

# CULTURA CONSTITUCIONAL, CULTURA DE LIBERTADES



**GOBIERNO  
FEDERAL**

**SEGOB**



SECRETARÍA TÉCNICA DEL CONSEJO DE COORDINACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN  
DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL




**Vivir Mejor**

**EL MINISTERIO PÚBLICO  
EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO MEXICANO**

---

**ÁLVARO VIZCAÍNO ZAMORA<sup>1\*</sup>**

<sup>1\*</sup> Secretario General Académico del Instituto Nacional de Ciencias Penales. El autor agradece a Alberto Lujambio y Lucía González de la Peña su apoyo para la realización de este texto.



## SUMARIO

Introducción. **I.** El Artículo 21 Constitucional. 1.1 Análisis de la evolución del Artículo 21 Constitucional desde 1917 hasta 1996. 1.2 Aspectos generales de la Reforma Constitucional de 2008. 1.3 ¿Cómo resolverá la legislación secundaria la asignación de competencias entre la Policía y el Ministerio Público? **II.** Los principios que rigen la actuación del Ministerio Público. 2.1 Oralidad. 2.2 Publicidad. 2.3 Contradicción. 2.4 Concentración, continuidad e inmediación. **III.** Principios y dispositivos del debido proceso penal acusatorio. 3.1 Principio de mínima intervención. 3.2 Principio de oportunidad. 3.3 Principio de presunción de inocencia. 3.4 Principio de proporcionalidad. **IV.** Los actores del Sistema de Justicia Penal y el Ministerio Público. 4.1 Los peritos y el Ministerio Público. 4.2 La víctima o el ofendido y el Ministerio Público. 4.3 El inculpado y el Ministerio Público. 4.4 El juez y el Ministerio Público. 4.5 Las policías y el Ministerio Público. **v.** Reflexión final.

---

## INTRODUCCIÓN

El texto que presentamos a continuación, busca reflejar panorámicamente a uno de los actores del nuevo sistema de justicia en el inicio de un movimiento reformista -no creemos que el término sea exagerado- que se ha propuesto romper los paradigmas que se antojaban falseados por la inexorable realidad. Se trata, sin duda, de la reforma al sistema de justicia penal más importante desde 1917. Para tal efecto, diez artículos de la constitución fueron reformados o adicionados parcial o totalmente. El cambio de sistema implica, por supuesto, una nueva forma de hacer las cosas por parte de todos sus protagonistas. Implica desaprender y volver a aprender. El plazo para ello está corriendo, y concluye en junio de 2016. La gradualidad es siempre la mejor herramienta para evitar reacciones traumáticas en los sistemas.

Nuestro objetivo es trazar cuál será el nuevo papel del Ministerio Público en el marco de las recientes reformas legales. Son dos las implicaciones más importantes: la modificación de las estructuras facultativas de las Policías y del Ministerio Público, colocando al segundo como el encargado de conducir la investigación y protagonizar la causa penal ante los tribunales y; la racionalización del monopolio de la acción penal, al establecerse la acción penal a instancia de particulares y los criterios de oportunidad a cargo del Ministerio Público.

El texto se divide en cuatro apartados. El primero de ellos hace referencia al Artículo 21 Constitucional, su evolución histórica desde 1917 hasta las recientes reformas y las implicaciones sistémicas que



ya han comenzado a surgir. El segundo, se enfocará al análisis de los principios que orientarán la actuación del Ministerio Público bajo el paradigma del nuevo sistema acusatorio. El tercer apartado, referirá los principios y dispositivos del debido proceso penal acusatorio y la relación que guardan éstos con la actuación del Ministerio Público en todos los momentos del procedimiento penal. El cuarto y último, abordará la nueva relación que tendrá el Ministerio Público con los actores del procedimiento penal: jueces, peritos, víctimas u ofendidos, las policías y los recién creados Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones.

## **I. EL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL**

### **1.1 Análisis de la evolución del artículo 21 constitucional desde 1917 hasta 1996**

Para comprender las funciones y los alcances de la institución del Ministerio Público, es necesario recorrer el sistema jurídico tomando en cuenta sus fuentes. De esta forma, el primer paso es analizar la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* -en concreto el artículo 21 constitucional- y después bajar los peldaños del ordenamiento para obtener el paisaje completo del objeto de nuestro estudio.

El artículo 21 constitucional se reformó de 1917 a 1996, en cuatro ocasiones. De 1917 hasta 1983, el texto del artículo 21 constitucional permaneció intacto. Si bien es cierto que todas reformas anteriores a la gran transformación que sufrió nuestro sistema de justicia penal en 2008, fueron relevantes y necesarias, ninguna de ellas trastocó la esfera competencial del Ministerio Público.

El texto aprobado en 1917 del artículo 21 constitucional tenía dos párrafos y establecía:

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediatos de aquél. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los

reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiera impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente que no excederá, en ningún caso, de quince días.

Si el infractor fuera jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor del importe de su jornada o sueldo en una semana”.

La reforma de 1983, hace un ajuste a la duración máxima de los arrestos administrativos que, en ningún caso serán mayores a 36 horas. Se limitan también las sanciones pecuniarias al monto de un día de salario.

La reforma de 1994, adiciona tres párrafos. El primero, establece la posibilidad de impugnar las resoluciones de no ejercicio y desistimiento de la acción penal tomadas por el Ministerio Público. El segundo, se refiere a la división competencial entre los órdenes de gobierno en lo tocante a la Seguridad Pública. El tercero, establece la obligación de crear un método de coordinación entre las autoridades federales y estatales que se traduzca en el sistema nacional de seguridad pública.

Hablaremos pues del primer y el tercer párrafo adicionados en la reforma de 1994. En el primer caso, la Reforma Constitucional, carente de una materialización legislativa, generó una laguna. Si el legislador no se ocupó de los ajustes, tuvo que hacerlo la judicatura. En consecuencia, la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación indicó la vía por la cuál habría de hacerse valer la previsión constitucional, al establecer que las determinaciones dictadas por el Ministerio Público respecto del no ejercicio y desistimiento de la acción penal, no escapan del control constitucional y, por tanto, son susceptibles de reclamarse mediante el juicio de amparo.<sup>1</sup>

En lo que se refiere al tercer párrafo, no logró materializarse una reforma de fondo. El Servicio Civil de Carrera, uno de los más grandes retos del Sistema Nacional de Seguridad Pública, intentó articularse mediante acuerdos de colaboración, que no resultaban vinculantes en la práctica, para las Entidades Federativas. En la lógica del pacto federal, sólo pueden plantearse este tipo de reformas desde dos perspectivas: la construcción constitucional de facultades ordena cuidadosamente las atribuciones de los niveles de gobierno para volver funcionales las

---

<sup>1</sup> Nos referimos a las tesis aprobadas el 11 de noviembre por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, al resolver los juicios de Amparo en revisión números 32/97 y 961-97.

pretensiones de la reforma, mediante disposiciones expresas en la legislación secundaria, o bien; que las autoridades federales generan incentivos a los estados para cumplir con los objetivos programáticos. Sucedió lo primero. Es hasta el 2 de enero de 2009 cuando se publica en el *Diario Oficial de la Federación* la *Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública* que establece las bases cumpliéndose la primera hipótesis.

El 3 de julio de 1996, se reforma por primera vez, de manera relevante, el primer párrafo del artículo 21 constitucional, para quedar de la siguiente manera:

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato [...]”

Es de fundamental trascendencia recalcar que en esta reforma se adiciona el concepto de investigación y se faculta al Ministerio Público para estar a cargo de ella. Conviene distinguir entre los conceptos de investigación y persecución, este último concepto, como advertimos, proviene de la redacción original de 1917. Por investigación entendemos la actividad orientada a encontrar la verdad legal sobre la forma en que se desarrolló el *iter criminis*, obteniendo evidencias que permitan vincular un resultado material con un presunto responsable. Por otra parte, por persecución entendemos la actividad a cargo del Ministerio Público frente a los órganos jurisdiccionales, dirigida a probar la imputación que efectúa.

