



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO

“DISCRECIONALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO (FISCAL) EN LA APLICACIÓN DEL
CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN MATERIA PENAL EN MÉXICO”.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTORA EN DERECHO Y GLOBALIZACIÓN

PRESENTA:

M.EN D. NEREYDA SALAZAR GALEANA

DIRECCIÓN DE TESIS:

DR. LADISLAO ADRIÁN REYES BARRAGÁN

PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO UAEM

ASESOR EXTERNO

DR. DON LUIS ALBERTO ARROYO ZAPATERO

RECTOR HONORARIO DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA, ESPAÑA.

DIRECTOR DEL INSTITUTO DE DERECHO PENAL EUROPEO E INTERNACIONAL,

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA, ESPAÑA.

CUERNAVACA, MORELOS

SEPTIEMBRE 2019.

ÍNDICE.

Introducción. -----	3
CAPÍTULO I -----	10
1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ALCANCES DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD.-----	10
1.1 La ciencia del derecho y su axiología en el criterio de oportunidad. -----	21
1.2 Acercamiento axiológico a la problemática de la aplicación del criterio de oportunidad. 27	
1.3 La teoría de la pena y su relación con el criterio de oportunidad. -----	31
1.4 Efectos de la globalización en la incidencia delictiva. -----	33
1.5 Discrecionalidad como rasgo humano. -----	44
1.6 ¿Por qué toleramos la discrecionalidad y cuáles son sus beneficios?-----	46
1.7 Discrecionalidad administrativa y jurídica. -----	46
1.8 ¿Qué son los criterios de oportunidad? -----	50
1.9 Participación del Fiscal General de la República (antes procurador) en la aplicación de los criterios de oportunidad. -----	64
CAPÍTULO II -----	67
2.- RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA PENAL. VIABILIDAD DE LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD. -----	67
2.1 Las formas de resolución de conflictos en materia penal. -----	67
2.2 ¿Por qué surgen los criterios de oportunidad? -----	76
2.3 Los fundamentos constitucionales del criterio de oportunidad. -----	83
2.4 Lineamientos para la aplicación del criterio de oportunidad.-----	86
2.5 Conceptos jurídicos indeterminados en el criterio de oportunidad. -----	102
CAPÍTULO III-----	110
3.APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN OTROS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA. -----	110
3.1 Marco legal del criterio de oportunidad en Argentina. -----	110
3.2 Marco legal del criterio de oportunidad en Perú.-----	118
3.3 Marco legal del criterio de oportunidad en Colombia. -----	126
3.4 Objetivo de la inclusión del criterio de oportunidad en la legislación de Argentina, Perú y Colombia. -----	132
3.5 Carácter procesal del criterio de oportunidad en México.-----	139
3.6 Carácter procesal del criterio de oportunidad en Argentina, Perú y Colombia. -----	141
3.7 Aplicación del criterio de oportunidad en el proceso penal español. -----	142

3.7.1 Por qué adoptar el principio de oportunidad en España y el mundo en general.--	154
CAPÍTULO IV -----	160
4. OPERATIVIDAD DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD Y LOS BENEFICIOS DE SU APLICACIÓN. ---	160
4.1 Política criminal y el criterio de oportunidad.-----	160
4.2 Interés público afectado por el criterio de oportunidad. -----	166
4.3 Límites en la aplicación del criterio de oportunidad desde la protección de los bienes jurídicos.-----	171
4.4 Atribuciones del Ministerio Público de la Federación respecto de la aplicación del criterio de oportunidad. -----	175
4.5 Control judicial del criterio de oportunidad. -----	186
4.6 Beneficios de la aplicación de los criterios de oportunidad y su contraparte. -----	188
CAPÍTULO V -----	192
5. Hacia la aplicación del criterio de oportunidad sin la intervención de un tercero. -----	192
5.1 Legalidad de las atribuciones del Ministerio Público de la Federación. -----	192
5.2 Competencia del Fiscal (antes Procurador) General de la República en la aplicación del criterio de oportunidad.-----	197
5.3 El criterio de oportunidad y la economía procesal.-----	203
5.4 Costo procesal de llevar a juicio todos los casos de acuerdo al principio de legalidad. --	205
5.5 Costo-beneficio de otorgar autonomía en la discrecionalidad del Ministerio Público de la Federación para la aplicación del criterio de oportunidad.-----	211
5.5.1 Costo procesal. -----	215
5.5.2 Costo económico.-----	216
5.5.3 Costo Social.-----	219
5.6 Conclusión. -----	219
5.7 Propuesta. -----	225
Bibliografía.-----	232

Introducción.

