “Justicia y Sociedad”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 7 de septiembre de 1993.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

suele ser el producto de un prolongado, laborioso proceso de formación, y en este sentido constituye una figura esencialmente “nacional”, por una parte, y “dinámica”, por la otra.

Por lo tanto, cuando se alude a este personaje del proceso en forma universal, acaso sería adecuado hablar de “los” ministerios públicos, más que de “el” ministerio público, no obstante que se trate de una pieza común del proceso y a pesar de que nos hallemos, como se suele decir, en una “aldea global”.

El Ministerio Público mexicano, que se llama así porque así se denominó su semejante francés de la gran *Révolution*, difiere hondamente de éste, como se distingue, también en puntos de fondo, del promotor fiscal, de la *procuratura* y de otras presentaciones nacionales similares. Se acostumbra indicar que es producto de diversas influencias, concertadas en un largo desarrollo. En él se localizan datos del *Ministère Public* francés, indudablemente; de la promotoría fiscal española, que llega al México moderno desde su pasado colonial; y de una serie de necesidades y expectativas estrictamente mexicanas. Tal vez se podría añadir —al menos en lo que toca a ciertos rasgos de la institución en el plano federal— algún componente norteamericano: el que deriva de la misión del *Attorney General* como consultor jurídico del gobierno, en el prestigioso título informal de *maker of the Constitution*. Sería excesivo, ilusorio, pretender que nuestro Ministerio Público recibe también la influencia deliberada de la *procuratura* del viejo —hoy lo parece— derecho socialista.

Puestos en la realidad jurídica y sociopolítica nacional, el Ministerio Público se dispersa, nuevamente, en formas diferentes, siempre a pesar —y sin perjuicio— de los datos fundamentales que lo unifican. Aquí hay espacio para la distinción, que es muy importante, entre la versión federal y la versión local; en aquélla existe, todavía, la variante del Ministerio Público militar, con algún rasgo característico —es decir, ajeno a sus equivalentes civiles— en el ejercicio de la acción penal.

En suma, el cometido del Ministerio Público mexicano se concentra en la “procuración de justicia”, que debiera ejercerse —me parece— en la más amplia de sus expresiones, pero se recluye, por ahora, en un número de quehaceres relativamente menor y riguroso.

Agregaré que han prosperado en México diversas formas y figuras de procuración de justicia, por el empuje imperioso de los hechos, por la transformación del orden jurídico —sobre todo en el

tiempo del Estado benefactor, hoy asediado y decaído— y también, probablemente, por la reducción del horizonte del Ministerio Público, fruto de la inadvertencia, en el mejor de los casos. Así, ha sucedido que el “representante social” —como se califica, solemnemente, al Ministerio Público— reduce esa “representación social” a unas pocas —o a una sola, verdaderamente— de sus encomiendas legales y naturales.

Hoy aparecen y florecen diversas “procuraciones”, al lado y a despecho de la “Procuración de Justicia”, cuya atribución amplísima debió recogerse y servirse en las “Procuradurías de Justicia”, calificadas, además, como “generales”. Conozco otros puntos de vista acerca de la naturaleza y ventajas de las procuradurías especializadas, pero tengo para mí que el Ministerio Público pudo instalarse también en esos otros campos. Aún lo puede hacer —aunque también en este punto las opiniones son encontradas y la mayoría no favorece al Ministerio Público— en la gestión de los intereses difusos, pendiente de soluciones suficientes y finales, hasta donde esto es posible.

En el campo abandonado por el Ministerio Público —y quizás irre recuperable— se presentan las procuradurías especializadas, que erigió y conserva, no obstante los avatares que afronta, la corriente social del derecho: procuradurías del trabajo, del consumidor, de la familia, agraria, del ambiente, social, etcétera. Últimamente ha surgido con vigor extraordinario la procuración de los derechos humanos —bajo diversas designaciones—, en los planos institucional, estatal y nacional, y luego, de regreso, nuevamente estatal e institucional: la poderosa y utilísima institución es oriunda, en cierto modo, de las debilidades del Ministerio Público; ya no sólo de sus abstenciones, sino además de ciertas acciones insoportables, que generaron —“no hay mal que por bien no venga”— la reacción de la que nació el órgano federal promotor de los derechos humanos. Grave paradoja que la institución llamada a defender el derecho diese oportunidad, por estricto contraste, al nacimiento de otra que viniera, de veras, a defenderlos, inclusive y sobre todo frente a aquélla. El ciclo se consumó en la reforma de 1991 al artículo 102 de la Constitución. Ahí conviven, hoy, la antigua norma básica del Ministerio Público federal (apartado A) con la nueva norma vigilante del *ombudsman* (apartado B).

La mayor o menor pujanza del Ministerio Público— y en tal virtud, la amplitud o estrechez de sus facultades legales— han derivado

de su propio prestigio y no menos del desprestigio en que caigan otras instituciones a las que pudiéramos llamar, con una licencia del lenguaje, “competidoras” en el servicio público de la justicia. De ambas cosas derivan las expectativas que esa institución despierta o defrauda, y en consecuencia la ampliación o reducción de su papel en el proceso. Este ha sido —y sigue siendo— el hecho histórico en México.

En el siglo XIX, un ministerio público débil, muy afrancesado, figuró como funcionario, entre otros, de la policía judicial, entendida ésta como una actividad en la indagación de los delitos, no como un cuerpo de policía. También tuvo a su cargo —para moderar resabios inquisitivos y avanzar cautelosamente en el sentido opuesto— la acusación en el juicio penal. No existía entonces la institución concentradora del Ministerio Público: la Procuraduría de justicia, en la forma que hoy presenta.

II. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL CONSTITUYENTE DE 1916-1917

Por haber sido el Ministerio Público esa débil figura —meramente “decorativa”, se dijo— durante el porfiriato, no tuvo oportunidad de contaminarse con los atropellos y el descrédito que acabaron por minar a la judicatura. Esa etapa de nuestra historia, eficaz en el desarrollo de los ferrocarriles, la molienda del azúcar, la distribución de concesiones y la acumulación de la propiedad rural, no fue tan afortunada en materia de justicia.

Las enormes deficiencias de ésta —por calificarlas piadosamente— se hallaron en las raíces de la Revolución. No extraña, pues, que cuando Luis Cabrera se refirió a la solución del conflicto revolucionario, en pleno periodo de lucha armada, y a “las cuestiones de más urgencia que tienen que resolverse por medio de reformas legislativas”, inclúyese precisamente la “revisión de las leyes de enjuiciamiento civil y penal”, considerándola —con otras medidas apremiantes— como más urgentes inclusive —dijo textualmente— que las relativas “a la condición del jornalero en las fincas agrícolas (y) a las del obrero en las fábricas”, que no eran, por cierto, temas menores en ese tiempo.

El resentimiento frente a esa administración de justicia permeó profundamente al Congreso Constituyente, a tal punto que en él fue suprimida la Secretaría de Justicia. Lo fue también la de Instrucción Pública. Esta renacería, merced al empeño formidable de Vas-

concelos, pero no aquélla: así de profundo es el recuerdo sobre la justicia porfirista.