La reforma de 1996, no obstante, no asignaba claramente funciones a la policía, la investigación y persecución del delito quedaba a cargo del Ministerio Público y subordinaba la policía al primero. Los ministerios públicos son abogados, generalmente sin formación en criminalística; su preparación profesional e, inclusive su preparación física, no están orientadas a la investigación del delito, especialmente a la investigación científica del mismo, que requiere de trabajo de campo -no de oficina-, y conocimientos criminalísticos. Asimismo, el concepto de persecución penal del Ministerio Público, bajo el sistema penal mixto de corte inquisitivo vigente en 1996, hacía más referencia a la persecución del presunto responsable -generalmente en una atmósfera de desigualdad procesal entre el órgano acusador y la defensa- que a la actuación del

Ministerio Público frente a los tribunales, este último concepto aplicable a la persecución penal en un sistema acusatorio en que debe prevalecer la igualdad procesal entre acusación y defensa.

La reforma del 20 de junio de 2005, agregó además -mediante un quinto párrafo- la facultad del Ejecutivo Federal para reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, previa aprobación del Senado.

Se puede decir que las Reformas Constitucionales -anteriores al 2008- no implicaron transformaciones de fondo a la dinámica de la impartición de justicia. Para evaluar de manera objetiva cómo impacta una Reforma Constitucional a la estructura jurídica de un país, el análisis se hace de manera sistémica en todo el conjunto de fuentes del Derecho. Una reforma exitosa se traduce en interpretaciones jurisprudenciales agresivas o en construcciones legales secundarias de grandes miras.

La estructura del Ministerio Público y su relación con la Policía Judicial había permanecido, hasta ahora, intacta. La reforma de 1996, que de hecho modifica la redacción de la disposición constitucional, causó poco revuelo entre los estudiosos del Derecho Penal, que se concentraron, por ejemplo, en temas como la libertad caucional o la intervención de las comunicaciones privadas.<sup>2</sup> De la literatura disponible, se hacen algunas breves referencias a la reforma. La doctora Islas de González Mariscal afirma, por ejemplo que:

“Ahora con la reforma, ya no se dice que el Ministerio Público se auxiliará de la Policía Judicial. [...] Ahora ya no se especifica el cuerpo policiaco con el que se deberá auxiliar el Ministerio Público, ya que el artículo indeterminado “una” remite a cualesquiera de las policías existentes e incluso a las todavía no existentes”.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Vid. *Reforma Constitucional y Penal de 1996*. Universidad Nacional Autónoma de México y Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Autores Varios.

<sup>3</sup> *Idem*. Olga Islas de González Mariscal. *Las reformas a la Constitución y al Código Penal de 1996*. p 93.

## 1.2 Aspectos generales de la Reforma Constitucional de 2008

El rezago judicial, los problemas organizacionales de las procuradurías, la creciente tecnificación y burocratización del proceso penal motivaron la impunidad. Todo confluyó para que, en 2008, existiera la sinergia y la voluntad política para echar adelante una gran reforma al sistema de justicia penal. La nueva redacción constitucional no nos deja espacio para la indiferencia y la inactividad.

Por lo anterior se procede a analizar el nuevo papel del Ministerio Público en el Sistema Acusatorio. De esta manera, centraremos nuestra energía en los párrafos que de hecho, modifican su caudal facultativo y nos obligan a replantear su función y sus atribuciones concretas.

El nuevo primer párrafo del artículo 21 constitucional establece que:

“La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función”.

Asimismo se adiciona el séptimo párrafo que a la letra establece que:

“El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”.

Con estas dos adiciones, nos referiremos a las implicaciones que tiene la inclusión de la conjunción copulativa “y”, insertada entre las palabras “Ministerio Público” y “a las policías”. Por otra parte, deberemos definir los alcances de la frase “conducción y mando”, pero no habremos de hacerlo sólo a través de una delimitación semántica. Comparar la otrora redacción con la nueva y buscar las razones detrás de la reforma, es lo que nos dará luces al respecto de cómo se configurarán las facultades en el nuevo sistema. A los conceptos investigación y persecución -presentes en el texto constitucional desde 1996- y sus diferentes implicaciones en un sistema mixto y en uno acusatorio.

Valdrá decir, por ahora, que adicionar el “y”, implica un fortalecimiento de la policía en sus facultades de investigación. La legislación, que analizaremos más adelante, nos dirá cómo y cuándo podrán investigar las policías sin autorización del Ministerio Público. Destacamos que, precisamente por la concurrencia de facultades, el texto del artículo 21 constitucional de 2008 regresa, de cierta manera, a la redacción original



de 1917. Hacia el futuro, la conjunción “y” que hoy por hoy faculta a la policía y al Ministerio Público a investigar los delitos, deberá desaparecer. En un escenario optimista, el que hoy ambos estén facultados debería observarse como un movimiento estratégico tendiente a atribuir gradualmente la investigación exclusivamente a la policía y a retirarla poco a poco de la esfera de competencia de las procuradurías. La gradualidad vendría condicionada a la construcción de un servicio de carrera en las policías y a la certificación de competencias y controles de confianza de sus integrantes. La policía deberá concentrarse en la investigación y el Ministerio Público, dedicarse exclusivamente a preparar su imputación y sostenerla frente a los tribunales. Inclusive, en un escenario de mayor especialización, la policía investigadora deberá separarse de la policía responsable del orden público. La policía investigadora debe ser un instrumento de los Fiscales pero completamente independiente a ellos.

El Sistema Nacional de Seguridad Pública también fue parte integral de la reforma de 2008. Ahora, en el décimo párrafo del artículo 21 de la Carta Magna tiene una existencia constitucional configurada de la que se desprende una Ley General que puede darle vida. El contenido del que carecía, finalmente aparece y ahora sí sabemos qué es, constitucionalmente, este importante concepto. Ahora se establecen en la Constitución las bases para que exista una regulación homologada tanto a nivel estatal como federal de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública y específica, conformada tanto por policías como por Ministerios Públicos, con lo que podrá construirse el anhelado servicio de carrera. Asimismo, obliga al establecimiento de bases de datos criminalísticos a nivel nacional -que no existían, al menos alimentadas y entrelazadas unas con otras-, así como a la instrumentación de políticas públicas de prevención del delito y participación ciudadana. Es de subrayarse que se elevó a rango constitucional la prevención del delito.

### 1.3 ¿Cómo resolverá la legislación secundaria la asignación de competencias entre la Policía y el Ministerio Público?

Se dice que no es ortodoxo introducir a un tema desde la experiencia internacional. Nos parece, por el contrario, que puede ayudarnos a comprender mejor cómo se gestan las instituciones y por qué, los flancos de crítica y mejora a nuestro sistema deben formarse desde sí mismo.

Comentemos dos modelos en que la policía ha contado con amplias facultades, tomando en cuenta que dicha fortaleza se desprende de motivos históricos muy determinados y ciertamente distintos a la historia institucional y legislativa mexicana.

Pensemos en el caso de Inglaterra y Gales, cuyo sistema acusatorio data del siglo XII y es el sistema acusatorio en vigor más antiguo de la humanidad. En el año de 1986 se creó la Fiscalía de la Corona o *The Crown Prosecution Service*.<sup>4</sup> Antes de ese año el sistema inglés y los departamentos de policía contaban con una pequeña oficina de abogados asesores. No existía la institución del Ministerio Público o Fiscalía. La policía se encargaba de conducir y engrosar la investigación del delito de manera independiente. En la mayoría de los casos de gravedad media o en los relevantes, la policía contrataba abogados litigantes particulares -o *barristers*- para encabezar la acusación. En 1986, al crearse la Fiscalía, se calibra el sistema de una manera muy peculiar. Ambos aparatos burocráticos funcionan por cuerdas separadas. La policía investiga el delito y luego, si lo considera pertinente, le presenta el expediente al fiscal, quien lo califica y ejerce la acción penal. Es cierto que el sistema inglés funciona bien con una plena autonomía de la policía, pero debemos entender que su tradición jurídica ha marcado de manera irreductible su funcionamiento.