No todo el conocimiento es materializable. Generar conocimiento en el ámbito de las ciencias duras es menos complejo, porque los resultados son tangibles. Por el contrario, las ciencias blandas como coloquialmente se conoce a la ciencia que se ocupa del conocimiento cuya base proviene del análisis de datos cualitativos y no tan cuantitativos, son ciencias cuya investigación está saturada de dogmas. Cada ramo de este tipo de ciencia tiene sus pioneros en la concepción de nuevas ideas, que servirán de base para el desarrollo de nuevas verdades. En este caso, nos referimos a las ciencias sociales y en particular, a la ciencia del derecho¹.

La ciencia del derecho se encarga de velar por la sana convivencia entre los seres humanos constituidos en sociedades. Para ello existen diversos y variados sistemas jurídicos alrededor del mundo cuyo propósito es el mismo: buscar el bien común, proteger los derechos humanos y proporcionar justicia a los gobernados. Cada sistema jurídico cuenta con una estructura funcional particular, esto es, que aun cuando se trate de sistemas similares, las necesidades de cada Estado son diferentes, ya sea por idiosincrasia, características territoriales, posición geográfica, nivel de desarrollo, sólo por enunciar algunas de manera muy genérica.

Una parte importante de un sistema jurídico, la constituyen las leyes y la estructura de la administración pública. El óptimo funcionamiento del sistema es deseable en todo momento, pero no debemos perder de vista que en todo proceso que intervenga el factor humano, los resultados son susceptibles de sufrir variantes. En México se cuenta con un sistema penal que desde el inicio de una investigación y hasta el momento de la ejecución de sentencia, se encuentra saturado en todas sus etapas².

¹La ciencia jurídica con frecuencia es objeto de críticas por no recurrir necesariamente a la metodología empírica, aunque no por ello deja de ser ciencia.

²*En números, documentos de análisis y estadísticas*, Vol. 1, Núm. 11, oct-dic 2017, México, publicación trimestral editada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), 2017. *In totum* Por ejemplo, en los establecimientos penitenciarios, según cifras del INEGI reportadas, en el período del 2010 al 2016 se reporta una sobrepoblación de hasta el 29% sobre la capacidad instalada

Como es sabido, recientemente, y mediante un proceso de ocho años, el sistema penal mexicano sufrió una transformación de fondo. Dejó de ser un sistema inquisitivo y mutó en un sistema acusatorio cuya principal característica es la oralidad, publicidad y la celeridad en la resolución de los procesos. La citada reforma culminó con la entrada en vigor en junio del 2016 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* (CNPP). Es importante recalcar lo difícil que resulta empatar un derecho adjetivo único nacional con 32 compilaciones de derecho sustantivo estatal, más uno federal³.

La búsqueda de la homogenización de los procesos en materia penal no está del todo lograda con el Código en comento. Sin embargo, se está en el camino, y éste puede perfeccionarse con el transcurrir de las investigaciones resueltas bajo su normativa. Al legislador le espera un arduo trabajo implementando reformas, en la búsqueda de dicho perfeccionamiento, sobre todo en la modificación de aquellas disposiciones que aún son en esencia de carácter inquisitivo más que acusatorio, teniendo siempre como objetivo primordial la salvaguarda de los Derechos Humanos y el pronto acceso a la impartición de Justicia.

Algunos de los problemas principales tanto del anterior sistema, como del vigente son, la oficiosidad con la que se maneja el inicio de las investigaciones y la “obesidad legislativa”⁴, término que utiliza el jurista Daniel Arturo Montero Zendejas para referirse al abuso de la emisión de normas por parte de la autoridad en vez de afrontar la realidad. La ley en México dicta que toda actividad delictiva debe ser investigada y llevada a juicio. Con la finalidad de paliar un poco esta situación y pretendiendo un tipo de solución a mediano y largo plazo para el “problema de oficiosidad”, a la par de la reforma penal de junio de 2008, los legisladores incluyeron a nivel constitucional diversos mecanismos que coadyuvarían a una mejora en el funcionamiento y resultados del sistema penal mexicano.