En ese Congreso Constituyente, integrado por un buen número de antiguos conocedores, en carne propia, de las “bondades” del proceso penal, se establecería la suerte del Ministerio Público, fuera del claroscuro discreto en que se había movido. Tal sucedió por el violento contraste con la judicatura, precisamente en el ámbito de la investigación de los delitos. En este orden de ideas, nos son familiares —y han sido rectoras— las reconvenciones y esperanzas de Carranza en su mensaje al Congreso y la “fórmula” feliz de Colunga que resumió las simpatías del Constituyente.

En su mensaje, el Primer Jefe propuso lo que calificó de “una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido en el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias”. Tal innovación tenía doble sustento: de un lado, la fortaleza del Ministerio Público; del otro, la reducción de poderes de los juzgadores en la indagación de los delitos. Ciertamente que “las leyes vigentes, tanto en el orden federal, como en el común —dijo Carranza—, han adoptado la institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél, tiene carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia”. Por su parte, “los jueces mexicanos han sido, durante el periodo corrido desde la consumación de la Independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial”, y en la investigación de los delitos y la búsqueda de las pruebas “siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura”.

El optimismo constituyente de Carranza le llevó a decir, en seguida, que

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 y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes.

Elevando el punto del optimismo, que Carranza logró transmitir al Congreso, en el Mensaje se aseguró que “con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada”. Vino después la “fórmula Colunga”, y el enorme poder procesal del renovado organismo quedó fijado en esta frase, que ha perdurado en medio del torrente reformador de la Constitución: “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”.

De esta suerte se afirmaba la separación de poderes: por una parte, el judicial, recogido en el segundo párrafo del artículo 14 y en el primero del artículo 21, con su facultad “propia y exclusiva” de imponer penas, esto es, de juzgar y “decir el derecho”; y por la otra, el administrativo al través del Ministerio Público, con su incumbencia, también exclusiva y propia, de perseguir los delitos. Así quedaba exaltado el Ministerio Público —según la interpretación dominante del artículo 21 constitucional, que no es, sin embargo, unánime— a la condición de titular único de la acción penal.

Quedaron en el pasado, pues, los temores del Constituyente de 1857 —un Congreso liberal, moderado— que no se atrevió a establecer la “instancia del Ministerio Público que sostenga los derechos de la sociedad”, por temor —en voz del diputado Villalobos— de que así se privase a los ciudadanos del derecho de acusar. Fue una primera *mise en scène* del contrapunto sociedad-individuo, llevada al terreno del enjuiciamiento penal. Era lógico que un Constituyente impulsado por preocupaciones sociales diese al asunto un giro diferente.

III. ACCIÓN Y AVERIGUACIÓN PREVIA

Ha corrido el tiempo: mucho tiempo, y en él, muchas cosas. Ya no se comparte el entusiasmo que tuvo Carranza y proclamó el Congreso de 1917. Hoy parece apuntar la hora de la antítesis, en espera de una síntesis juiciosa. El Ministerio Público se retrae, por una parte, aunque por otra vea crecidas y clarificadas sus funciones. Esto sucede, claro está, en el campo de la detención de indiciados, según la reforma constitucional de 1993, afortunada en algunos puntos y desafortunada en otros, que merecían —pero no obtuvieron— mayor reflexión.

Fuera de esto, se halla todavía al acecho uno de los grandes temas pendientes, según los críticos del régimen prevaleciente: el monopolio en el ejercicio de la acción penal. Digo uno de los grandes temas, porque también existe otro: la adscripción de ese organismo al Poder Ejecutivo. Aquí la Constitución de 1917 ratificó el viraje producido por la reforma porfirista de principios del siglo: el tránsito de la institución del ámbito judicial al ejecutivo; pero los hilos de la historia se enredaron en este recorrido, porque el artículo 102 —que consumó ese viaje— se halla entre los preceptos que la Ley Suprema destina al Poder Judicial.

Una característica de la función del Ministerio Público mexicano es, justamente, ese monopolio en el ejercicio de la acción, que tiene partidarios y detractores: es, sin duda, el tema más discutido del procedimiento penal, y uno de los más controvertidos en el derecho procesal patrio. No tiene caso incurrir ahora en los argumentos en pro y en contra, que serían —y han sido— materia de discusión en otros foros. Baste con decir que se reduce la posición del Ministerio Público, en virtud de los errores y horrores que lo han rodeado y que no favorecen su defensa, mientras crece, fuera, la audiencia de quienes solicitan el cambio de fondo.

Sea lo que fuere, el monopolio en el ejercicio de la acción —supuestamente asegurado por la frase constitucional: “La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”, prenda de la separación de poderes y del carácter rigurosamente público de la pretensión penal que se promueve por el cauce procesal de la acción— apareja cuatro potestades, que se analizan y actúan en la averiguación previa o con base en ella: indagar el delito y la responsabilidad, resolver de manera definitiva el no ejercicio de la acción, ejercitar ésta ante los tribunales y sostenerla al través de la acusación.

La averiguación previa, una instrucción administrativa, se desarrolla ante el Ministerio Público entendido como autoridad, y prepara el ejercicio de la acción penal, con todas sus implicaciones en orden a la acusación que, en su oportunidad, se sostendrá. Esto apareja dos consideraciones. Por un lado, la naturaleza y hasta el “estilo” de la actividad indagadora del Ministerio Público; por la otra, el objeto de la averiguación, o bien, los diversos objetos que luego concurrirán en la materia del proceso: hechos típicos, responsabilidad delictuosa, personalidad del infractor, sanción penal en sentido estricto y reparación a la víctima.

IV. INICIO DE LA AVERIGUACIÓN

Sigue vigente el principio, generalmente sustentado en el artículo 16 constitucional —que en este punto no se vio afectado por la reforma de 1993— de que la autoridad persecutoria, el Ministerio Público, no puede iniciar de oficio la averiguación previa. Se hallan proscritas, pues, las pesquisas. Esto en mérito de que ese precepto sostiene, hoy día, que el juzgador no librará una orden de aprehensión “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”.

Al respecto, la reforma de 1993 —muy desigual, con aciertos y desaciertos—, que eliminó referencias dignas de permanecer —como la de cuerpo del delito—, retuvo en cambio otras que pudo y debió suprimir: tal es la de “acusación” en ese artículo 16, que resulta inexacta si se refiere a la verdadera acusación, de la que es titular el Ministerio Público, y deviene innecesaria si apenas es —como efectivamente ocurre— sinónimo de querrela.

Más todavía, la variación constitucional de 1993, que dijo aclarar expresiones complejas o confusas —nuevamente la de cuerpo del delito— también pudo y debió evitar la vuelta que hoy debe dar la interpretación jurídica a efecto de establecer que el texto del artículo 16 abarca los requisitos para el ejercicio de la acción penal y no solamente para el libramiento de la orden de aprehensión, pese a que es esto último lo que aborda dicho precepto, y no aquéllo. Sin embargo, el ímpetu reformista no advirtió esta posibilidad; quedó intacta esa expresión de la norma, y por ende será preciso mantener el ejercicio interpretativo que asimile las condiciones para el inicio de la averiguación a las requeridas para la orden de aprehensión.

El mismo segundo párrafo del artículo 16 es la base —así se reconoce comúnmente— para precisar el propósito y el término de la averiguación, que son igualmente las condiciones para el ejercicio de la acción. También esto pudo ser atendido, y no lo fue, por la reforma de 1993. Pero de esto me ocuparé adelante.