Veámos ahora otras experiencias de cambio e instrumentación de sistemas acusatorios desde la perspectiva de la relación y atribuciones entre la Policía y el Ministerio Público, en este caso desde la experiencia de países como Chile o Colombia. Su historia legislativa parte del Código de Procedimientos Penales, promulgado por Napoleón a principios del siglo XIX, texto normativo al que podríamos llamar el germen del sistema penal mixto, vigente aún en Francia. En Francia -y también en Chile y

---

4 La historia y atribuciones de *The Crown Prosecution Service* puede consultarse en <http://www.cps.gov.uk/>

Colombia antes de que estos países migraran a un sistema acusatorio- los jueces de instrucción estaban encargados de dirigir la investigación. Tampoco, como en Inglaterra, existía la institución del Ministerio Público o Fiscal. Uno de los principales retos en la instrumentación de los sistemas penales acusatorios de Chile y Colombia fue precisamente crear la institución del Ministerio Público, al desaparecer a aquellos jueces de instrucción. El objetivo al cambiar al sistema acusatorio era separar claramente las funciones. Separar las funciones de investigar y perseguir el delito también fue lo que motivó la creación del *Crown Prosecution Service de Inglaterra*. Un órgano investiga (la policía), otro acusa (el Ministerio Público) y otro distinto decide (los jueces). Se trataba también de separar de los poderes judiciales la función de investigar y de acusar. En aquellos países latinoamericanos, las dictaduras del siglo XX necesariamente generaron policías robustas y pletóricas de facultades. Su principal reto ante el debido proceso penal no era construir policías fuertes, sino separarlas de la función de acusar, y crear en consecuencia, el órgano especializado en la acusación.

En sentido opuesto a lo vivido en Inglaterra, Colombia o Chile, en México se enfrentan grandes retos para redefinir las relaciones entre Policía y Ministerio Público. Precisamente la mezcla del modelo mixto francés y del sistema penal inquisitivo español dio lugar al sistema penal mixto mexicano que, hasta antes de 1917, funcionaba con jueces de instrucción. En nuestro país, a raíz de la Reforma Constitucional de 1917, dichos jueces fueron suplidos por la figura del Ministerio Público y la consecuente creación de la Procuraduría General de la República. En México contamos con una Procuraduría General de la República de historia centenaria. La policía de investigación desde entonces ha estado subordinada a ella. No obstante, desde el punto de vista de su formación, el Ministerio Público mexicano no es un profesional de la investigación, pues es un abogado que, como hemos señalado, carece de formación para la investigación del delito desde el punto de vista del óptimo desarrollo de una investigación científica basada en la criminalística.

La implementación de un sistema como el acusatorio demanda una especialización de funciones, en que las Policías y el Ministerio Público tarde o temprano tendrán que separarse. Construir una policía de investigación científica, fuerte, profesional, al tiempo de someter a las procuradurías a un profundo proceso de especialización mediante

una reingeniería institucional de gran magnitud será, sin duda, una de las tareas más complejas en la instrumentación del sistema penal acusatorio mexicano.

Conforme al nuevo texto del artículo 21 constitucional adoptado en 2008, y en una primera reflexión, podemos decir que la facultad investigadora se vuelve concurrente. Imaginemos dos tipos de hechos ilícitos donde, en un caso, el primero en tener la información es el Ministerio Público. En este escenario, las relaciones funcionarán de manera similar a nuestro sistema actual. El Fiscal ordenará las diligencias pertinentes que lo ayuden a hacerse de la información necesaria para ejercer la acción penal.

Ahora la comisión de un delito en flagrancia o bien, la denuncia ciudadana presentada ante la policía. En ambos casos ésta interviene primero. La edificación del nuevo artículo 3ero del Código Federal de Procedimientos Penales vigente desde enero de 2009, nos responde cuál fue la materialización de la Reforma Constitucional en este sentido al señalar un nuevo y amplio marco de facultades a las policías federales, en que las policías pueden participar, en auxilio del Ministerio Público, en la investigación y persecución de los delitos, en la detención de personas o en el aseguramiento de bienes relacionados con la investigación de los delitos, cumpliendo sin excepción los requisitos previstos en los ordenamientos constitucionales y legales aplicables.

Así, las atribuciones en materia de investigación de las policías aumentan. Por un lado, la policía investigadora actuará de inmediato cuando se haga de información que le ayude a descubrir la comisión de un hecho delictivo, por el otro, el Ministerio Público conducirá la investigación de los delitos de los que ya tiene noticia. La lógica del sistema se acomoda de manera mucho más eficiente. Hablaremos de las relaciones que guardará el Ministerio Público con la Policía en un apartado posterior.

## II. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN

### LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El motivo de nuestra reflexión es el papel del Ministerio Público en el nuevo sistema penal acusatorio y, precisamente por ello, hablaremos de cuál será la relación que guardará con los principios del citado sistema, hoy recogidos en nuestro texto constitucional.

De una lectura *prima facie* de nuestra Carta Magna, podríamos pensar que los principios son un asunto procesal. Cada uno de ellos hace referencia expresa al juicio penal. Realizar un estudio interesante de los principios del sistema penal acusatorio implica analizarlos por separado, desde la perspectiva de cada uno de los actores del procedimiento penal. Así pues, los abogados defensores -en la búsqueda por representar a los imputados les darán una lectura garantista; los jueces conocerán de su significado en la sustanciación del juicio y serán los principales responsables de su supremacía durante el proceso; mientras que los encargados de la procuración de justicia deberán acercarse a ellos con una visión funcional y de política organizacional-.

#### 2.1 Oralidad

La oralidad es un principio del sistema de justicia y no parte de su definición, como actualmente lo contiene el artículo 20 de la Carta Magna. Con la entrada en vigor del nuevo sistema acusatorio, existirá la obligación de que las promociones de las partes, el desahogo de las pruebas y las determinaciones del juez se realicen de forma verbal y directa, registrándose las mismas mediante medios técnicos que guarden la agilidad y la fidelidad. La oralidad abona a la transparencia del procedimiento y contribuye a que sea más ágil y sencillo.

Los nuevos fiscales deben prepararse para este esquema de litigio, que no habrá de tratarse de un despliegue de habilidades histriónicas de oratoria. Se tratará por el contrario, de la serenidad, la claridad y la capacidad de generar convicción en el juez. Formular una acusación para solicitar al juez una vinculación a proceso o guiar un interrogatorio de testigos convincente, que no tiene nada que ver con dar de gritos en la sala de juicio; tiene que ver con una claridad meridiana de la teoría



del caso y una técnica impecable para crear en la mente del juzgador una película verosímil y congruente, mediante una eficaz argumentación jurídica. El Ministerio Público deberá probar su acusación más allá de toda *duda razonable* y hacia ese objetivo deben dirigir sus esfuerzos. Este principio, de raigambre en la jurisprudencia norteamericana, implica establecer un alto estándar de certeza sobre la participación del acusado en el delito. Para ello, es claro que el Ministerio Público deberá desarrollar nuevas competencias profesionales y éstas serán parte de los programas de formación inicial y educación continua. Dichas competencias sólo podrán adquirirlas como se aprende un arte, esto es, con disciplina, dedicación y práctica constante.

Con respecto a la teoría del caso, siguiendo a Baytelman y Duce, podemos entenderla como “un ángulo desde el cual ver toda la prueba; un sillón cómodo y mullido desde el cual apreciar la información que el juicio arroja, en términos tales que si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a las conclusiones que le estamos ofreciendo”.<sup>5</sup> La teoría del caso es la estrategia que desde la investigación del hecho delictivo, el Ministerio Público comienza a construir para probar sus pretensiones con base en la teoría del delito. Aquéllos que piensan que el sistema acusatorio abandona la dogmática jurídico penal están equivocados. Nunca como ahora será más importante para construir una acusación o defensa en función de la evidencia. El concepto de argumentación jurídica, por su parte, implica desentrañar el significado de una norma. Puede tomarse a este respecto, una postura escéptica -más a la Guastini- asumiendo que el intérprete dota de contenido a la norma o una postura realista, que afirma que el intérprete busca el significado que la norma ya tiene. Nosotros nos inclinamos por aceptar la primera.

