

## REFLEXIONES SOBRE EL MONOPOLIO DE LA ACCIÓN PENAL Y LA AUTONOMÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Miguel CARBONELL\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El monopolio de la acción penal*. III. *La ubicación orgánica del Ministerio Público y la carrera ministerial*. IV. *La criminalidad gubernativa y el combate a la corrupción*. V. *A modo de conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

La figura del Ministerio Público es una de las más tradicionales dentro del derecho mexicano. Su regulación fundamental se encuentra en la actualidad en los artículos 21 y 102 apartado A, ambos de la Constitución. De la interpretación de esos preceptos cabe destacar en este momento dos características centrales de la institución del Ministerio Público: por un lado, que ostenta el monopolio de la acción penal con los matices que enseguida se explicarán; por otro, que el procurador general de la República, que según el artículo 102 constitucional *preside* el Ministerio Público federal, depende jerárquicamente del presidente de la República, puesto que se encuentra orgánicamente adscrito al Poder Ejecutivo federal.

Conviene apuntar que cualquier propuesta de reforma que se haga en torno al Ministerio Público se inserta en un debate más amplio que tiene que ver con las exigencias que muchas veces se le plantean al proceso penal, que se ha ido constituyendo como una vía alternativa a la obligación del Estado de lograr un mínimo de cohesión social y de seguridad pública. De ser un instrumento de defensa para evitar la violen-

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

cia del delincuente sobre la víctima y de la familia de la víctima sobre el delincuente a través de la venganza privada,<sup>1</sup> el proceso penal ha pasado a ser un crudo instrumento de control social, que en no pocas ocasiones ha sido reformado en función de resultados o expectativas electorales, sin abordar los verdaderos problemas de fondo que lo aquejan.<sup>2</sup>

En términos generales se puede decir que el debate contemporáneo sobre el Ministerio Público se centra en el tema de la organización institucional que debe regir su funcionamiento; concretamente, la doctrina ha destacado la importancia de discutir y analizar las siguientes cuestiones:<sup>3</sup>

- A) La existencia o inexistencia de un monopolio público de la acción penal.
- B) La relación que debe guardar el Ministerio Público con el Poder Ejecutivo y con el mundo político en general.
- C) La organización interna y la forma en que son seleccionados y promovidos los integrantes del Ministerio Público.
- D) El grado de diferenciación que debe haber entre acusación e investigación, es decir, la distribución de potestades entre los órganos encargados de investigar los delitos y los encargados de llevar adelante la acusación por los mismos.

En este contexto, hay que tomar en cuenta que, como señala Perfecto Andrés, “La ubicación institucional del Ministerio Público y el estatuto orgánico de sus integrantes es un asunto largamente debatido y de una densidad política fácilmente advertible bajo la aparente capa de neutralidad científica de que han solido revestirse las ya tópicas posiciones doctrinales relativas a la naturaleza jurídica del instituto”.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> En este sentido, de forma muy amplia y convincente, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2000 (reimpresión).

<sup>2</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, “Por un Ministerio Público dentro de la legalidad”, *Nueva doctrina penal*, Madrid, 1998, p. 436.

<sup>3</sup> Díez Picazo, Luis María, *El poder de acusar. Ministerio fiscal y constitucionalismo*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 32.

<sup>4</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, *op. cit.*, nota 2, p. 437. En el mismo sentido y destacando la importancia que el tema del Ministerio Público tiene para el conjunto del sistema constitucional, Luis María Díez Picazo sostiene que “...el modo en que un ordenamiento regula la titularidad y el ejercicio de la acción penal posee una innegable relevancia constitucional; y ello en un doble sentido: primero, afecta a lo más profundo de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos; segundo, entraña un problema de reparto de atribuciones y control del poder dentro del aparato estatal”, *op. cit.*, nota 3, p. 11.

En las páginas que siguen no se podrán abordar en toda su complejidad las cuatro cuestiones que han sido enunciadas; más bien se propondrán, siguiendo las reflexiones que han realizado con gran profundidad y rigor destacados juristas como Héctor Fix-Zamudio o Sergio García Ramírez entre otros, algunas reformas para el sistema jurídico mexicano que atañen tanto a la cuestión del monopolio de la acción penal, como al tema de la adscripción orgánica del Ministerio Público. Se trata de problemas que son sin duda cercanos, pero que merecen un tratamiento diferenciado para poder estar en aptitud de realizar una más nítida propuesta de reforma.