³García Ramírez Sergio, Moreno Hernández, Moisés y Ontiveros Alonso, Miguel (coords.), *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Volumen 49 No. 147 sep./dic. México, INACIPE, 2016. *In totum*

⁴Montero Zendejas, Daniel Arturo, *El ministerio público en el sistema inquisitorio*, en Cabrera Dircio, Julio (Coordinador), *Tópicos sobre la reforma penal del 2008*, ed. Fontamara, México, 2012, p.187

Figuras y mecanismos jurídicos cuyo funcionamiento se enfoca lo mismo en la agilización de la resolución al conflicto, como en la protección de los derechos humanos de las víctimas y los imputados. Mecanismos como los alternativos para la resolución de conflictos, figuras como la del criterio de oportunidad. La figura jurídica del criterio de oportunidad, a través del Ministerio Público de la Federación (MPF) busca fungir como un filtro, de tal suerte que su finalidad es la de evitar que se dirijan recursos públicos en asuntos de poca trascendencia. Busca llevar a proceso sólo aquellos casos que de verdad causen una laceración a la sociedad. Tiene también como objetivo, reducir los juicios por delitos de bagatela obteniendo con esto un mejor funcionamiento del sistema penal al no distraer el trabajo de los jueces con asuntos que fácilmente pueden resolverse de manera personal.

Los criterios de oportunidad se constituyen como una prometedora herramienta dentro de la tarea de impartición de justicia. Empero, como todo lo nuevo, éste tiene diversas vertientes que deben ser analizadas. En materia jurídica, la mayor parte del tiempo se busca vigilar, fiscalizar y tener bajo control las facultades conferidas a los servidores públicos. Esto porque somos humanos, y el factor humano no es perfecto, pero sí perfectible. Sin embargo, se deben analizar las implicaciones de otorgarle tal atribución al Ministerio público tomando en cuenta que, por un lado, efectivamente puede contribuir a disminuir considerablemente la carga procesal, y por el otro, es la ventana perfecta para dar paso a un mayor nivel de corrupción y tráfico de influencias.

Actualmente, la confianza en la autoridad se encuentra alarmantemente mermada, la sociedad confía más en instituciones de educación, salud, ejército y la marina⁵ que en la propia autoridad judicial. He aquí uno de los motivos que sustentan la pertinencia de la presente investigación, se busca demostrar que, con la aplicación eficiente del criterio de oportunidad, se puede lograr beneficios a nivel procesal, económico y social. Si paulatinamente la sociedad recupera la confianza en sus gobernantes, eventualmente la cifra negra podría disminuir y la efectividad

⁵ Comunicación social, “*Estadísticas a propósito de...día de la administración pública (23 de junio)*”, Comunicado de prensa núm. 274/18 21 de junio de 2018, México. 2018. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2018/publica2018_Nal.pdf

del sistema penal mexicano lograría mejores resultados en materia de impartición de justicia

La investigación se desarrollará partiendo de un acercamiento al estado del arte que guarda la problemática en cuestión, refiriendo brevemente lo que la reforma trajo para el sistema penal mexicano y se centrará en el análisis de la aplicación de los criterios de oportunidad, en el análisis de los lineamientos que debe considerar la autoridad para su correcta e imparcial aplicación. Se estudiará la estructura y el funcionamiento de la misma figura jurídica en otros países de América Latina, cuyas condiciones socioeconómicas son similares a las de México. Adicionalmente se hará un breve análisis del funcionamiento de esta figura en España. Cabe mencionar aquí, que, en México, la figura jurídica en mención se aplica en el ámbito administrativo al ser el Ministerio Público parte del Ejecutivo, y aunque es el enlace con el proceso judicial, no se trata en sí del proceso penal como tal, sino de un momento previo a éste.

El antecedente internacional más antiguo considerado en el presente trabajo de investigación se remonta al Decreto General Prusiano emitido en Alemania en 1854 en el cual se define la obligación del ministerio público de investigar toda aquella conducta de la que tenga conocimiento (principio de legalidad), pero también le hace la recomendación de no consumir su esfuerzo en perseguir acciones que apenas y merecen un castigo (discrecionalidad). La legislación alemana es la que más avances tiene en cuanto a regulación de criterios de oportunidad. Sin embargo, se analiza brevemente debido a que México no cuenta ni con la cultura, ni la infraestructura suficiente para llegar al manejo honesto de ese nivel de discrecionalidad. Por otro lado, la incidencia delictiva en España es considerablemente inferior a la que se presenta actualmente en la República mexicana, por lo que si bien, es benéfico considerar la aplicación de los criterios de oportunidad, no es apremiante. En lo que respecta a América latina (Colombia, Argentina y Perú) los juicios orales, así como el uso procesal de los criterios de oportunidad, se viene dando desde la década de los noventa y la intervención de un tercero no figura en la Ley, salvo para los casos excepcionales, esto es, cuando

un delito por su encuadramiento penal no reúna los requisitos de procedibilidad, pero el daño lesivo causado sea insignificante, el ministerio público o fiscal, puede recurrir a la revisión y en su caso, autorización de un tercero.