Sobre el rigor con que ha de cubrirse el requisito de procedibilidad para emprender la averiguación —denuncia o querrela—, hay señalamientos jurisprudenciales interesantes. En seguida transcribo

una tesis sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito:

Denuncia o querrela, deben constar en las actuaciones de averiguación previa. La denuncia, acusación o querrela, ya sea que se presente verbalmente o por escrito, debe constar en la averiguación previa materia de la consignación que hace el Ministerio Público al juez competente. Esto se explica en razón de que solamente de esta manera puede el juzgador cerciorarse plenamente de la existencia del referido requisito así como para que el indiciado esté en condiciones de defenderse; por tanto, no basta para considerar acreditado éste, un informe de la Policía Judicial en que se mencione que en virtud de una llamada telefónica hecha a un particular, éste informó de la existencia de la denuncia, acusación o querrela que obra en diversa averiguación, respecto de un delito que la Policía Judicial estaba investigando, si a dicho informe no se acompaña copia certificada de la respectiva diligencia” (*SJF*, 8a. época, t. VI-Segunda parte-2, Tesis 48, p. 510, A.R. 310/88, Aureliano Cruz Arias, 20 de septiembre de 1988).

V. AUTORIDAD Y PARTE

La jurisprudencia y la doctrina mexicanas, trabajando a partir de la Constitución y de la ley procesal, distinguen dos aspectos dentro de la figura única del Ministerio Público, a la manera de un Jano bifásico. Es, desde una perspectiva, autoridad en sentido estricto, órgano del Estado con poder decisorio, que actúa bajo la soberanía de la ley y sin subordinación a ningún ente público, cualquiera que éste sea. Desde otra perspectiva, es parte procesal, sujeto de la relación que se establece a propósito de la acción y para el desempeño de la jurisdicción. Me estoy refiriendo, desde luego, sólo al Ministerio Público en el procedimiento penal; dejo de lado otras notables cuestiones —y versiones del mismo Ministerio Público— en relación con diferentes encomiendas que las leyes le atribuyen.

Es común afirmar que el Ministerio Público constituye autoridad, y como tal actúa para todos los efectos consiguientes, cuando lleva a cabo la averiguación previa del delito. Aquí es típico órgano del Estado, encuadrado en el Poder Ejecutivo, que ejerce una atribución autoritaria establecida en el artículo 21 de la Constitución: la persecución del delito, dentro de la fase investigadora, en la que no se subordina a otra autoridad —así, la jurisdiccional— y lleva ade-

lante determinadas actividades por sí y ante sí, hasta estar en condiciones de determinar si ejercita la acción penal.

Bajo este mismo criterio, el no ejercicio de la acción es, todavía, un acto de autoridad, en tanto que el ejercicio de la acción —la consignación del asunto ante el órgano jurisdiccional— constituye el primer acto de parte procesal: en él somete la pretensión a la autoridad jurisdiccional, que en lo sucesivo presidirá las diligencias y resolverá en cuanto al fondo y acerca de todos los temas accesorios que a lo largo de procedimiento se propongan: libertad provisional, medidas de aseguramiento, admisión y desahogo de pruebas, etcétera. Ha desaparecido entonces la función autoritaria del Ministerio Público. Resta, como potestad, sólo la del juzgador. Ante éste, el Ministerio Público es sólo parte procesal: elemento en el ejercicio contradictorio que apareja el proceso.

No hay duda, sin embargo, de que el Ministerio Público jamás podrá ser reducido, estrictamente, a la condición de parte en el proceso, en pie de igualdad con el inculpado, como si se tratara de dos litigantes idénticos que enfrentan sus respectivas pretensiones. El dato de autoridad no abandona al Ministerio Público, y se filtra hacia las actividades que éste realiza en el proceso. De ahí que se deba reconocer, por lo menos, que el Ministerio Público es una parte “privilegiada”. Por lo más, hay quienes sostienen que el proceso penal no es un verdadero proceso entre partes, habida cuenta de la presencia y preponderancia del Ministerio Público.

Esta premisa acerca de la doble función o dimensión del M.P., arroja consecuencias diversas sobre el procedimiento. Por una parte, establece que el procedimiento penal es uno solo en sus diversas etapas: la primera, ante la autoridad administrativa; la segunda, ante la jurisdiccional. Por este doble medio el Estado desempeña, al través de diversos órganos suyos, una sola atribución en orden a la justicia penal y a la defensa social. Es uno solo el Estado que actúa, aunque lo haga, ciertamente, por diferentes conductos: esto, que da unidad a la intervención del Estado, la confiere también al campo de dicha intervención, que es el procedimiento penal. Esto mismo postula —aunque errando al sugerir que ante el Ministerio Público ya existe proceso penal— una interesante ejecutoria de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia:

Averiguación previa, integración al proceso de la. La averiguación previa que levanta el Ministerio Público, al hacerse la consignación

al juez del conocimiento, integra, junto con las diligencias judiciales, un todo indivisible que constituye el proceso (*SJF*, 7a. época, vol. 127-132, p. 30, A.D. 2029/79, Melquiades Cruz Delgado, 23 de noviembre de 1979).

Ahora bien, el Ministerio Público, debe respetar la frontera entre sus dos funciones, y conferir a sus actividades congruencia o correspondencia con la naturaleza de la etapa y, por ende, de la función en la que se realizan. No puede llevar a cabo acciones autoritarias en el proceso, porque carecerían de valor como tales, ni son solamente parciales —de parte— las que cumpla en la averiguación previa. Este deslinde también ha sido explorado por la jurisprudencia. En efecto, la Primera Sala de la Suprema Corte ha resuelto:

Ministerio Público. Significación probatoria de las informaciones testimoniales que recibe después del periodo de averiguación previa. Cerrado el periodo de averiguación previa por la consignación de los hechos al juez respectivo, el Ministerio Público no tiene competencia para actuar como órgano investigador del delito y de las personas responsables; en consecuencia, las actuaciones que forme para hacer constar deposiciones de testigos no tendrán el carácter de instrumentos públicos y las informaciones en cuestión serán simples declaraciones extrajudiciales a las que el juzgador apreciará según que hayan sido o no ratificadas ante él y de acuerdo con la relación en que se encuentren con las demás constancias existentes en los autos (Informe 1956, Parte II, p. 63, A. 5471/54, Pedro Juárez o Pedro Marcelino Juárez Escalona y Eulogio Morelos Victoria, 5 de diciembre de 1955).

Con respecto a diligencias practicadas por el Ministerio Público después de ejercitada la acción penal, la propia Primera Sala ha manifestado también lo siguiente:

Ministerio Público, actuaciones indebidas del. El Ministerio Público actúa como autoridad en la fase de averiguación previa y, como tal, puede efectuar cuantas diligencias sean necesarias para la investigación de los delitos, pero ejercitada la acción penal, el órgano ya no tiene aquel carácter, sino el de parte en el proceso. Por tanto, es violatoria de garantías individuales la sentencia condenatoria que, para tener por demostrada la responsabilidad penal del procesado, indebidamente se apoya en una declaración del coacusado, rendida ante el Ministerio Público cuando esta institución ya no

conservaba el carácter de autoridad con relación al procesado de referencia, sino sólo con respecto al confesante, que aún no había sido consignado; por lo que si a la representación social, como parte en el proceso abierto al quejoso, convenía aportar como prueba de cargo la declaración del coacusado, tal testimonio debió recibirse con citación de aquél y de su defensor, a efecto de darles oportunidad de que lo repreguntaran (*Informe 1984*, Parte II, p. 29, A.D. 3991/83, Jesús Héctor Carreón Burciaga).