Por otra parte es necesario aclarar que la oralidad no se contrapone a la escritura. El sistema acusatorio utiliza una pequeña dosis de escritura, al integrarse un cuadernillo o carpeta de investigación, en que constan, por ejemplo, los documentos relativos a la cadena de custodia de los elementos de prueba, los partes policiales y los dictámenes periciales. Sin embargo, los esfuerzos del Ministerio Público no deben

---

5 Cfr. Baytelman, Andrés y Mauricio Duce. *Litigación Penal. Juicio Oral y prueba*, Colección Política y Derecho. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales y Fondo de Cultura Económica, 2008.

concentrarse en la integración de un expediente. No será esa carpeta la que le permita obtener buenos resultados en un caso. Simplemente es un soporte documental y como tal debe estimarse.

En conclusión; con los datos de prueba y evidencia disponible, el Ministerio Público construirá una estrategia, una teoría del caso que impulsará ante los tribunales, preguntándose para ello qué elementos y conceptos de la teoría del delito desea sustentar. ¿Un dolo directo? ¿Un dolo eventual? ¿La capacidad de querer y entender el contenido de ilicitud de la conducta del autor? Al hacerlo de forma oral, deberá tener una gran capacidad de síntesis. A diferencia de los actuales expedientes de averiguación previa en que suele aparecer una larga relación de todas las declaraciones, de las comunicaciones oficiales, de dictámenes periciales, en el sistema acusatorio el Ministerio Público se concentrará únicamente en aquellos testimonios y evidencias que más aporten a su caso, con impecable argumentación jurídica oral y absoluta claridad, los presentará ante los órganos jurisdiccionales.

## 2.2 Publicidad

El principio de publicidad tiene, *strictu sensu*, dos grandes implicaciones dentro del nuevo sistema. En primer término, las Audiencias estarán abiertas al público, salvo los casos en que la propia constitución restringe la publicidad. Cualquier proceso que se sigue en lo oscuro y lejos de la mirada de los medios y el escrutinio ciudadano, debe ser considerado, al menos, bastante dudoso. Los que creemos en el valor práctico de la Constitución, pensamos que las mejores leyes aplicadas en secreto, se convierten en instrumento de dominación y represión estatal.

La publicidad, volviendo al origen de nuestro apartado, tendrá como consecuencia un cambio de actitud en los Agentes del Ministerio Público. Cuando digo esto, me refiero a la evidente diferencia que existe cuando un abogado le habla a *Su Señoría*, con la intención de convencer a un juez –perito en Derecho al igual que él– y cuando tiene que comunicarse también con toda la ciudadanía en su conjunto.

El lenguaje claro, el orden en las ideas, la capacidad de síntesis, la construcción ordenada e inteligente de una teoría del caso, serán las nuevas competencias profesionales de un fiscal de estado. Esperamos que llegue el día en que dejemos de valorar quién de todos ellos es capaz

de llenar más hojas con elaboradas y estériles reflexiones de teoría del delito. Los Agentes del Ministerio Público tendrán que demostrar su pericia, conocimiento y lucidez frente a todos.

La segunda implicación tendrá que ver con una nueva relación entre los medios de comunicación y el procedimiento penal. No podemos olvidar que una de las características esenciales en la etapa de la investigación es precisamente su secreto permanente. A manera de conclusión nos referimos al artículo de nuestra autoría *¿toda la información es para todos?*, en el que afirmamos que:

Son varias las libertades y los principios en juego en la compleja relación entre el sistema de justicia penal, los medios de comunicación y la sociedad. La libertad de expresión y el derecho a la información -con el correspondiente derecho ciudadano de acceso a la información pública- interactúan con el principio de publicidad de la justicia penal y sus excepciones constitucionales y, especialmente, con el principio de presunción de inocencia.<sup>6</sup>

### 2.3 Contradicción

El principio de contradicción implica, en el fondo, la igualdad procesal del Ministerio Público frente a la defensa. El Ministerio Público se presentará ante un juez imparcial -que no conoce ni ha conocido los hechos del caso- y tendrá que romper, a golpe de pruebas, la presunción de inocencia. Parecería que estamos mezclando temas inconexos, la realidad es que no es así. La presunción de inocencia, desde la perspectiva procesal de la contradicción, es un requisito mínimo de fortaleza y convicción probatoria.

El Ministerio Público es quien ejercerá la conducción y el mando de la investigación del delito. Durante ese periodo -tal y como sucede ahora- actuará como autoridad, vigilado por el juez. Para formular la acusación, el Ministerio Público deberá allegarse de información suficiente y creíble y la defensa intentará sembrar una duda razonable en la convicción del juez. Al llegar a la audiencia de juicio oral, el Fiscal se presenta como un abogado que intenta probar ante un tribunal su teoría del caso. Sus armas serán por una parte, la investigación que condujo, y por otra, su

---

<sup>6</sup> Vizcaino Zamora, Álvaro. Publicado en Yahoo! Noticias el 9 de enero de 2009. Puede consultarse la fuente en <http://pe.news.yahoo.com/s/08012009/4/n-latam-informacion.html>.

capacidad para generar convicción en el juzgador. No podrá ser exitoso sin la adquisición de destrezas de litigación, el profundo conocimiento de las normas jurídicas y sin la integración de habilidades de gestión y organización de una investigación científica. Frente al Ministerio Público estará siempre el defensor, quien podrá, en todo momento, debatir los hechos y argumentos jurídicos del primero. Esta es la esencia del principio de contradicción.

## **2.4 Concentración, continuidad e inmediación**

La concentración se refiere a que el desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución deben ocurrir preferentemente, en un mismo acto procesal. Podrán decretarse recesos, por ejemplo, para comer o cuando la audiencia ha durado ya demasiadas horas. En la práctica este principio implica que el Ministerio Público, al momento de formular la acusación ante un juez de control, cuente ya con un estándar mínimo probatorio y su teoría del caso construida. Requiere pues, una preparación y trabajo previo para poder concentrar en la audiencia correspondiente sus elementos de prueba y argumentos.

La continuidad significa que la presentación, recepción y desahogo de pruebas, así como todos los actos del debate, se desarrollarán ante el juez y las partes en una audiencia que será continua, sucesiva y secuencial, salvo casos excepcionales previstos en la ley. La ausencia de un testigo ofrecido por el Ministerio Público (o por la defensa), es una de las causas que comúnmente afectan la continuidad de una audiencia, no obstante ello, no debe ser labor directa del Ministerio Público asegurar su presencia. En Inglaterra, por ejemplo, se puso en marcha un programa denominado *"No witness, no justice"*. Entre 2002 y 2003, el 15% de sus juicios penales fracasaron por la ausencia de testigos, lo que motivaba a los fiscales a abandonar las causas. El programa establecido en 2005 implicó la creación de unidades administrativas encargadas no sólo de asegurar la comparecencia de testigos, sino de brindarles asistencia, información y, por supuesto, protección cuando esto último era necesario. Lo anterior no era una labor del Ministerio Público, sino de personal de soporte que actúa asistiéndole.

El principio de inmediación establece que los jueces tomarán conocimiento personal del material probatorio introducido en la audiencia y escucharán directamente los argumentos de las partes con la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales que deben participar en ella, salvo los casos previstos en la ley. Sólo serán valoradas aquellas pruebas introducidas legalmente a juicio en presencia del juez. Los jueces no podrán delegar en secretarios o asistentes esta función. La presencia ininterrumpida de las partes en la audiencia no sólo implica su presencia física. Para el Ministerio Público significa que aunque podrá llevar notas y apuntes a la audiencia, su actuación deberá ser tal que no lea sus apuntes, que no interrumpa sus propios alegatos con la consulta de documentos, leyes o jurisprudencias, en síntesis, que muestre frente al juez y la defensa, que sabe y conoce de lo que está hablando.

Así, las Audiencias se llevarán a cabo siempre delante del juez de la causa y se intentará que no sean interrumpidas. Cada una de las pruebas serán desahogadas en dicha audiencia y se procederá de inmediato a dictar sentencia. El Fiscal tendrá poco tiempo para generar la convicción necesaria en el juzgador.