Se pretende dar a la investigación un enfoque de carácter humanista dado que una de las prioridades del sistema de justicia penal es la protección de los derechos humanos de las partes involucradas, tomando en cuenta que siempre el factor humano es el que interviene y determina el futuro de víctima e imputado. Si bien el desempeño de los funcionarios públicos es evaluable porque de una manera u otra generan cifras, no debemos perder de vista que no solo se trata de resultados sino de más seres humanos y es al final de cuentas el elemento humano por el que existen los sistemas jurídicos, por nosotros y para nosotros.

Los agentes del Ministerio Público son humanos y como tal cometerán errores en el cumplimiento de sus funciones, pero si se logra que la figura jurídica funcione para el objetivo que fue creada, se tendrá una considerable disminución en el congestionamiento del sistema penal, así como en los gastos que la oficiosidad *per se* genera desde la apertura de la investigación hasta la manutención de tantas personas reclusas en los establecimientos penitenciarios mexicanos.

Se busca demostrar la idea de que es el elemento humano el que puede hacer la diferencia, hoy en día con tantos procesos automatizados, no podemos dejar de darle importancia a la impartición de justicia. Los legisladores así lo consideran al realizar la exposición de motivos para la creación de esta figura jurídica, sólo hace falta darle el voto de confianza completo a la autoridad competente con las debidas precauciones para no dejar en estado de indefensión a las víctimas ante el agravio sufrido, y esperar a ver resultados para demostrar que vale la pena asumir el riesgo de otorgar una facultad así de importante a una autoridad como lo es el Ministerio Público.

La importancia que conlleva el correcto funcionamiento del sistema penal mexicano es vital, dado que de ello depende en gran medida la tranquilidad de la sociedad. El problema es que, con la aplicación del principio de oficiosidad, se destinan recursos humanos y financieros para resolver asuntos sin trascendencia.

Recursos que pueden y deben ser utilizados en la investigación de delitos que de verdad agraven a la sociedad en el ámbito de lo económico y social. La aplicación obligatoria y directa del principio de oportunidad (en los delitos menores), representaría un ahorro considerable de recursos humanos, materiales y financieros.

Trabajaremos sobre la hipótesis de que si la aplicación del criterio de oportunidad tiene como objetivo primordial descongestionar el sistema penal mexicano y proporcionar justicia a los más en el menor tiempo posible, entonces se debe prestar especial atención a los funcionarios que los aplican, darles las facilidades y al mismo tiempo establecer las pautas para su correcta y legal aplicación, pero sin restringir el ejercicio de sus funciones para no caer de nuevo en procedimientos burocráticos. Por lo tanto, se considera que el Ministerio Público de la Federación como autoridad competente tiene la capacidad de decidir sobre los asuntos específicos a los que les sea aplicable el beneficio de un criterio de oportunidad, incluso no sólo de aquellos contemplados en los lineamientos emitidos por la Fiscalía (antes procuraduría) General de la República⁶ (FGR antes PGR), sino también algunos delitos considerados como graves y que, en realidad, no generan daño físico a la víctima (y el daño material es fácilmente reparable), y mucho menos a la sociedad en su conjunto.

Para que este diseño funcione en nuestro país, es imperante que se establezcan reglas que permitan el otorgamiento del “voto de confianza” hacia los agentes del Ministerio Público de la Federación para que éstos contribuyan con la pronta y expedita impartición de justicia, ya que de inicio es en ellos en quien recae la posibilidad de no utilizar recursos humanos ni económicos en procesos inútiles

⁶En el transcurso de la investigación se utilizará indistintamente el término procuraduría o fiscalía, en el entendido de que se trata de la misma institución; lo anterior debido a que, en la legislación vigente aplicable a los criterios de oportunidad, aún no se reforma el contenido de las mismas y algunas la refieren como procuraduría y otras como fiscalía. Por ejemplo, en el propio sitio web de la FGR encontramos: “La Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delincuencia Organizada (SEIDO) atrajo este día la investigación del caso ocurrido anoche en Coatzacoalcos, Veracruz... personal de la Fiscalía de Asuntos Internos de esta institución...” lo anterior es un extracto de un comunicado emitido por la FGR en su sitio web oficial. Disponible en: <https://www.gob.mx/fgr/prensa/comunicado-fgr-386-19-la-fgr-informa>

que al final de todo el proceso llevarán a sentencias absolutorias o a incrementar las cifras de sobrepoblación penitenciaria.

Dicho lo anterior dejaremos sentado que el objetivo principal de la investigación es el de estudiar y analizar la figura jurídica del criterio de oportunidad y la problemática que representa su aplicación. Lo anterior partiendo de su inclusión en el ordenamiento constitucional mexicano en la reforma del año 2008; así como su regulación contenida en los artículos 256 y 257 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* (CNPP). Se busca demostrar que con una mejor regulación (más específica, pero menos limitante) de esta figura jurídica, su aplicación contribuirá realmente al objetivo para el que fue creada.