La calidad de autoridad que posee el Ministerio Público, en su caso, tiene relevancia para fines de incriminación de quien declara falsamente ante él, conforme al tipo penal correspondiente. Así lo precisó el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito:

Falsedad en declaraciones rendidas ante una autoridad distinta de la judicial, delito de. Cuando se configura. Un estudio analítico de los elementos constitutivos del tipo penal previsto por el artículo 247 fracción I del Código Punitivo, permite establecer que cuando se declare con falsedad ante el agente del Ministerio Público, actuando éste en ejercicio de sus funciones y con motivo de ellas, se actualiza la figura delictiva en comento, porque el órgano investigador sólo en la etapa de averiguación previa tiene el carácter de autoridad convirtiéndose en parte después de iniciado el procedimiento penal, pero siempre dependiendo del Poder Ejecutivo, pues de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 21 constitucional, en este órgano se escinden ambas funciones, al establecer tal precepto que “la persecución de los delitos corresponde al Ministerio Público”, lo cual pone en claro que la autoridad investigadora no forma parte del Poder Judicial (*SJF*, 8a. época, t. III-Segunda parte-I, Tesis 119, p. 338, A.R. 222/89 (Ricardo del Toro Méndez, 28 de junio de 1989).

Se plantea en este punto el interesante tema de la doble función del Ministerio Público cuando se sujetan a investigación —y luego a proceso— unos mismos hechos cometidos por diversas personas, de las cuales alguna o algunas han sido ya consignadas, y otras no. En relación con éstas, el Ministerio Público sigue actuando como autoridad en la averiguación previa respectiva; en lo que respecta a aquéllas, ha perdido la función autoritaria y se concreta a ser parte procesal. Así lo sostiene la justicia federal:

Ministerio Público, cuando puede tener doble carácter, como autoridad y como parte. El agente del Ministerio Público en la fase de averiguación previa o de preparación de la acción penal, actúa con el carácter de autoridad en la persecución del delito, facultad que le confiere el artículo 21 constitucional; no obstante, al ejercitar la acción penal, se convierte en parte en el proceso; sin embargo y dado el caso, si el representante social en el pliego consignatorio se reserva el ejercicio de la acción penal en contra de quien o quienes además pudieran resultar con posterioridad involucrados en los mismos hechos, sólo conservará ese carácter respecto de éstos, más no de aquellos contra los que ya haya ejercitado dicha acción; pero con igual facultad, no obstante, puede allegarse los datos que requiera para integrar la averiguación que se encuentre pendiente, incluyendo el propio examen de los ya procesados, puesto que en tal caso, salvo las limitaciones que la propia ley imponga, obra bajo el amparo de la precitada disposición constitucional (*SJF*, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, A.R. 64/87, Francisco Javier Tejeda Jaramillo, 3 de marzo de 1989).

La averiguación previa, pues, corresponde a la autoridad del Ministerio Público, y en ella hay un interés de orden público: se trata, en efecto, de que el Estado lleve adelante su característica e indelegable misión de realizar la justicia penal, garantizar la paz y la seguridad, proveer a la defensa social. Contra esto no prevalece un hipotético interés particular, y menos todavía si la averiguación no apareja afectaciones al derecho del individuo, como pudiera ser el aseguramiento de su persona o de sus bienes. En este sentido se ha pronunciado la Primera Sala, desde hace tiempo:

Averiguaciones previas. La averiguación de los delitos constituye el ejercicio de una función de orden público, y no viola, por sí sola, garantía individual alguna si no restringe la libertad, derechos o posesiones de los inculcados, puesto que viene a establecer el cumplimiento de obligaciones ineludibles encomendadas a las autoridades, de manera que si al quejoso no se le permite intervenir como parte en la averiguación previa de que se trata, porque en ella no tiene el carácter de procesado, y sólo interviene en la misma el Ministerio Público, ello no puede implicar violación de garantías (*SJF*, 5a. época, t. XCIV, p. 1597, Doria Balli Felipe, 29 de noviembre de 1947).

Otra resolución interesante sobre este asunto y otros extremos conexos es la dictada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito:

Suspensión, improcedencia de la, cuando se impide la continuación del procedimiento en una averiguación previa, aun cuando quede sin materia el juicio de amparo. No procede la suspensión cuando produce los efectos de impedir la función encomendada al Ministerio Público por el artículo 21 constitucional para la investigación y persecución de los delitos; aun cuando quede sin materia el juicio de amparo, ya que ante el conflicto de tales principios debe prevalecer el interés colectivo sobre el particular, ya que de lo contrario se haría nugatoria la función constitucional del Ministerio Público (*SJF*, 8a. época, t. V-Segunda parte-1, Tesis 87, p. 494, Incidente 443/89, Elena Kaminsky Brenner, 27 de febrero de 1990).

VI. LOS PARTICULARES EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Corresponde ahora discutir la participación y los derechos de los particulares en la averiguación previa. Me parece insostenible la idea de que el inculcado sea simplemente un “objeto” de la averiguación; es sujeto de ésta, aunque sus derechos no siempre tengan la misma intensidad que revisten cuando se entra a la etapa del proceso. Posee, pues, facultades y es pasivo de obligaciones.

En este orden de cosas la ley secundaria avanzó considerablemente en el curso de los últimos lustros, sobre todo para conceder al inculcado derechos a la libertad provisional —en su modalidad de libertad previa o administrativa— y a la defensa —para actos de esta naturaleza e intervención de un defensor del detenido en la averiguación previa—. Hoy se suma el penúltimo párrafo del artículo 20, merced a la reforma de 1993.

La cabeza del artículo 20 hablaba de las garantías del acusado en todo juicio del orden criminal; actualmente se refiere a las garantías del inculcado en todo proceso del orden penal. No hay cambio verdadero, salvo una corrección puramente técnica —el cambio de “acusado” por “inculcado”—, innecesaria en la medida en que el asunto estaba suficientemente zanjado por la jurisprudencia y la ley secundaria. Lo importante y provechoso ha sido la ampliación de garantías al periodo de averiguación previa, que ciertamente se podía hacer —y en efecto se hizo— por conducto de la legisla-

ción secundaria. La recta interpretación de los textos constitucionales permite su “actualización” razonable —misión de la jurisprudencia—, y ahorra, al menos en ocasiones, reformas que no son verdaderamente necesarias.

El actual penúltimo párrafo del artículo 20 expone: “Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estarán sujetas a condición alguna”. No existe explicación de este párrafo en el dictamen elaborado en la Cámara de Diputados, donde se originó la iniciativa de reforma constitucional.

La fracción V del artículo 20, cuyo texto es el mismo que tenía antes de 1993, se refiere a la recepción de las pruebas del inculpado, “concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto. . .” En este punto la apresurada reforma no pareció tomar en cuenta que los tiempos corren de diversa forma cuando se trata de una averiguación previa y cuando viene al caso un proceso. Será preciso que la ley, en su momento, establezca condiciones específicas para aquélla, consecuentes con la extrema celeridad que debe tener cuando está detenido el inculpado.