## II. EL MONOPOLIO DE LA ACCIÓN PENAL

La titularidad de la acción penal es uno de los temas centrales que se están discutiendo dentro de los procesos de reforma a la procuración de justicia que se han llevado o se están intentando llevar a cabo en muchos países. El tema no es menor, ya que lo que está en juego es la definición de qué sujetos poseen la llave para hacer funcionar la maquinaria del proceso penal. Hay que tomar en cuenta que, como señala Diez Picazo,

Es evidente que la acción penal es un arma formidable, pues implica la activación de un mecanismo que puede conducir a la restricción aflictiva de la libertad y la propiedad de las personas, por no mencionar el carácter infamante ínsito en la condena penal. Incluso cuando termina con la absolución, el proceso penal implica una dura prueba para el imputado, en términos psíquicos, económicos e, incluso, de estima social.<sup>5</sup>

A partir de una determinada interpretación del primer párrafo del artículo 21 constitucional (en la parte en que señala que “La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público...”), se ha entendido tradicionalmente que el Ministerio Público ostenta el monopolio de la acción penal; en los hechos esto significa que la única vía de acceso al proceso penal es a través de la resolución que pueda tomar el Ministerio Público para someter a la consideración de una autoridad judicial un determinado caso. Decimos que se trata de una determinada interpretación del texto constitucional, puesto que una parte de la doc-

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 11.

trina ha señalado que hay otra interpretación posible, de acuerdo con la cual la ley ordinaria podría reconocer la legitimación de los particulares para promover acciones de carácter penal ante los jueces.<sup>6</sup> En la práctica ha prevalecido la primera de esas interpretaciones.

Aunque, en consecuencia con lo anterior, el Ministerio Público todavía conserva el monopolio de la acción penal, recientes reformas constitucionales lo han ido matizando. Una de ellas, de la mayor relevancia, fue la que incorporó un cuarto párrafo al artículo 21 constitucional (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1994), según la cual “Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por la vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley”. Aunque la regulación legislativa de este párrafo se ha hecho muy lentamente (y en muchas entidades federativas simplemente no se ha hecho), se trata de un avance sustancial para combatir fenómenos de corrupción dentro del Ministerio Público, ya que anteriormente la única forma de impugnar las resoluciones de no ejercicio de la acción penal o de desistimiento eran de carácter interno al mismo órgano, lo cual no aseguraba una revisión objetiva e imparcial de dichas resoluciones. La jurisprudencia de los tribunales federales ha ido delineando nuevas formas de control, lo que ha redundado en un cercenamiento de la discrecionalidad que solía imperar en el ámbito de la averiguación previa.

Otra reforma que matizó el monopolio de la acción penal del Ministerio Público es la que incorpora un apartado B al artículo 20 constitucional, para establecer los derechos que tienen las víctimas de un acto delictivo dentro de los procesos penales que deriven de ese acto. De acuerdo con la fracción II del apartado B del artículo 20, la víctima u ofendido tienen derecho a

Coadyuvar con el Ministerio Público a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y que se desahoguen las diligencias correspondientes... Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa.

En ambos casos, las reformas constitucionales que se han mencionado han terminado por incorporar a un terreno que anteriormente era ex-

<sup>6</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, IJ-UNAM, 2002, pp. 158 y 159.

clusivo del Ministerio Público a otros actores relevantes: en el primer caso a los jueces, al crear un control externo de carácter jurisdiccional para analizar las resoluciones del Ministerio Público, en el segundo caso a las víctimas u ofendidos, cuyos intereses también están en juego, de muchas maneras, en el marco de una averiguación previa o de un proceso penal.

El paso siguiente que quizá habría que dar va en el sentido de abrir la posibilidad de que sujetos distintos al Ministerio Público puedan directamente promover una acción penal ante la autoridad judicial correspondiente. Sobre esta importante cuestión Sergio García Ramírez hace las siguientes consideraciones:<sup>7</sup>

¿por qué no abrir el espacio para que el particular pueda, en determinadas hipótesis, constituirse en actor penal?... Si alguna vez pareció... necesario que el ofendido... quedase al margen de la acción penal, propiamente, tal vez ahora lo sea de que la reasuma y esgrima directamente ante el órgano jurisdiccional en asuntos de preponderante interés privado... Sería privatización, sí, pero sana y oportuna privatización. Por lo demás, tampoco se trataría de dejar al indiciado a merced del poderoso —es decir, agobiado por su propia debilidad, su temor, su ignorancia, su desvalimiento—; se podría generar un sistema de acción subsidiaria y necesaria a cargo del Ministerio Público...