El Ministerio Público tendrá que ser muy sagaz para escoger aquellas pruebas que presentará en la audiencia de juicio oral; el juez será siempre intolerante con aquel abogado que presente testimonios estériles y que no fortalezcan teoría del caso alguna.

Siempre habrá tiempo para desahogar pruebas relevantes. Negarle al inculpado este derecho sería violatorio de sus Derechos Humanos. Lo que queremos destacar es que, resulta en el mejor interés de la fiscalía, utilizar el recurso del tiempo con la idea de que es un bien escaso, llamado siempre a optimizarse.

Del mismo modo es responsabilidad de abogados postulantes y fiscales, coadyuvar al correcto funcionamiento del aparato de impartición de justicia.



### III. PRINCIPIOS Y DISPOSITIVOS

#### DEL DEBIDO PROCESO PENAL ACUSATORIO

El nuevo sistema articula nuevas herramientas de naturaleza garantista y de políticas públicas. No podemos olvidar que, quienes estarán encargados de aterrizar en el día a día, los nuevos principios y dispositivos, serán precisamente los Agentes del Ministerio Público y, por supuesto, los jueces y defensores.

Algo que debe tener presente todo Ministerio Público que actúe en un sistema acusatorio, es que está orientado hacia la víctima del delito. El sistema busca que se le repare el daño lo más pronto posible, sin necesidad de agotar todo el procedimiento penal e inclusive, sin echar mano de él. Se trata también de no presurizarlo innecesariamente con asuntos que pueden resolverse por instancias no jurisdiccionales. Así pues, el objetivo principal del sistema acusatorio es quitar al inculpado de la mira principal, como sucede en el sistema mixto inquisitivo, y colocar en ella al principal usuario del servicio público de procuración e impartición de justicia: el ciudadano que fue víctima de un delito y que busca una reparación pronta, expedita e imparcial de su daño.

#### 3.1 Principio de mínima intervención

El principio de mínima intervención se deriva del de subsidiariedad que afirma que aquello que pueda resolver una inferior o más cercana al conflicto, deberá excluir a las superiores. Como se podrá advertir, se trata de un principio que alude al sentido común para su aplicación.

En materia penal, llamamos también a este principio de *ultima ratio*. Se asume que, por la gravedad de sus sanciones, el Derecho Penal es el más lesivo de los medios útiles para guiar la conducta de los individuos en la sociedad -finalmente, para eso sirve el Derecho- y por lo mismo, se preferirá que sea el último en ser empleado. Deberán primero agotarse, por ejemplo, la justicia alternativa -prevista ya por nuestra constitución-, los criterios de oportunidad o bien, el Derecho Civil o el Administrativo sancionatorio. Sólo en caso de que todo lo demás falle, deberá el Fiscal utilizar al Derecho Penal.

Aunque se trata de un principio fundamental, su aplicación está más cercana a la política legislativa. Su contra-cara, desde la perspectiva de la procuración de justicia, es el principio que desarrollaremos a continuación.

### **3.2 Principio de oportunidad**

El criterio de oportunidad implica no iniciar, suspender o prescindir total o parcialmente de la acción penal, ante la ausencia de interés público, frente a la presencia de delitos de cuantía o culpabilidad menor o bien, en casos en que la persecución penal motive una doble victimización. Su fundamento constitucional se encuentra en el séptimo párrafo del artículo 21 constitucional:

“El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”.

También podría ser aplicable el criterio de oportunidad como herramienta para la investigación del delito en casos de delincuencia organizada. La legislación secundaria establecería en tal caso que el Ministerio Público podría no iniciar, suspender o prescindir parcial o totalmente de la acción penal si un inculpado coopera en la investigación y persecución de delitos relacionados con la delincuencia organizada, como se desprende de la interpretación del artículo 20, apartado B, fracción tercera, segundo párrafo del texto constitucional:

“La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada”.

El criterio de oportunidad debe ser siempre impugnable por la víctima u ofendido. El principio de oportunidad tiene dos grandes vertientes. Por un lado se materializa en un esquema de política pública ministerial y, por otra parte, hace de la aplicación del Derecho Penal, una herramienta social generadora de bienestar.

Al hablar del principio de oportunidad como herramienta de política pública, nos referimos a él como una cuestión probatoria. El Agente del Ministerio Público decide -mediante el uso de todas sus herramientas teóricas y analíticas- si el caudal probatorio del que dispone podrá

conducir, verosímilmente, a una condena en tribunales. En la exposición de motivos del *Código de Procedimientos Penales del Estado de Durango*, se explica con precisión el objeto y fin de criterio de oportunidad:

“La aplicación irrestricta del principio de oficiosidad en la persecución penal genera una sobrecarga del sistema de justicia con delitos menores que en nada afectan el interés público, pero que las autoridades se ven precisadas a perseguir, en virtud de una mal entendida inderogabilidad de la persecución penal, que provoca costos elevados en asuntos que no lo ameritan. En virtud de ello, es que se faculta al Ministerio Público aplicar los criterios de oportunidad, que le permitan administrar los recursos disponibles de persecución y aplicarlos a los delitos que más ofenden y lesionan a los bienes jurídicos de superior entidad. El Ministerio Público deberá aplicar los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación valorando las pautas descritas en cada caso individual, según los criterios generales que al efecto se hayan dispuesto por la Procuraduría General de Justicia del Estado. En los casos en que se verifique un daño, éste deberá ser previamente reparado en forma razonable”.

Podemos imaginar una gran cantidad de supuestos que, referidos a cuestiones probatorias, podrían llevar a un Fiscal a determinar que no es procedente ejercer la acción penal. Pensemos en una denuncia por robo a transeúnte, en que la media filiación proporcionada por la víctima coincida con la de varios miles de personas, mientras que la descripción de los hechos o la ausencia de evidencias no permiten siquiera comenzar una investigación. En estos casos, el Fiscal podría renunciar de plano a continuar con una investigación en tanto que no existan nuevos elementos.

Hoy en día, en muchas de nuestras agencias del Ministerio Público del fuero común, se busca cubrir una apariencia de legalidad procesal. La víctima acude una y otra vez, a rendir su declaración, a presentar testigos de preexistencia y propiedad -en el caso de robo-, y a solicitar informes de su asunto que pocas veces obtiene de forma clara, objetiva y oportuna. El Ministerio Público no le dice al ciudadano, con sinceridad, que no tiene elementos para desarrollar exitosamente una investigación y apuesta al cansancio de la víctima por el simple paso del tiempo.

Meses después, dictará una reserva de la investigación o un archivo, situación que generalmente podría preveer desde el día de la denuncia.

El ciudadano valora más una actitud honesta que le evite pérdida de tiempo. Desestimar tempranamente el caso, sin tecnicismos legales que funden y motiven una reserva de la investigación, sino mediante un lenguaje empático se agradece más por la víctima. Es de mayor provecho hacerle saber que su denuncia es útil, pues sumada a otras, permitirá trazar estadísticamente un *modus operandi* y patrones de criminalidad en un lugar y por un delito específico. Para tal efecto, en algunos países se han creado *Unidades de Desestimación Temprana de Casos*. Se recomienda revisar el modelo que ha implementado la Fiscalía de Buenos Aires, en Argentina.

Otro ejemplo de aplicación del principio de oportunidad -o criterio de oportunidad, como lo denomina la Carta Magna- es que las pruebas testimoniales más relevantes para la teoría del caso de la fiscalía, descansaran en personas que carecieran de credibilidad -o en testigos de oídas-. De este modo, la defensa desacreditaría con demasiada facilidad los elementos probatorios que sirven como base de la acción penal.

La evidencia no debe ser nunca ignorada por el hecho de que exista una sospecha de su legalidad o su capacidad de generar convicción en el juzgador, pues el Fiscal deberá apreciarla de manera conjunta para saber si el caudal probatorio -con sus debilidades y fortalezas- podrá coadyuvar a generar un caso sólido.