La fracción VII, que también se mantuvo en los términos de su texto original, previene facilitar al inculpado “todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso”. Esto puede ser interpretado en dos formas: el inculpado —no sólo el detenido, puesto que la Constitución no hace diferencia— tiene derecho a conocer íntegramente el expediente en que se documenta la averiguación previa; o bien, sólo posee el derecho a solicitar los elementos de los que tenga conocimiento y que figuren en ese expediente. Probablemente no se meditó en el alcance de esta nueva determinación constitucional. En todo caso, estimo plausible la primera posibilidad, la más amplia desde el ángulo de los derechos del inculpado; la otra cae en un juego de adivinanzas que se acomoda mal con el espíritu de la norma.

De fecha anterior a la reforma, obviamente, es una resolución de la justicia federal que postulaba el derecho del inculpado a acceder al expediente de averiguación y recabar elementos de éste. Reproduzco la primera parte de la tesis, no así la segunda, que tiene que ver con la competencia de juzgadores de amparo en materia administrativa para conocer de actos del Ministerio Público, órgano administrativo, realizados en un procedimiento penal.

Ministerio Público. Negativa al otorgamiento de copias certificadas de la averiguación previa. Es un acto de naturaleza intrínsecamente penal. Todos los actos procedimentales emitidos en la fase de averiguación previa por la institución del Ministerio Público tienen naturaleza intrínsecamente penal y pueden afectar la libertad personal del imputado. Ante esa sola circunstancia, el hecho de que el acto concreto, materia del acto reclamado, se haga consistir en la omisión para proporcionar al señalado imputado copia certificada de las actuaciones de la averiguación previa e impedirle la consulta de las constancias de tal averiguación, obviamente es una omisión que afecta o podría afectar la garantía de defensa del imputado a que alude el artículo 20 de la Constitución General de la República y podría traducirse en la afectación de la libertad personal del imputado. . . (S/JF, 7a. época, vol. 115-120, p. 110, A.R. 404/78, Francisco Villagómez García, 30 de agosto de 1978).

La fracción IX se refiere al derecho de defensa, que abarca la asistencia por defensor de oficio, inclusive en el caso de que el inculcado no quiera designar defensor particular y tampoco elija a un defensor de oficio, cuando sea requerido para hacerlo. Las reformas de 1981 al Código de procedimientos penales del Distrito Federal, y de 1983 al Código Federal de procedimientos penales, ampliaron grandemente la facultad de defensa del inculcado detenido.

Para formular esa ampliación, los ordenamientos secundarios se sustentaron en la idea —vigorosamente postulada para este y otros fines: así, la libertad provisional ante el Ministerio Público y la duplicación en el plazo para emitir auto de formal prisión— de que la Constitución no contiene un catálogo máximo de derechos del individuo, sino apenas los derechos básicos, los mínimos, que pueden ser mejorados por el legislador secundario sin necesidad de reforma constitucional.

Hoy ya no se requiere de esa interpretación —sólida, sin duda, pero controvertida en su momento— por lo que hace a la libertad provisional y al derecho a la asistencia de un defensor, pero sigue siendo necesaria por lo que toca al plazo para el auto de formal prisión, en virtud de que la reforma de 1993 al artículo 19 constitucional “olvidó” este punto.

Resta comentar la última expresión del citado penúltimo párrafo del artículo 20, según la redacción procedente de la reforma de

1993: “lo previsto en las fracciones I y II no estarán sujetas a condición alguna”. Se trata de un curioso galimatías.

¿Se quiso decir que las garantías de esas dos fracciones —libertad provisional y protecciones a propósito de la declaración del sujeto, con terminante proscripción de incomunicación, intimidación o tortura— rigen también en la averiguación previa y no sólo en el proceso? De ser así, habría bastado con enumerarlas al lado de las fracciones V, VII y IX, en la primera parte del párrafo.

¿Se pretendió establecer que esas garantías no regirán en la averiguación previa? No parece creíble tal cosa, además de que ese efecto se hubiera alcanzado con sólo omitir la alusión a ellas.

¿Se quiso indicar que no se exigirán a los inculcados o indiciados, para disfrutar de los derechos previstos en las fracciones I y II, las condiciones que a este mismo respecto fijan esos preceptos? Esto carece de sentido si se trata de la fracción II, que nada requiere para excluir el maltrato del inculcado. Tampoco tendría sentido suponer que se trata de otorgar validez a la declaración rendida ante el Ministerio Público o el juez sin la asistencia del defensor del declarante, que es la “condición” de validez de la declaración que previene la fracción II. Por otro lado, también parece absurdo suponer que la exención de “condiciones” por lo que toca a la garantía de la fracción I —acerca de libertad provisional— implica que en la averiguación previa se deba conceder la libertad bajo caución sin el otorgamiento de la caución, o sin la posibilidad de que el juez pueda revocar la libertad provisional cuando el beneficiario de la medida incumpla gravemente las obligaciones inherentes a ésta.

A mi juicio, se mantiene en pie la jurisprudencia sentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito acerca de la firmeza de la averiguación previa —impugnada en amparo—, cuando no se traduce inmediatamente en limitaciones a los derechos de una persona, que tampoco resultan, *ipso facto*, de la consignación del inculcado ante la autoridad judicial. Así se expresa dicha jurisprudencia:

Improcedencia del juicio de amparo cuando se reclaman del Ministerio Público actos relativos a la integración de una averiguación previa. Aun cuando el Ministerio Público al integrar una averiguación previa, actúa como autoridad, sin embargo, el desahogo de diligencias para tal fin, no causa un daño o perjuicio al gobernado contra el cual se hayan iniciado las investigaciones correspondientes,

a menos que en ellas se ordenara que se le privara de la libertad, de sus posesiones o derechos; lo mismo acontece cuando acuerda sobre la consignación de la averiguación y ejercita la acción penal, pues es el juez del proceso a quien le corresponde resolver sobre el pedimento del representante social, cuya determinación, en todo caso, sería la que vendría a afectar la esfera jurídica del quejoso (*SJF*, 8a. época, t. V-Segunda parte-2, Tesis I.2o.P. J/11, p. 689, A.R. 472/89, Rey Baltazar Salazar Arroyo, 31 de enero de 1990; A.R. 344/89, Jorge Arturo Carey Navarro, 11 de octubre de 1989; A.R. 322/89, Jorge Arturo Carey Navarro, 28 de septiembre de 1989; R. 320/89, Diana Melanie Martínez y Martínez, 13 de septiembre de 1989; y A.R. 318/89, María Antonieta Carey Navarro, 13 de septiembre de 1989).

La reforma constitucional penal de 1993 colocó al final del artículo 20 un párrafo interesante, aunque inconsecuente con la cabeza del precepto. Esta dice: “En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías”, esto es, se refiere a los derechos públicos subjetivos del inculpado. En cambio, el párrafo final del mismo artículo —cuyo tema son las garantías del inculpado— alude a otro personaje, no solo diferente, sino además antagónico: la víctima o el ofendido por algún delito.