¿Lo anterior requiere o no de una reforma constitucional? La respuesta dependerá de la interpretación que se haga del artículo 21 constitucional. Si se interpreta que de dicho artículo se desprende de forma clara e inequívoca el monopolio de la acción penal en favor del Ministerio Público, entonces la reforma para abrir a otros sujetos la legitimación activa en el proceso penal sí será necesaria; por el contrario, si la interpretación que se haga del artículo 21 no conduce de forma inexorable a concluir que el Ministerio Público tiene ese monopolio, sino que se trata de una cuestión que puede determinar el legislador en la ley procesal correspondiente, entonces la reforma al artículo 21 no será indispensable. Desde luego, la reforma que se hiciera quitaría cualquier sombra de duda.

En términos generales puede afirmarse que al dotar de legitimidad activa para promover la acción penal a sujetos diferentes al Ministerio

<sup>7</sup> “A manera de prólogo. La obra de Fix-Zamudio y la institución del Ministerio Público” en Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 6, p. 17.

Público, no se rompe con los principios garantistas del proceso penal, ni con el modelo teórico del proceso acusatorio. Al respecto, Luigi Ferrajoli afirma que

...si la publicidad de la acusación conlleva la obligatoriedad de su ejercicio por los órganos públicos competentes, no implica en modo alguno una titularidad exclusiva, siendo perfectamente compatibles con el modelo teórico acusatorio de formas autónomas, libres y subsidiarias de acción popular, dirigidas a integrar la acción del Ministerio Público en defensa de los derechos e intereses, individuales o colectivos, ofendidos por el delito; a solicitar y, donde sea necesario, a remediar la inercia culpable de los órganos públicos; a permitir la participación y el control popular del ejercicio de la acción penal e indirectamente de la función judicial en su conjunto... la acción penal debe ser, en suma, un deber para los órganos del poder público y un derecho para los ciudadanos.<sup>8</sup>

Sobre la última frase de Ferrajoli en la cita anterior, conviene simplemente apuntar que el hecho de que la acción penal se conciba en términos obligatorios, es decir, que la autoridad competente deba promover la acción siempre que tenga conocimiento de una *notitia criminis*, no significa que no haya ciertos márgenes de discrecionalidad técnica para que esa promoción se lleve a cabo; como lo señala Diez Picazo,<sup>9</sup>

Cualquiera que sea la configuración formal que cada ordenamiento confiera a la acción penal, el ejercicio de la misma exige siempre tomar ciertas decisiones que distan de ser automáticas. En concreto, es inevitable plantearse preguntas tales como: ¿son los hechos *prima facie* constitutivos de delito?; ¿es necesario pedir la adopción de medidas cautelares?; ¿hay pruebas suficientes para sostener la acusación?; ¿cuál es la calificación jurídica que mejor corresponde a los hechos y qué argumentación debe seguirse?; ¿qué pena cabe solicitar y en qué grado?; ¿se debe, eventualmente, recurrir contra una sentencia adversa? Es claro que ningún ordenamiento mínimamente complejo y evolucionado proporciona respuestas unívocas para estas interrogantes, ya que en la mayor parte de los supuestos cabe más de una solución jurídicamente correcta... Así, cabe afirmar que, al igual que en cualquier otra operación de aplicación del derecho, el ejercicio de la acción penal se caracteriza por la presencia de un ámbito de discrecionalidad.

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 1, pp. 569 y 570.

<sup>9</sup> Diez Picazo, Luis María, *op. cit.*, nota 3, p. 15.

### III. LA UBICACIÓN ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LA CARRERA MINISTERIAL

El Ministerio Público está actualmente ubicado en la esfera orgánica del Poder Ejecutivo federal, es decir, forma parte de la administración pública centralizada. En consecuencia, el nombramiento del procurador general de la República es una decisión exclusiva del presidente de la República en términos del artículo 89, fracción IX. Fue también la importante reforma constitucional publicada el 31 de diciembre de 1994 la que añadió en la Constitución un contrapeso a esa libertad de designación, al disponer que el nombramiento del procurador tenía que ser ratificado por el Senado.