Después de preguntarse si tiene evidencia suficiente y un posible imputado, el Ministerio Público deberá cuestionarse si perseguir el delito del que tuvo conocimiento es de interés público. En nuestra opinión, *The Code for Crown Prosecutors*, es un buen ejemplo de texto normativo que establece los principios generales de la actuación de los fiscales -o *public prosecutors*- en este caso, en Inglaterra. Es interesante el tratamiento que aquí se hace sobre el examen del concepto interés público, pues le proponen al fiscal dos listas: una que enuncia algunos factores a favor de perseguir el delito y otra algunos en contra. Se le invita pues, a que a la luz del caso concreto, balancee los elementos que vayan a favor y en contra de perseguir, conforme al interés público. No se trata de un análisis de aplicación exegética de supuestos, sino una invitación para una ponderación jurídica que incorpore principios,

normas y el caso concreto. Por ejemplo, si el delito se cometió en público, utilizando armas, con violencia, o en contra de personas especialmente vulnerables, evidentemente existe interés público en perseguirlo.

Imaginemos un accidente causado por un descuido auténtico -un estornudo en una vía rápida al conducir un automóvil es suficiente para poder provocar un accidente- que causa afortunadamente sólo daños menores en los bienes. ¿Realmente estamos interesados en que el agripado sujeto pase tres años en prisión? considero que la respuesta de cualquier sistema coherente sería que no. Pensemos en un abuso sexual cometido hace cinco años. Podría ser peor para la víctima -quien pudiera haber superado ya el suceso mediante ayuda psicológica- pasar por todo un proceso penal y enfrentarse de nuevo a su agresor. Estaríamos tal vez frente a un caso de doble victimización. La decisión de avanzar penalmente, en todo caso, debería ser motivada e impulsada por la víctima.

La lógica detrás del interés público se refiere a un cálculo entre beneficios contra costos. Si los primeros son mayores que los segundos, deberá ejercerse la acción penal, en caso contrario, deberá abstenerse.

Para conceptualizar el principio de oportunidad, citamos la disposición correspondiente del Código de Procedimientos Penales del Estado de Durango:

Artículo 94.- Principios de legalidad procesal y oportunidad.

El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante lo anterior, el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguno o a varios hechos o a alguna de las personas que participaron en su realización, cuando:

- I. Se trate de un hecho socialmente insignificante o de mínima o exigua culpabilidad del imputado, salvo que lo haya cometido un servidor público en el ejercicio de su cargo o con motivo de él;
- II. El imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o psicológico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena; y



- III. La pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos, o la que se le impuso o se le impondría en un proceso tramitado en otro fuero.

El Ministerio Público deberá aplicar los criterios de oportunidad y otras facultades discrecionales sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las pautas descritas en cada caso individual, según los criterios generales que al efecto se hayan dispuesto por la Procuraduría General de Justicia del Estado. En los casos en que se verifique un daño, éste deberá ser previamente reparado en forma razonable.

### **3.3 Principio de presunción de inocencia**

Este principio es uno de los pilares de un estado democrático de derecho. Si bien antes se desprendía de interpretaciones jurisprudenciales, ahora encuentra expresamente su carta de naturalización constitucional en la fracción I del apartado B (que establece los derechos de los inculpados) del artículo 20 de la Carta Magna:

- I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Dicho principio podría enunciarse de la siguiente manera: toda persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. Cualquiera estaría de acuerdo con esta afirmación. Los debates realmente interesantes -como suele ocurrir- se encuentran en los tonos grises, es decir, en aquellas zonas donde la presunción de inocencia parece chocar, por ejemplo, con los medios eficaces para combatir el fenómeno delictivo.

Del mismo principio se deduce la obligación del estado de sólo restringir las libertades del individuo en los límites estrictamente necesarios para asegurar:

- a) el desarrollo eficiente de las investigaciones y
- b) que no se eluda la acción de la justicia.

De esta manera -tal y como lo dispone el nuevo texto constitucional- la prisión preventiva será la excepción y nunca la regla.

La segunda consecuencia de la presunción de inocencia, vista desde una perspectiva más práctica, es establecer cantidades mínimas de fortaleza probatoria. El fiscal debe concentrar su argumentación en los elementos de prueba que más aporten a su acusación y que le permitan soportar su acusación. No se trata de presentar el mayor número de pruebas, sino de concentrarse en las de mayor calidad. Este principio le ordena al juez un alto grado de convicción al respecto de la culpabilidad del acusado, más allá de una duda razonable. Para ello, bastan las pruebas más sólidas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ricardo Canese vs. Paraguay, hace un interesante recorrido por varios elementos que se refieren a la presunción de inocencia:

**“153.** La Corte ha señalado que el artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. [...]

**154.** La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un electo elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, y a que el onus probandi corresponde a quien acusa.

**162.** Por otra parte, en cuanto a la restricción para salir del país, la Corte ha indicado que dicha restricción puede constituirse en un sustituto de la pena privativa de la libertad si se continúa aplicando cuando ha dejado de cumplir su función de aseguramiento procesal. En el presente caso, ha quedado establecido, de conformidad con los parámetros anteriormente expuestos, que la restricción al derecho de circulación [...] devino innecesaria y desproporcionada para asegurar que aquel no eludiera su responsabilidad penal en el caso de ejecutarse la condena”.

La presunción de inocencia implica que el ciudadano del que se presume su participación en un delito sea tratado como inocente. Eso significa y se materializa con el respeto a diversos derechos del inculpado:

- a) Derecho a declarar o a guardar silencio.
- b) Derecho a saber, desde el momento de su detención, los motivos de la misma.
- c) Derecho a que se le informe, desde el momento de su detención, que tiene derecho a guardar silencio.
- d) Derecho a que su silencio no sea utilizado en su perjuicio.
- e) Derecho a no ser incomunicado.
- f) Derecho a no ser intimidado o torturado.
- g) Derecho a ser asistido por un defensor técnico y a que éste comparezca en todos los actos del proceso.
- h) Derecho a que se le informen el momento de su detención y en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten.
- i) Derecho a ofrecer testigos y pruebas y a que se le auxilie para ello.
- j) Derecho a que se le proporcionen todos los datos que requiera para su defensa y consten en el proceso.

Esto significa, por ejemplo, que el Ministerio Público debe informar al inculpado sobre sus derechos, además de proporcionarle la información que le solicite y conste en el proceso, admitir todos los elementos de prueba que ofrezca en su defensa y fundamentalmente, que no presente al inculpado como culpable frente a los medios de comunicación. De hecho, recordemos que la etapa de investigación está reservada a terceros pero abierta a las partes.

La presunción de inocencia significa, asimismo, que la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público. Así lo dispone el nuevo artículo 20 constitucional, la fracción V de su apartado A:

- V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.

### **3.4 Principio de proporcionalidad**

*Prima facie*, la proporcionalidad es un dispositivo que impacta al legislador. Es decir, le imprime la obligación de que las sanciones guarden una relación con la ofensa cometida por el acusado. También le aporta una carga de coherencia axiológica, por lo que se debe establecer una prelación de bienes jurídicamente tutelados. Una legislación que castiga con mayor rudeza un robo que una violación, parecería que no está cumpliendo con dicha obligación.

Así, se antoja imprescindible que las normas jurídico penales reflejen, mediante esta gradación en las normas, los principios más básicos de moralidad y justicia de una comunidad determinada.

El Fiscal deberá introducir el principio a su esquema de pensamiento y consecuentemente deberá aplicarlo a lo largo de todo el procedimiento penal. Reflexionemos en la etapa preliminar y en la de audiencia de juicio oral. La primera librada ante el juez de control, a quien pedirá la sujeción a proceso y la aplicación de medidas precautorias, en ella, el Fiscal no deberá pedir medidas exageradas esperando que el juez le conceda alguna menor, para caer así en un “justo medio”. Actitudes como ésta pervierten el sistema y contradicen la lógica de la proporcionalidad. El Ministerio Público deberá pedir al juez aquellas medidas precautorias que considere acordes al delito imputado, la peligrosidad del acusado y la verosímil posibilidad de que la investigación se vea truncada. En la segunda etapa, el Ministerio Público solicitará la aplicación de una pena proporcional a la gravedad de la conducta.