En todo caso, me parece conveniente que la ley constitucional se ocupe también del sujeto pasivo del delito, y no solamente, como hasta ahora, del activo. El mencionado párrafo final del artículo 20 manifiesta que “en todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes”.

Bien que se provea al ofendido de asesoría jurídica, que le permita hacer valer sus derechos, a menudo ignorados o menoscabados. Se trata de una modalidad de la defensoría de oficio, que desarrolla lo estatuido en normas secundarias a propósito de la asistencia legal pública a personas que no pueden obtenerla por sus propios medios. En lo que respecta a la reparación del daño, la norma constitucional poco o nada significará en la práctica mientras el resarcimiento siga figurando, como erróneamente ocurre desde 1931, como “pena pública”, supeditada al Ministerio Público.

En cuanto a la atención médica de urgencia, no hay objeción, por supuesto, a que se brinde al ofendido la que requiera. Más toda-

vía, se le debiera otorgar amplia atención médica, no apenas la de urgencia. Ahora bien, no era necesario, y ni siquiera pertinente, colocar en el artículo 20 esta norma, puesto que sólo se trata de una proyección del derecho a la protección de la salud que estatuye el tercer párrafo del artículo 4o. constitucional. Y si se trata de otra cosa —posibilidad improbable—, queriendo tomar en cuenta las alteraciones a la salud que tienen como origen un hecho delictuoso, entonces resultaba necesario aludir también a la atención médica al inculpado. En este aspecto no es posible hacer distinciones incluyendo a uno y excluyendo a otro, pues los sujetos de que se trata reciben el servicio médico público a título de individuos —como dice el artículo 1o. de la Constitución—, no de víctimas de hechos ilícitos, con la contrapartida sancionadora —o simplemente retórica— de que no se acuerde lo mismo a los responsables —o probables responsables— de esos hechos.

Por lo demás, hay que poner en la cuenta de los desaciertos de esta redacción el hecho de que suponga que la víctima y el ofendido, que no siempre son el mismo sujeto, pueden tener al unísono derechos tales como la coadyuvancia con el Ministerio Público. ¿Cómo podrían ejercer esa coadyuvancia las víctimas indirectas del crimen, que no son el ofendido, o las víctimas vinculadas con el infractor —así, sus familiares y dependientes?

Como sea, la coadyuvancia del ofendido, que incorporó primero el Código distrital de 1931, admitió luego la reforma federal de 1983 y adopta ahora el artículo 20 constitucional —de manera más retórica que práctica—, establece un puente para el acceso franco del ofendido al proceso. Efectivamente, éste puede aportar directamente al juzgador los elementos tendientes a acreditar el deber de reparación y la cuantía del resarcimiento; y es imposible hacerlo sin establecer, primero, la existencia de un delito y la responsabilidad de cierto individuo: de lo contrario no habría título jurídico para el resarcimiento. Así ingresa el ofendido, por la puerta de atrás, al proceso penal.

Aquí conviene tomar en cuenta otro error de la reforma constitucional de 1993, en este caso con respecto a la fracción I del artículo 20. Esa reforma reduce injustificadamente la protección a los intereses legítimos del ofendido. En el texto anterior se aludía a los daños y perjuicios causados a éste. Obviamente, el sujeto pasivo del delito no sólo puede sufrir daño con motivo de la conducta ilícita que lo agravia, sino también resentir perjuicios. En todo caso, aquéllos y

éstos tienen una fuente ilícita y no parece justo ni sensato obligar al victimado a absorber sus daños y perjuicios, o alguno de estos conceptos, sino requerir que lo haga el infractor. No obstante esto, la errónea reforma prescindió del concepto de perjuicio y se contrajo al de daño.

En efecto, el primer párrafo de esa fracción I resuelve, desandando lo bien andado: “Inmediatamente que lo solicite (el inculpado), el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso pudieran imponerse al inculpado...”. Como se ve, hay desvalimiento del ofendido. En cambio, se incorporó una novedad con respecto al texto anterior, que provino de la reforma de 1984: garantía de las sanciones pecuniarias. La ley penal resuelve que bajo el título de sanción pecuniaria quedan comprendidas la multa y la reparación del daño (y de los perjuicios). Como la fracción I habla separadamente del daño y omite la referencia al perjuicio, cabe concluir que esas “sanciones pecuniarias” mencionadas por la Constitución se resumen en una sola: la multa. Por lo tanto, se ha descuidado el interés patrimonial del ofendido, pero no el del Estado.

Los otros particulares que pueden concurrir a la averiguación —además, claro está, de los testigos, peritos, emisores de documentos, etcétera, que se hallan asociados a la prueba, no a los hechos punibles mismos— son el denunciante, el querellante, el ofendido y la víctima. En las siguientes líneas me referiré sólo al ofendido, suponiendo que en él se absorben el denunciante (cuando se trata del agraviado por el delito que denuncia; si es completamente ajeno a éste se trata sólo de un transmisor de conocimientos, sin derechos menoscabados por la conducta ilícita), el querellante (que es un legitimado para promover la averiguación previa, a menudo agraviado directamente por el delito, aunque no siempre ocurre así: representantes legales y mandatarios), y la víctima (expresión utilizada en ocasiones como sinónimo de ofendido; concepto más criminológico que jurídico, que abarca inclusive a los dependientes y allegados del delincuente).

El ofendido puede denunciar o querellarse —cuando la ley lo legitima para esto, es decir, le confiere la facultad de promover la averiguación previa mediante querella privada—, pero carece de interés jurídico propio en orden a la sanción penal, que se alcanza mediante la acción del mismo género, aunque sea titular de un de-

recho al resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de la conducta ilícita.

Aquello, la extrañeza del ofendido frente a la sanción penal, y por lo mismo con respecto a la acción penal, trae la consecuencia —en nuestro Derecho— de que el ofendido no pueda “exigir” el ejercicio de la acción persecutoria. El control de ésta se le escapa; corresponde sólo a órganos internos en la institución del Ministerio Público. Ante ellos el ofendido —asimismo, el denunciante y el que-rellante— puede hacer valer probanzas y opiniones en un procedimiento especial que se abre de oficio cuando se avecina el no ejercicio de la acción, probabilidad que debe ser notificada al ofendido —y a aquellos otros participantes—. Se trata de un derecho de éstos en la averiguación previa.

El ofendido tampoco puede reclamar directamente al infractor por la vía penal el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaron, pues esa reclamación forma parte de la pretensión punitiva y se encauza al través de la acción penal, cuyo titular exclusivo es el Ministerio Público. Puede, sin embargo, recurrir a la vía civil para actuar su derecho privado.

La progresista reforma penal y procesal de 1983 estableció que el ofendido puede recurrir a la vía civil, en demanda de resarcimiento, cuando no le sea posible obtener éste por la vía penal en virtud de no ejercicio de la acción, sobreseimiento o sentencia absolutoria. Se toma en cuenta, como factor de esta previsión, que la conducta del agente puede ser civilmente ilícita, aunque no sea penalmente sancionable, y que en ese caso procede la reclamación a través del juicio común.