Algunos autores sugieren que es tiempo de avanzar en la línea de darle autonomía constitucional al Ministerio Público, de forma que ya no dependa del Poder Ejecutivo federal o de los poderes ejecutivos de las entidades federativas. Se trata de una propuesta muy interesante y que hay que apoyar sin reparos.

Fix-Zamudio explica esta idea con las siguientes palabras:

...es preciso lograr que el Ministerio Público no dependa jerárquica y discrecionalmente del Poder Ejecutivo, tanto en el ámbito federal como de las entidades federativas, y en esta dirección basta pasar revista a los cambios recientes que se observan en varios ordenamientos latinoamericanos, en los cuales o bien se adscribe al Ministerio Público al Poder Judicial, o bien se le otorga autonomía respecto del Ejecutivo, con el objeto de conferirle una mayor independencia.<sup>10</sup>

Por su parte Sergio García Ramírez afirma de manera muy contundente que

...ha llegado el tiempo de que el Ministerio Público se asuma como órgano autónomo del Estado mexicano, como ya lo han hecho otras instituciones con resultados favorables... En mi opinión debiera cumplirse de una vez la independencia de la institución, porque existe la necesidad y la posibilidad de hacerlo: un órgano autónomo recorrería con vientos más favorables su misión en el Estado moderno, que es el Estado de hoy. Vale la

<sup>10</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 6, p. 171.

pena intentarlo. No sería aventura, sino culminación de un ascenso, favorecido por las nuevas circunstancias.<sup>11</sup>

Concuerdo plenamente con Fix-Zamudio y con García Ramírez; creo que si la alternativa fuera entre ubicar al Ministerio Público en el Poder Judicial o hacerlo un órgano con autonomía constitucional, sería mejor esta segunda posibilidad, para mantener separadas la tarea de investigar los delitos y la de juzgar las conductas presuntamente delictivas. Los modelos con que se puede dotar de autonomía constitucional al Ministerio Público son bien conocidos en el derecho mexicano; los mejores son los del Instituto Federal Electoral (de acuerdo con lo que establece el artículo 41 constitucional, fracción III) o el de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (según el artículo 102, apartado B, de la propia carta magna).<sup>12</sup>

Quizá convenga recordar que los órganos constitucionales autónomos surgen sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial, aunque fueron ya teorizados por Georg Jellinek y por Santi Romano desde finales del siglo XIX. La existencia de dichos órganos supone un enriquecimiento de las teorías clásicas de la división de poderes que postulaban que dentro de un Estado solamente había tres funciones: la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

En la actualidad se entiende que dentro de un Estado puede haber funciones distintas a las anteriores o tareas que deban ser llevadas a cabo por órganos diferentes a los tradicionales. La realidad estatal contemporánea, que en los últimos tiempos se ha vuelto muy compleja y problemática, ha hecho surgir la necesidad de ir perfeccionando las formas de actuación de los órganos públicos y la distribución de funciones entre ellos. En este contexto empiezan a crearse los órganos constitucionales autónomos.

<sup>11</sup> García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 7, p. 14. En términos más generales, Diez Pícazo escribe que "...puede haber buenas razones para sostener que la dependencia directa del Ministerio Fiscal respecto del gobierno, como si de un órgano administrativo más se tratara, no es deseable. Ello valdría incluso para aquellos asuntos en que no hay ninguna implicación partidista, ya que esas buenas razones derivan, en sustancia, del principio de legalidad: ejercer el *ius puniendi* del Estado es siempre una decisión extremadamente delicada, que obliga a considerar no sólo aspectos de política criminal sino, sobre todo, a actuar con un exquisito celo profesional. Sólo así puede darse cumplimiento a las exigencias procesales y sustantivas del Estado de derecho", *op. cit.*, nota 3, p. 175.

<sup>12</sup> Sobre el tema de la autonomía constitucional, Carbonell, Miguel, "Órganos Constitucionales Autónomos" en Varios autores, *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa, UNAM, 2002, pp. 433-436.