## **IV. LOS ACTORES DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO**

Meditar en torno a una institución siempre implica comprender un sistema donde los actores se relacionan unos con otros. Comprender el concurso de las facultades de los actores del procedimiento penal y su articulación, es la única manera de hacer un estudio integral. El presente

apartado pretende encontrar esas relaciones. Intenta, colocando en el centro la pieza del Fiscal, completar un rompecabezas que muestre los nuevos acomodos y balances de todo el sistema.

#### 4.1 Los peritos y el Ministerio Público

La tendencia en un sistema acusatorio moderno está orientada hacia una mayor autonomía de los servicios periciales respecto del Ministerio Público. La razón radica en el principio de contradicción y la igualdad procesal entre la acusación y la defensa. Existen varios modelos para alcanzarlo:

- k) **Los servicios periciales privados.** Se trata de profesionistas que de forma independiente o bien trabajando en laboratorios o universidades, elaboran estudios criminalísticos sobre elementos o datos de prueba. Para tal efecto, son contratados por el fiscal o la defensa. Este tipo de expertos no participa ni en la escena del delito ni en la investigación del mismo. Es un modelo común en Argentina o Chile.
- l) **Los servicios periciales públicos autónomos, o al menos descentralizados o desconcentrados respecto del Ministerio Público.** Se trata de dotar de autonomía jurídica y presupuestal a los servicios periciales, mediante figuras organizativas propias del Derecho Administrativo. Esta figura podría ser de utilidad en México, constituyéndose en un buen primer paso para dotar de mayor independencia funcional a los servicios periciales.
- m) **Los servicios periciales adscritos a los cuerpos de policía.** Bajo este tipo de organización funcionan las policías de España, Inglaterra o Estados Unidos. En un futuro, este sería el esquema ideal de organización en México.

El Ministerio Público tiene la obligación de cerciorarse del correcto manejo de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, y debe llevar un registro de la cadena de custodia correspondiente. En caso de cualquier anomalía en el resguardo de la evidencia, los peritos tendrán la obligación de informar al Fiscal, quien tomará las previsiones necesarias para estos efectos. Como conductor jurídico de la investigación, el Ministerio Público podrá ordenar los estudios periciales que le sean de utilidad para comprobar su teoría del caso en la audiencia de juicio.



Los estudios periciales serán introducidos a juicio de forma oral, mediante el interrogatorio que el Ministerio Público efectuará al perito, quien comparece rindiendo testimonio de la aplicación de su pericia a una evidencia o elemento de prueba. Esto implica que el Ministerio Público estudie y analice las mejores preguntas que para tal efecto deberá formular al perito. Es deseable, en consecuencia, que el Ministerio Público cuente con un mínimo de conocimientos generales sobre criminalística así como con un estudio y preparación previa sobre el tipo de pericia criminalística que presentará el perito que ofreció como testigo experto y al cual interrogará. Esta es, pues, una competencia profesional más que tendrán que desarrollar los fiscales en el sistema acusatorio.

Así pues, el fiscal primero deberá acreditar al perito cuestionándole sobre su experiencia, sus conocimientos en la materia y su actualización en la misma. Posteriormente, con sus preguntas conducirá al perito para que éste explique el resultado de su estudio. Para tal efecto, podrá utilizarse material de apoyo, como audio, video, presentaciones en computadora, etcétera. Asimismo, el Ministerio Público podrá contar con el auxilio de un consultor técnico, generalmente otro perito, que le asesora sobre las mejores preguntas a formular a quien elaboró el dictamen y que comparece en calidad de testigo experto.

#### **4.2 La víctima o el ofendido y el Ministerio Público**

El Ministerio Público deberá tener presente, en todo momento, que la víctima u ofendido es el principal usuario del servicio público de procuración de justicia. La víctima o el ofendido tendrán en todo momento, el derecho de aportar pruebas o solicitar el desahogo de diligencias. El Ministerio Público soportará la obligación de fundar y motivar su resolución siempre que considere que no es procedente integrarlas a la investigación u ordenar las diligencias solicitadas. Sobra decir que el juicio de amparo podrá resolver en definitiva la actuación del Fiscal y, a golpe de jurisprudencia o de legislación secundaria, se materializarán los supuestos específicos de impugnación de una negativa del Ministerio Público.

Durante la fase de investigación, tendrán derecho la víctima o el ofendido a pedir que se tomen las medidas necesarias para proteger sus bienes o derechos contra todo acto de intimidación cuando verosímilmente puedan

ser afectados por los probables responsables o por terceros relacionados con el inculpado. También podrá impugnar ante el Procurador General de la República, las acciones u omisiones del Fiscal durante la investigación, así como las resoluciones relativas a la reserva, el no ejercicio de la acción penal o la suspensión del procedimiento.

Aunque la facultad de ordenar la protección a los testigos, víctimas u ofendidos está conferida al juez, el Ministerio Público estará siempre en posición de solicitar dicha determinación. Lo anterior cobra relevancia en una coyuntura en la que, es el fiscal, quien tiene información de mayor calidad, para saber en qué supuestos es necesario que las autoridades protejan a dichos actores, principalmente, para asegurar su integridad y en segundo término, para proteger el desarrollo de la investigación.

### **4.3. El inculpado y el Ministerio Público**

Una de las principales novedades de la Reforma Constitucional al sistema de justicia penal fue introducir -expresamente- el principio de presunción de inocencia. Baste subrayar ahora que la principal obligación de un Ministerio Público frente a un inculpado, en el marco de un sistema penal acusatorio, es respetar su presunción de inocencia. Esto implica tratar como tal al imputado. La acusación formal contra el imputado será en la audiencia de vinculación a proceso frente a un juez de control y no frente a los medios de comunicación al momento de la detención. No basta con el calificativo de “presunto responsable” utilizado por un Ministerio Público -o peor aún, por la Policía- al presentar a un detenido frente a los medios de comunicación para respetar el principio de presunción de inocencia. Con frecuencia vemos a detenidos acusados de diversos delitos frente a los medios de comunicación, quienes a pregunta expresa (de la policía o el Ministerio Público), en ausencia del juez y del defensor, frente a un micrófono o grabadora de los medios de comunicación presentan su rostro, dan su nombre -o apodo- y “confiesan” su participación en determinado delito. Esto no significa que las autoridades no puedan informar sobre una detención sino que al hacerlo, se debe tener el debido cuidado procurando no declarar nombres, datos que revelen la identidad o inclusive el rostro del o los inculpados. A propósito de lo anterior, la confesión rendida sin presencia del defensor será una prueba ilícita y carecerá de valor probatorio.

Otro de los dispositivos característicos de los sistemas acusatorios consiste en romper con la secrecía de la acusación que priva en los sistemas mixtos inquisitivos. Por ello, la Carta Magna dispone ahora que “el imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo.

El respeto del Ministerio Público y el juez hacia el imputado, -siguiendo el pensamiento de Luigi Ferrajoli-, es sinónimo de la asimetría que existe entre el Derecho y la violencia como instrumentos para dirimir los conflictos. La violencia institucional deslegitima al Derecho. El Ministerio Público debe estar consciente de que es falible y puede equivocarse. Actuar con arrogancia y prepotencia no ayuda a generar confianza ciudadana.

#### **4.4 El juez y el Ministerio Público**

Los jueces serán protagonistas fundamentales en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio. El Ministerio Público deberá aprender a interactuar con jueces y funciones jurisdiccionales distintas a las que ha estado acostumbrado: jueces de control, de audiencia de juicio y de ejecución de sentencias, por ejemplo. Ante los de control, los agentes del Ministerio Público podrán solicitar medidas cautelares reales y personales. En este orden de ideas, podrán pedir el arraigo domiciliario del indiciado hasta por el lapso de cuarenta días, siempre y cuando se trate de delitos graves y el fiscal compruebe que la medida se requiera para el éxito de la investigación o para evitar que el indiciado se sustraiga de la acción de la justicia. En favor del afectado, existirá siempre la posibilidad de solicitar al juez que cese el arraigo, cuando hayan cambiado las circunstancias que dieron origen a la aplicación de la medida.