La jurisprudencia federal ha resuelto, con la mayor frecuencia, que el ofendido no puede utilizar el remedio del amparo para obligar al Ministerio Público a ejercitar la acción penal, cuando éste resuelve no hacerlo. Sobre el particular existen diversos argumentos de la justicia federal. En muchos casos se ha dicho que la acción penal se halla excluida del patrimonio —o mejor aún, del ámbito de derechos de los particulares— y que el Poder Judicial no puede sustituir al Ministerio Público en una decisión que incumbe a éste de manera exclusiva. Esto se afirma, por ejemplo, en la siguiente tesis:

De acuerdo con el artículo 21 de la Constitución, la acción persecutoria es facultad exclusiva del Ministerio Público, que representa a la sociedad. Eso obliga a excluir dicha acción del patrimonio

privado, sin que obste en contrario cualquiera actitud indebida en que sobre el particular incurra el Ministerio Público, porque en todo caso, esa actitud vulneraría derechos sociales, entre los que se cuenta el de perseguir los delitos, lo que, a lo sumo, podría motivar en contra del funcionario infractor de la ley, el consiguiente juicio de responsabilidad, pero no una controversia constitucional que, de prosperar, tendría como resultado que se obligara a la autoridad responsable a ejercitar la acción penal, cosa equivalente a dejar al arbitrio de los tribunales de la Federación la persecución de los delitos, que por disposición expresa de la Ley Suprema queda fuera de sus atribuciones (*SJF*, 5a. época, t. LXXII, p. 379, Gutiérrez Anselmo).

En tal virtud, el juicio de amparo no es el remedio para la renuncia del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, también ha habido pronunciamientos judiciales en sentido diferente, como el que en seguida transcribo, en que se hacen valer consideraciones derivadas del principio de legalidad que gobierna la actividad indagatoria del Ministerio Público:

Ministerio Público, procedencia del juicio de amparo contra actos del, por negativa a integrar una averiguación previa. Si el acto reclamado consiste en que el Ministerio Público se niega a integrar una averiguación previa, sin fundamento legal, es obvio que se trata de actos de una autoridad que tiene la ineludible obligación de integrar las averiguaciones previas en relación con la comisión de los hechos delictivos que se han denunciado, sin que ello implique el ejercicio forzoso de la acción penal en contra de alguien; por tanto, es procedente el juicio de amparo contra actos de tal naturaleza (Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, *SJF*, 7a. época, vol. 81, p. 51, Improcedencia administrativa 404/75, María Elena Orduña de la Peña, 26 de septiembre de 1975).

VII. LEGALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Como autoridad en la averiguación previa, el Ministerio Público es dependiente de la ley, nada más. Así debiera actuar y así se establecen, jurídicamente, su capacidad y su responsabilidad. Está vinculado, pues, por un principio de legalidad que abarca todas sus actividades; se trata del marco riguroso para el cumplimiento de sus deberes funcionales. Técnicamente disfruta —o dispone— de autonomía irrestricta. En otros términos, las decisiones penales son de

su incumbencia exclusiva, a diferencia de lo que puede ocurrir en otras esferas de la Administración Pública centralizada —a la que el Ministerio Público pertenece—, en la que la relación jerrárquica determina, justificadamente, el rumbo y el contenido de las decisiones. Esto, legítimo en tales supuestos, sería ilegítimo en el desempeño del Ministerio Público para los fines de la acción penal, y acaso para todos los restantes, salvo cuando se trate de representar intereses disponibles por parte del Estado, que generalmente tendrán carácter patrimonial.

La autoridad Ministerio Público, subordinada a la ley, es órgano de la legalidad. Así se manifiesta en diversos campos de la actividad que tiene encomendada. Más todavía, bajo la legislación expedida en 1983, a la cabeza de sus atribuciones figura —para efectos precisos que no examinaré ahora— la preservación de la constitucionalidad y la legalidad en el desempeño de las autoridades. Este carácter y esta misión penetran hondamente en el desempeño de la institución con motivo del procedimiento penal.

Así las cosas, el Ministerio Público debe consignar —es deber de su función— cuando se hallan satisfechos los elementos de fondo para el ejercicio de la acción penal, es decir, si se ha establecido el cuerpo del delito —ahora, después de la reforma constitucional de 1993, diremos “los elementos que integran el tipo penal”— y existe, acreditada, probable responsabilidad penal de una persona. No queda en manos del Ministerio Público, bajo un criterio de oportunidad —que puede conducir a decisiones materialmente plausibles—, resolver si lleva adelante la acción o se abstiene de hacerlo. La legalidad le obliga a consignar. El juicio de oportunidad, pues, queda en otros ámbitos. Sólo en el enjuiciamiento militar hay espacio para que opere el principio de oportunidad, erróneamente utilizado, en ocasiones, dentro del fuero penal ordinario.

Mientras se mantenga, como parece recomendable, el imperio de la legalidad en la actuación acusadora del Ministerio Público, la oportunidad sólo debiera encauzarse: a) por mano del juzgador, como ocurre al través de las diversas formas de sustitución de la pena, moderación de ésta e incluso perdón judicial, introducidas en 1983 y ampliadas posteriormente; b) del Ejecutivo, en instancias externas al Ministerio Público, mediante amnistía —por su poder de iniciativa de ley—, indulto, conmutación y actos de reducción o correctivos en la fase ejecutiva; y c) del Legislativo, por el conducto de la amnistía.

Amerita especial referencia en este punto la “negociación” de la acción penal, al través de instituciones como el *plea bargaining* del derecho anglosajón, que en Estados Unidos de América va alcanzando, según parece, una aplicación cada vez mayor. Ahí —se dice— ahorra trabajos al aparato estatal, disminuye los costos, regularmente muy elevados, de la impartición de la justicia, y mejora la situación del reo. De hecho, convirtió al jurado, que se pensó como órgano necesario de la justicia penal, en un protagonista infrecuente. En este *plea*, reaparece la composición penal en condiciones por lo menos discutibles.

Quienes se han ocupado en México —o nos hemos ocupado— de este asunto, han rechazado la introducción en el derecho nacional de formas de composición negociada de la acción penal, que genera impunidad y desalienta la ortodoxia en la administración de medidas —las del poder estatal de sancionar, nada menos— que la confesión en el procedimiento penal, concebida como factor razonable para la abreviación del proceso, pero no como elemento que afecte, de manera necesaria, las consecuencias jurídicas del delito.

La confesión no es allanamiento; por ende, su eficacia es procesal, no sustantiva. Tuvo esta última en el Código de Defensa Social de Chihuahua; se corrigió en el anteproyecto de reformas para el Distrito Federal, de 1971, y particularmente en las reformas de 1983, federales y distritales: condiciona —al igual que otros supuestos— la posibilidad del procedimiento sumario —o plenario rápido, como dice Fix-Zamudio—, pero no apareja condena ni reducción automática en la sanción aplicable, deslizada —sin motivo suficiente— hasta el mínimo que la ley penal previene.

Si el MP debe consignar cuando se reúnen los datos de fondo para hacerlo, en caso contrario no debe ejercitar la acción. Por ello se habla de la “buena fe” del Ministerio Público, que en rigor es sumisión a la ley y que se actualiza lo mismo en la averiguación que en el proceso; esto es, tiene un alcance tan consustancial al Ministerio Público, que trasciende a su desempeño como autoridad y alcanza a su ejercicio como parte procesal. Esto revela nuevamente, por lo demás, la imposibilidad de que el Ministerio Público prescindiera absolutamente de su naturaleza como autoridad, es decir, de órgano del Estado.