Siguiendo a Manuel García Pelayo podemos establecer que las características de los órganos constitucionales autónomos son las siguientes:

- A) Configuración inmediata por la Constitución. Esto significa que el propio texto constitucional prevé su existencia, pero sin limitarse simplemente a mencionarlo, sino determinando su composición, los métodos de designación de sus integrantes, su estatus institucional y sus competencias principales.
- B) Una segunda característica de estos órganos es que resultan centrales para la configuración del modelo de Estado y, en este sentido, se vuelven necesarios e indefectibles en la medida en que si desaparecieran, se vería afectada la globalidad del sistema constitucional o el buen funcionamiento del modelo de *Estado de derecho*.
- C) Una tercera característica es que estos órganos participan en la dirección política del Estado, esto es, inciden en la formación de la voluntad estatal, ya sea en los procesos de toma de decisiones o en la solución de conflictos al interior del estado de que se trate.
- D) Los órganos constitucionales autónomos se ubican fuera de la estructura orgánica de los poderes tradicionales. Esto significa que no se pueden adscribir orgánicamente a ninguno de esos poderes: no forman parte de la administración pública (en ninguna de sus variables), ni del Poder Legislativo, ni tampoco del Judicial. Esta independencia orgánica se manifiesta no solamente a través de la ausencia de controles burocráticos, sino también con la existencia de una cierta autonomía financiera o garantía económica a favor del órgano constitucional; de otra forma la independencia orgánica podría verse fácilmente vulnerada a través de la asfixia en el suministro de los recursos económicos. La obligación para el legislador de otorgar los fondos necesarios para el desempeño de las funciones de los órganos constitucionales autónomos formaría parte de la *garantía institucional* que la Constitución les asegura, pues no se trata solamente de tener un ámbito de competencias constitucionalmente determinado, sino también de que ese ámbito cuente con los medios suficientes para poder ser actuado en la realidad cotidiana del Estado.

E) Otra característica de estos órganos, derivada justamente de su no incorporación orgánica dentro de ninguno de los tres poderes tradicionales, es que tienen una *paridad de rango* con los demás órganos y poderes, de tal forma que no se encuentran subordinados a ellos. Sin embargo, esto no significa que las decisiones de los órganos constitucionales autónomos no sean controlables o revisables, por ejemplo por el Poder Judicial.

Para sintetizar lo anterior se puede decir que los órganos constitucionales autónomos: a) son creados de forma directa por el texto constitucional; b) cuentan con una esfera de atribuciones constitucionalmente determinada, lo cual constituye una *garantía institucional* que hace que tal esfera no esté disponible para el legislador ordinario (esto significa que la ley no podrá afectar ese ámbito competencial garantizado por la Constitución e, incluso, no solamente no lo podrá afectar sino que tendrá que asegurarlo y dotarlo de efectividad a través de la regulación concreta que por vía legislativa se haga de los mandatos constitucionales); c) llevan a cabo funciones esenciales dentro de los Estados modernos y d) si bien no se encuentran orgánicamente adscritos o jerárquicamente subordinados a ningún otro órgano o poder, sus resoluciones —a menos que se trate de órganos límite, como lo puede ser un tribunal constitucional— son revisables según lo que establezca la Constitución de cada país.

De acuerdo con Trujillo Rincón, la noción de órgano constitucional autónomo que prevalece en la mayor parte de la doctrina, considera como tales a

aquellos órganos a los cuales está confiada la actividad directa e inmediata del Estado, y que, en los límites del derecho objetivo, que los coordina entre sí, pero no los subordina unos a otros, gozan de una completa independencia y paridad recíproca, se encuentran en el vértice de la organización estatal, no tienen superiores y son sustancialmente iguales entre sí, no siéndoles aplicables ni el concepto de autarquía ni el de jerarquía.<sup>13</sup>

Los órganos constitucionales autónomos no deben confundirse con los llamados *órganos auxiliares* u *órganos de relevancia constitucional*. Estos últimos compartirían algunas, pero no todas, de las características que definen a los órganos constitucionales autónomos. Normal-

<sup>13</sup> Trujillo Rincón, Ma. Antonia, *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1995, pp. 41 y 42.

mente, la característica que les falta es la que tiene que ver con la no inclusión en la estructura orgánica de alguno de los poderes tradicionales. En este sentido, serían órganos auxiliares o de relevancia constitucional, por mencionar ejemplos que existen en el ordenamiento jurídico mexicano: la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación, dependiente de la Cámara de Diputados (artículo 79 constitucional), el Consejo de la Judicatura Federal (artículo 100 constitucional) y el Tribunal Electoral (artículo 99 constitucional), ambos integrados dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial de la federación.