También el Ministerio Público podrá solicitar al juez de control que gire la orden de que el indiciado se encuentre impedido para abandonar alguna demarcación geográfica, siempre y cuando la medida sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de las personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia. Será el Ministerio Público quien, mediante cualquier medio tecnológico (pulseras electrónicas, sistemas

de geo posicionamiento satelital, prohibición de abandonar una demarcación o retiro de pasaportes, por ejemplo), podrá vigilar que el mandato judicial sea debidamente cumplido.

Por otro lado, las comunicaciones privadas podrán ser admitidas en juicio ante la confluencia de supuestos muy específicos -que hayan sido aportadas por las partes habiendo participado en ellas u obtenidas con el apoyo de la autoridad y bajo el control judicial establecido- y será el Ministerio Público el primer tamiz, es decir, quien tendrá la obligación de determinar la admisibilidad de dichas pruebas a la investigación y su inclusión a juicio. El Fiscal deberá abstenerse de presentar pruebas que serán desechadas en el proceso, pensando siempre que los jueces se sienten ofendidos por la ilicitud y que, lo mejor para su causa, será siempre presentar el caso con probidad y apego a derecho.

El juez podrá negar la libertad provisional tratándose de delitos no graves, siempre y cuando el Fiscal acredite que el autor haya sido condenado con anterioridad por un delito grave o cuando se aporten elementos que permitan establecer que la libertad del inculcado podría representar un riesgo para la víctima o la sociedad en su conjunto.

La nueva legislación establece también la facultad del Fiscal, de ordenar por escrito -bajo su completa responsabilidad- la detención de una persona cuando se trate de casos urgentes. Tendrá por supuesto la obligación de fundar y motivar las razones por las cuales considera que los indicios apuntan a que alguna persona intervino en la comisión de alguno de los delitos calificados como graves y que existe un riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga de la acción de la justicia y además que, por motivo de las circunstancias -hora, lugar, etcétera- no puede acudir al juez a solicitar la orden de aprehensión. El Fiscal deberá ser muy cuidadoso al hacer uso de esta facultad, pues una detención mal fundada o motivada en hechos dudosos podría, en el marco del control constitucional, llevar al fracaso la persecución del hecho delictivo y, eventualmente, le podría significar responsabilidades administrativas e inclusive penales.

Por otra parte, por lo que se refiere a la relación entre el Ministerio Público y los jueces de audiencia de juicio oral, reiteramos las observaciones y comentarios formulados al referirnos a los principios del sistema acusatorio, que precisamente en la audiencia de juicio se manifiestan en toda su plenitud.



## 4.5 Las policías y el Ministerio Público

La relación entre la Policía y el Ministerio Público probablemente es la más complicada en los sistemas penales mixtos y acusatorios. Nos hemos referido ya, al origen constitucional del problema en México, origen que radica en la carencia de facultades claramente diferenciadas para unos y otros. No obstante, este problema no es exclusivo de México. En países como Inglaterra, donde existe una clara separación de funciones y atribución de competencias entre Policía y Ministerio Público, el tema a mejorar es el de la coordinación para ambas instancias. Por ello, en 2005, *Scotland Yard*, la famosa policía del área metropolitana de Londres y el Servicio de Fiscales de la Corona (*Crown Prosecution Service*) establecieron la *Emerald Operation*,<sup>7</sup> un programa para mejorar la coordinación entre ambas instancias bajo un mecanismo de *Management*, esto es, de gerencia y administración operativa de casos relevantes.

En México, las reformas a la legislación secundaria derivadas de la Reforma Constitucional ya han reorientado la asignación de funciones entre la Policía y el Ministerio Público. Esencialmente, se han aumentado las atribuciones en materia de investigación de la policía.

Tal como hemos anunciado, es el artículo 3 del *Código Federal de Procedimientos Penales*, reformado en enero de 2009, el que reparte las facultades del procedimiento penal entre la Policía y el Ministerio Público. Dicho artículo subraya que “las policías actuarán bajo la conducción y el mando del Ministerio Público en la investigación de los delitos, en términos de lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y quedarán obligadas a...”. Curiosamente, el artículo describe como obligaciones de la policía lo que en realidad son facultades o atribuciones.

Las policías estarán obligadas a informar el estado de las denuncias que parezcan incompletas o que estén plagadas de información dudosa, dando así al Ministerio Público los datos pertinentes para desechar de plano o ejercer la acción penal. Las denuncias recibidas por las autoridades de la policía, deberán entonces recaudar un nivel probatorio mínimo que ayude al Fiscal a tomar las primeras decisiones alrededor de la investigación.

---

<sup>7</sup> Puede consultarse un documento informativo en la siguiente dirección:  
[http://www.vslondon.org/publications/Operation%20Emerald\\_final.pdf](http://www.vslondon.org/publications/Operation%20Emerald_final.pdf).



El artículo citado establece además, como obligaciones de la policía, participar en la investigación de los delitos, en la detención de las personas y bienes, registrar la detención de inmediato y poner a disposición de las autoridades competentes, sin demora alguna, a las personas detenidas. Por otra parte, las policías deberán preservar el lugar de los hechos, solicitar a las autoridades informes y documentos a los que se pueda acceder para el desempeño de sus funciones y solicitar al Ministerio Público que requiera a las autoridades competentes los informes y documentos que requiera con fines de investigación.

Por otro lado, el artículo 113 del *Código Federal de Procedimientos Penales*, impone al Ministerio Público la obligación de proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia, salvo que, por aplicar el principio de oportunidad decida no hacerlo. Tratándose de denuncias anónimas, aunque en condiciones procesales distintas, también podemos pensar en una aplicación del principio de oportunidad. En este caso, el Ministerio Público ordenará a la policía que investigue la veracidad de los datos aportados. Así, el Fiscal se vuelve un importante instrumentador de política pública al procurar que los recursos estatales dirigidos a la investigación del delito se utilicen de manera eficiente al establecer mínimos probatorios para determinar que es pertinente realizar una investigación.

Habíamos hablado ya de las facultades que tendrán las policías para preservar el lugar de los hechos cuando descubran en éste indicios, huellas, vestigios, los instrumentos, objetos o productos del delito. Debemos subrayar en este punto, que si bien todas las policías tendrán la obligación de preservar el lugar de los hechos, sólo las unidades especializadas de la policía en intervención en el lugar de los hechos podrán mediar en el procesamiento de las evidencias y elementos de prueba. El Ministerio Público tendrá la obligación de dejar registro en la investigación, tanto de la cadena de custodia como de los sucesos que pudieren haber interrumpido la cadena o afectado la evidencia. La policía entregará todo el caudal probatorio al Fiscal. Una vez que el Ministerio Público se entera de las primeras diligencias de la policía tiene la obligación de cerciorarse de su eficaz seguimiento, siempre con la intención de preservar los elementos probatorios.

## V. REFLEXIÓN FINAL

Uno de los puntos centrales al instrumentar la Reforma Penal será delimitar objetivamente qué corresponde a la policía y qué al Ministerio Público. No es un tema fácil. Como hemos analizado, la mayoría de los países que han adoptado o perfeccionado un sistema acusatorio se han enfrentado ha este problema. Las policías que han pasado por esta transición han tenido que aprender a actuar con objetividad y responsabilidad, en absoluto respeto a los derechos humanos, sin depender de la autorización u orden del fiscal. La profesionalización, la capacitación permanente, el desarrollo de perfiles de puesto y el establecimiento de un servicio de carrera han contribuido a ello. Las Procuradurías por su parte, han tenido que dejar atrás el miedo de “quedarse sin dientes” al desprenderse de las policías directamente subordinadas bajo el mando de un Ministerio Público que “investiga”, para asumir plenamente una labor eminentemente jurídica, de dirección jurídica y estratégica de la investigación que realiza la policía y de análisis racional de la acusación. Es largo el camino que queda por recorrer y cada vez es menor el tiempo para hacerlo.