Ahora bien, creo pertinente reencontrar esa denominada “buena fe”, que parece referirse a la subjetividad del Ministerio Público,

como observancia estricta de la ley, exactamente bajo el mismo título que compromete al juzgador: ambos —juez y procurador de justicia— son agentes de la ley; el contraste no ocurre, pues, entre la “buena fe” y la “mala fe”, que es el antónimo natural de aquélla, sino entre la dedicación al interés de la juridicidad, que efectivamente compromete al Ministerio Público tanto como al tribunal, y la dedicación a un interés —o supuesto y alegado interés— propio, que es la posición permitida al particular.

La subordinación del Ministerio Público a la ley aparece, pues, que el Ministerio Público debe sostener —motivada y fundadamente, se entiende— la responsabilidad penal o su contraria, la irresponsabilidad, cuando procedan una u otra conforme al Derecho sustantivo aplicable. Lo que en este punto aparece como materia de controversia es el medio y el momento para hacer aquello o esto.

Indicamos que el Ministerio Público debe ejercitar la acción precisamente cuando están acreditados los elementos de ella —que son, mejor dicho, elementos de la pretensión, ingrediente de la acción—, sin necesidad de mayores dilaciones o probanzas, que resultan, en la especie, innecesarias, cuando el órgano acusador cuenta con los datos suficientes —y para él persuasivos— para llevar adelante esta función natural. Si está pendiente el desahogo de pruebas requeridas por la defensa, pero la convicción del Ministerio Público está razonablemente formada y no se dispone de más tiempo, los derechos de la defensa se reservan para que los haga valer ante el juzgador, una vez iniciado el proceso.

El no ejercicio de la acción penal —también llamado “sobreseimiento administrativo” por su afinidad al acto de aquel nombre en el proceso judicial, o “archivo”, por su desembocadura en el “olvido”— se sustenta en la prueba fidedigna —pero en el foro doméstico del Ministerio Público— de que no hubo delito; de que, habiéndolo, cierta persona no es responsable de él; de que es imposible acreditar hechos o responsabilidad; de que se ha extinguido la pretensión, mejor que la acción, pues en este caso precluye el derecho de ejercitarla; o de que hay, en favor del indiciado, alguna excluyente de incriminación.

No hay consenso en la doctrina, aunque la ley se haya uniformado en un sentido, a propósito de lo que debe hacer el Ministerio Público cuando existe una excluyente de responsabilidad, acreditada durante la averiguación previa en términos que persuadan al órgano investigador. Me parece necesario —una necesidad técnica, pero

también social y hasta moral, en bien de la llamada “transparencia” de la función penal del Estado— que se ejercite acción ante el juzgador, que no sería de condena, sino declarativa del derecho conforme a los hechos demostrados. Así se hizo hace tiempo. Empero, se ha generalizado la solución contraria, reafirmada en las reformas legales de 1983, las más importantes introducidas en el régimen penal mexicano desde 1929: el Ministerio Público, de tal suerte, resuelve por sí y ante sí sobre las excluyentes de incriminación.

Otra cosa cabe decir de las causas que extinguen la pretensión punitiva, comúnmente denominadas —inclusive en la ley— causas extintivas de la acción: muerte del inculpado, perdón del ofendido (mejor dicho, del legitimado para otorgarlo, que no es necesariamente el ofendido por el delito), prescripción, amnistía, sentencia previa, etcétera. El ejercicio de la acción supone que se halle viva la pretensión: no lo está cuando no hay en contra de quien dirigirla, por fallecimiento del imputado, o se ha desvanecido por una decisión política del Estado, como sucede en el supuesto de la amnistía, o cae por tierra el requisito de procedibilidad de la querrela, según ocurre en la hipótesis de perdón, o el curso del tiempo —en determinadas condiciones, legalmente previstas— libera al sujeto de la obligación de responder por su conducta ilícita y suprime la facultad de sancionar en el caso concreto, cosa que sucede en la prescripción, y así sucesivamente. En todos estos casos no es procedente el ejercicio de la acción. El Ministerio Público debe cerciorarse de la existencia de los presupuestos para actuar; si no los hay, es imperitante el proceso, y por ende queda sin materia la averiguación y no tiene sustento ni sentido la acción procesal.

Sobre los efectos de la resolución formal de no ejercicio de la acción, hay dos posibilidades defendidas en la teoría y en la realidad, mutuamente excluyentes: la eficacia definitiva, y por ello conclusiva del procedimiento, cuyo cierre tendría, para fines prácticos, el mismo alcance que la cosa juzgada; o la eficacia provisional, caso en que ese no ejercicio vendría a confundirse, en esencia, con la resolución de “reserva”, de la que siempre se le ha querido distinguir. No existe solución unánime en la ley mexicana: la federal sostiene el carácter definitivo del no ejercicio, otras leyes procesales aseguran su eficacia provisional y relativa, y algunas más guridad jurídica, pero tiene riesgos; la relatividad o provisionalidad,

sine die, dejan pendiente la solución jurídica, a merced de la prescripción.

VIII. INIMPUGNABILIDAD DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Me he referido a la inimpugnabilidad en amparo del no ejercicio de la acción. Sucede lo mismo, aunque por otras razones, con el ejercicio de la acción. Aquí la doctrina y la jurisprudencia ha tomado en cuenta el deslinde entre autoridad y parte. Como autoridad, el MP llega hasta el momento anterior al ejercicio de la acción: el Ministerio Público llega hasta el momento anterior al ejercicio de la acción: inicia, desarrolla y culmina la instrucción administrativa. En este punto cesa su actividad autoritaria y comienza, si ejerce la acción, su actividad de parte. La acción es el primer acto de parte, pues con él invoca el desempeño de la jurisdicción, típico requerimiento de parte procesal, que de esta suerte eleva su pretensión al órgano jurisdiccional y se sujeta a la potestad de éste. En lo sucesivo sus actuaciones corresponderán a la calidad de parte que en esta etapa del procedimiento le incumbe, no ya a la que tuvo, como autoridad, en la averiguación que concluyó. De esta forma lo ha visto la jurisprudencia:

Acción penal, contra el ejercicio de la, y contra los demás actos subsecuentes del procedimiento penal realizados por el Ministerio Público, es improcedente el amparo. Tomando en consideración que el ejercicio de la acción penal se realiza cuando el Ministerio Público ocurre ante el juez y solicita que éste se avoque al conocimiento del caso, aun cuando en la fase de averiguación previa el citado representante social puede violar garantías y procede el juicio de amparo en su contra, una vez concluida la averiguación y ejercitada la acción penal cuyo primer acto es la consignación, así como todos los demás actos que realice durante el procedimiento y que terminan con las conclusiones acusatorias, ya no son actos de autoridad sino actuaciones de parte dentro de un proceso y no dan lugar al amparo. Consecuentemente, resulta impropio señalar como acto reclamado la determinación del Ministerio Público en la que decide ejercitar la acción penal en contra del indiciado, pues al emitirla el órgano persecutor de los delitos obra como parte solicitando la incoación del procedimiento y no con facultades de decisión y de imperio que puedan ser cuestionadas a través del juicio de garantías (Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, t. VII, p. 176, A.R. 15/90, Juan Antonio Colunga Reyna, 14 de marzo de 1990).