En estos tres casos es la propia Constitución la que los crea y les asegura un ámbito competencial propio y definido, concediéndoles en algunos supuestos incluso facultades de órganos límite, es decir, de órganos que toman decisiones no revisables por ninguna otra instancia, pero manteniéndolos orgánicamente ubicados dentro de uno de los poderes tradicionales. En el derecho constitucional comparado existen muchas variedades de órganos auxiliares o de relevancia constitucional, tales como los tribunales de cuentas o los consejos económicos y sociales.

Junto con la autonomía constitucional que se le podría otorgar al Ministerio Público, debe precisarse, seguramente en una ley y no en la Constitución, el estatuto jurídico de quienes laboran en las procuradurías de justicia, tanto en el ámbito federal como en el de las entidades federativas, creando por una parte una *carrera ministerial*, semejante a la carrera judicial que ya existe para quienes se desempeñan como jueces y magistrados, y por otro lado dotando a los agentes del Ministerio Público de las mismas garantías que tienen los jueces (inamovilidad, remuneración, estabilidad, etcétera).<sup>14</sup> Podría tomarse quizá el ejemplo de Portugal, en donde existe un Consejo Superior del Ministerio Público, compuesto mayoritariamente por fiscales, que garantiza la independencia externa y que asegura las mejores condiciones para el acceso a la función ministerial, que en todo caso es a través de concurso público.<sup>15</sup>

La carrera ministerial no podría asemejarse completamente, en cuanto a la independencia interna, a la carrera judicial. Me explico. Como consecuencia del principio de independencia judicial, todos y cada uno de los jueces y magistrados son independientes, es decir, tienen la facultad de decidir como mejor les parezca (siempre con respeto a la

<sup>14</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 6, p. 171.

<sup>15</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, *op. cit.*, nota 2, p. 444.

Constitución, a la ley y a los precedentes obligatorios, como es obvio) un determinado caso concreto; no tendría ningún sentido preservar la independencia de los jueces frente a los demás poderes públicos o frente a otros agentes sociales, si esa misma independencia pudiera ser vulnerada por un superior al indicarle a un juez cómo debe resolver en una determinada causa. En el caso del Ministerio Público me parece que la autonomía sería del órgano, pero no de cada uno de sus agentes, ya que se requeriría una actividad coordinada para alcanzar una mejor investigación de los delitos. Sin embargo, eso no significa que no deba reconocerse en favor de cada agente del Ministerio Público en lo particular una serie de garantías estatutarias que lo inmunicen frente a actos corruptos o frente a presiones de sus superiores, así por ejemplo, la primera garantía es la de inamovilidad. Otra cuestión importante es que debería reconocerse el derecho de todo Ministerio Público a no cumplir con una instrucción contraria a la legalidad, a que todas sus instrucciones le sean comunicadas por escrito, y a poder apartarse de una determinada causa cuando aparezca un conflicto con las normas deontológicas que debe tener presentes en el ejercicio de su función.

Me parece que, si se decide emprender una reforma para darle autonomía al órgano titular (aunque no en forma de monopolio) de la acción penal, quedaría una duda importante por resolver: ¿la policía judicial estaría adscrita orgánicamente al Ministerio Público autónomo o no? Se trata de una cuestión interesante, ya que hasta donde entiendo ningún órgano autónomo tiene en México bajo sus órdenes a miembros de las fuerzas de policía. Es un tema importante, sobre todo por sus posibles repercusiones prácticas y que justamente por ello merece ser analizado con el mayor detenimiento. Un principio de respuesta puede encontrarse en el punto de vista de Luigi Ferrajoli, que al respecto ha escrito un lúcido párrafo que se transcribe más adelante.

La dependencia orgánica del Ministerio Público respecto al Poder Ejecutivo no asegura el mejor cumplimiento del principio de legalidad, como lo había advertido desde hace décadas Francesco Carrara, quien al respecto sostenía que “si (el fiscal) estuviera encadenado al Poder Ejecutivo, será mentira llamarlo *representante de la ley*, no siendo sino un investigador *representante del gobierno*, que siempre pondrá el *querer de éste* por encima de la *voluntad de la ley*”.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Citado por Andrés Ibáñez, Perfecto, *ibidem*, p. 451.

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

las mismas garantías de *independencia* y de *sujeción sólo a la ley*, reservadas a los órganos judiciales... lo que se precisa, en garantía de la obligatoriedad de la acción penal y por tanto de su sujeción sólo a la ley, es también la total autonomía del órgano encargado de su ejercicio, frente a cualquier poder o condicionamiento, y, además, la existencia de una policía eficiente, profesionalizada, a su vez libre de las injerencias del Ejecutivo o de otros poderes, situada bajo su dependencia.<sup>17</sup>

#### IV. LA CRIMINALIDAD GUBERNATIVA Y EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN

En un contexto más general, del que México ha padecido los efectos más perversos, hay que decir que la autonomía del Ministerio Público es necesaria para permitir la eficaz persecución de delitos cometidos desde el poder público. Si se combina la dependencia jerárquica del Ministerio Público con el monopolio de la acción penal en su favor, se tiene casi el peor de los escenarios posibles para combatir la corrupción y se incentivan fenómenos de protección de la clase político-partidista en el poder respecto de actos delictivos cometidos por funcionarios públicos o por militantes de la propia fuerza política.

Como lo señala Perfecto Andrés,

...repensar seriamente el proceso penal, en particular la posición institucional de los sujetos encargados de gestionarlo y, más todavía, la del responsable del ejercicio de la acción pública, exige dotar a unos y otros de un estatuto que les haga realmente capaces de actuar con independencia y eficacia, desde la legalidad, sobre las manifestaciones delincuenciales que se produzcan en el interior del propio Estado.<sup>18</sup>

Según el mismo autor, como pone en evidencia el caso italiano en los procesos iniciados en el movimiento que fue conocido como *Mani Pulite*, “sólo desde la independencia ha resultado posible hacer frente

<sup>17</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 1, p. 570.

<sup>18</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, *op. cit.*, nota 2, p. 439.

—en la limitada medida que cabe hacerlo, no nos engañemos— a la brutal evidencia de una clase política y un Estado masivamente delincuentes”.<sup>19</sup>

La cuestión del combate y eficaz persecución de los delitos cometidos por funcionarios públicos ha sido en parte lo que ha desencadenado las discusiones actuales sobre el estatuto orgánico del Ministerio Público. La criminalidad gubernativa seguramente ha existido siempre, pero ha sido con la consolidación de los sistemas democráticos cuando se ha podido hacer pública y se le ha comenzado a perseguir con algún éxito relativo.

Es importante señalar que la presencia de la criminalidad gubernativa, que es la expresión mayúscula del fenómeno más amplio de la corrupción de los poderes públicos, no es que haya aumentado con el advenimiento de las democracias modernas, como algunos autores parecen sostener, al contrario, es el sistema democrático el que permite hacer frente a fenómenos de corrupción, exhibirlos ante la opinión pública y poder procesarlos tal como lo establece la legislación aplicable.

No se puede pasar por alto que, en el caso de México, durante la etapa *fuerte* del autoritarismo la corrupción fue increíblemente mayor que la que ha habido en los últimos tiempos. La razón es bien sencilla: el poder gubernamental, en ese entonces, no tenía contrapeso alguno, no había nadie que pudiera llamar a cuentas a los funcionarios públicos, no existía un Poder Judicial independiente y el ordenamiento jurídico ni siquiera contemplaba los mecanismos y las instituciones necesarios para hacer efectivas las responsabilidades de los funcionarios. La corrupción era el régimen.<sup>20</sup> Lo que sucedía, sin embargo, es que la corrupción no era pública: no se denunciaba, no había juicios contra funcionarios corruptos, los medios no informaban sobre ella y los particulares no la entendían como un proceso ilegal y dañino.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 463.

<sup>20</sup> Como afirma Emilio Lamo de Espinosa, “En las dictaduras no hay propiamente corrupción; ella misma es la corrupción institucionalizada... En las dictaduras o los regímenes autoritarios, no hay libertad de expresión, no de prensa, ni hay parlamento y hay control político de la policía, de la fiscalía y de la justicia, de modo que, de haber corrupción, no puede estallar como escándalo y alarma social, no hay denuncias de la prensa ni intervienen los jueces no si debaten los temas en el parlamento”, “Corrupción política y ética económica” en Laporta, Francisco y Álvarez, Silvina (eds.), *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, p. 274.

Gabriel Zaíd describe con las siguientes palabras el estado de cosas imperante hasta hace muy poco tiempo:

En México, las autoridades pueden actuar como asaltantes, y con mayor impunidad, precisamente por ser autoridades. Pueden robar, humillar, someter y seguir en su cargo. Ni todas, ni siempre, lo hacen, lo cual le da eficacia al abuso: es selectivo, queda al arbitrio de la autoridad. No vivimos en el régimen carcelario de Castro, ni en la dictadura de Pinochet, sino en un régimen de derecho sujeto a excepciones selectivas. No vivimos en un Estado de excepción, pero tampoco en un Estado de derecho sin excepción. En esto, pero no en aquello; aquí, pero no allá; con éste, pero no con aquél; esta vez, pero no todas; rige la arbitrariedad, disfrazada de cumplimiento de la ley.<sup>21</sup>

Dicho lo anterior, habría que ponderar la pertinencia de que, en el marco del combate a la delincuencia gubernamental, se implementara algún sistema específico de investigación criminal, el cual contara también con una serie de previsiones organizativas que le permitieran desempeñar con éxito sus funciones. Por ejemplo, creo que es necesario que quien investiga casos de corrupción gubernamental tenga los elementos suficientes para poder contar con mecanismos de cooperación internacional que le permita actuar por encima de las fronteras territoriales de cada país. Hay que considerar que sería iluso pensar que en la actualidad la corrupción se puede perseguir mediante los vetustos instrumentos y los limitados alcances técnicos y jurídicos de los Estados-nación tradicionales. La globalización tiene manifestaciones muy claras en el orden de las telecomunicaciones y del comercio internacional, pero también ha servido para transnacionalizar las prácticas corruptas. El dinero proveniente de transacciones ilícitas se limpia en los intrincados circuitos financieros internacionales.<sup>22</sup> Las comisiones ilegales por venta de armas o por favorecer a alguna compañía en licitaciones para construir aeropuertos o carreteras, son depositadas en los

<sup>21</sup> *Adiós al PRI*, México, Océano, 1995, p. 98. En el mismo sentido, Jesús Silva-Herzog Márquez apunta que “La corrupción no fue una anécdota del régimen posrevolucionario: fue su principio. Las leyendas y relatos de la corrupción llenarían una biblioteca... más allá del anecdótico, la corrupción se ubicaba en la médula del sistema político”. “La corrupción y el liberalismo del favor”, *Isonomía*, México, núm. 10, abril de 1999, p. 46.

<sup>22</sup> Véase Malem, Jorge, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000.

muchos paraísos fiscales que existen con sólo apretar una tecla de computadora.

Lo anterior quiere simplemente poner de manifiesto que quizá por sus complejas formas de manifestación y por sus alcances a veces incluso globales, para el caso específico de la persecución de la delincuencia gubernamental haría falta pensar en la creación de un mecanismo específico, como lo escribe Diez Picazo, "...podría pensarse incluso en mecanismos organizativos específicos para la lucha contra la criminalidad gubernativa".<sup>23</sup>

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Uno de los temas pendientes que tenemos en México es el de la *reforma del Estado*; aunque se han realizado ya importantes modificaciones, sobre todo en el campo electoral, es necesario abordar lo que se ha llamado la *segunda generación* de reformas,<sup>24</sup> dentro de las cuales se ubica lo relativo a la impartición y procuración de justicia.

Dentro de este último rubro, aunque hay muchos aspectos que tratar, los dos que se han enunciado constituyen una suerte de pre-condición de casi todos los demás, es decir, si no rompemos con lo que queda del monopolio de la acción penal en favor del Ministerio Público, y si no le damos autonomía orgánica al propio Ministerio Público, entonces será muy poco lo que podamos avanzar en los otros aspectos que pueden ser reformados dentro de la procuración de justicia en México. Se trata de un tema que debe estudiarse desde una óptica, en primer lugar constitucional y luego procesal; la incidencia constitucional del estatuto orgánico del Ministerio Público es obvia y no hace falta dar mayores explicaciones para hacerla evidente, como señala Diez Picazo:

El modo en que un determinado ordenamiento regula el ejercicio de la acción penal no debe ser abordado como una mera cuestión técnica. Antes al contrario, se trata de un óptimo indicador de la cultura jurídica y de la organización política de cada país. El diseño del mecanismo a través del cual se pone en marcha el *ius puniendi* del Estado encierra, pues, un problema constitucional en el más profundo sentido del término.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Diez Picazo, Luis María, *op. cit.*, nota 3, pp. 181 y 186.

<sup>24</sup> Sobre ellas, Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, 2a. edición ampliada, México, IJ-UNAM, 2003.

<sup>25</sup> Diez Picazo, Luis María, *op. cit.*, nota 3, p. 32.