CAPÍTULO I

1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ALCANCES DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD.

Toda sociedad espera que los ciudadanos en ella inmersos se comporten de acuerdo a las normas de convivencia para tal efecto establecidas, sin considerar la idea de tolerar comportamientos anómalos. Si bien porque por un lado esto sería injusto para el resto, y por otro porque se perdería el status de la autoridad como tal. Con la aplicación y observancia de las normas se busca la uniformidad en el trato, la igualdad ante la Ley, tal y como establece la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM). No obstante, ésta idea (como la mayoría que no pertenezca a las ciencias exactas) no es absoluta. Existen diversas teorías en lo que a convivencia social se refiere.

La Teoría (original) de la Adecuación Social de Hans Welzel afirma que debe existir una zona de riesgo permitido, existen comportamientos fuera de orden que pueden ser tolerados, ya sea porque entran en el rango de ésta zona o porque el daño que pudieren causar resulta insignificante⁷. Este precepto es el que consideraremos como el origen del principio de oportunidad y el que da sustento teórico al presente trabajo de investigación, al establecer la idea de que no tiene por qué ser todo exactamente ceñido a las disposiciones del colectivo coercitivo. Primero porque existe diversidad, la conducta e intencionalidad es distinta en todos los seres humanos. Y, en segundo lugar, y más importante, la Ley no puede prever de forma absoluta todas las variantes de conducta antijurídica de las personas. Así que, con el tiempo, el legislador comprendió que debe existir una oquedad que permita desahogar los casos que no necesariamente se pueden encuadrar en un tipo penal de conducta típica, y por consecuencia no requieren de proceso penal. Por lo tanto, se legisló la posibilidad de resolver esos casos que resulten insignificantes mediante la justicia alternativa y figuras jurídicas como es el criterio de oportunidad.

⁷ Cancio Meliá, Manuel, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social: teoría final de la acción e imputación objetiva*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1994. *In totum*

Algunos autores sostienen que esta teoría es más bien la aplicación de una causa de exclusión de la tipicidad; para otros es un filtro de imputación objetiva y otro sector la considera una causa de exclusión de antijuricidad. Lo cierto es que la Adecuación Social se basa en “un medio de corrección de la adecuación al tipo, una especie de falsilla o guía que permite determinar que no todas las conductas que formalmente o aparentemente encuadran en el tipo penal resultan típicas, por ser un estado normal de libertad social de acción.”⁸

No todas las conductas, que por lo contenido en la Ley resulten antijurídicas, son necesariamente merecedoras del *ius puniendi*. Existe un costo que la sociedad ha asumido a cambio de una armónica y segura convivencia. Esto se debe principalmente a que la conducta de las personas se va transformando acorde a las transiciones en el tiempo y espacio a que se ven sometidos, y lo antijurídico de ayer, hoy o mañana ya no será lesivo (por lo menos algunas conductas, nunca consideramos dentro de éstas aquellas que lesionan directamente la integridad de las personas, la libertad y la vida). La generalidad no es la norma, existen excepciones detectables en algunos ilícitos cuya lesividad es insignificante e intrascendente, y es a esos actos a los que se les puede aplicar un criterio de oportunidad para su resolución pronta y legal. Analizaremos a continuación en lo general, los antecedentes de la institución de los criterios de oportunidad en la legislación penal mexicana.

En el México contemporáneo se ha venido dando una situación de congestión de la vía penal en las últimas décadas. Tal circunstancia ha llevado a las autoridades a implementar soluciones alternas al clásico proceso penal, con el propósito de obtener resultados en el mediano plazo. Tal es el caso de la reforma penal derivada de la reforma constitucional de junio del 2008, en donde lo más destacable fue que sentaron las bases para la transición de un sistema penal inquisitivo a un sistema penal acusatorio y oral con un enfoque garantista y con la intención de agilizar la impartición de justicia en materia penal.

⁸Welzel, Hans. *Apud*. Castro Escarpulli, Nicandra y Lozada Luna, María Teresa, *El Ministerio Público hacia el Sistema Penal Acusatorio en México. Guía práctica para principiantes*, México, Editorial UBIJUS, 2013.p. 44

Parte de lo que llevó al legislador a considerar la implementación del criterio de oportunidad fue al análisis doctrinario del principio de bagatela.

...las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos tutelados no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva, lo que fue sostenido por el ius-filósofo finalista Hans Welzel, en su "Teoría de la adecuación social de la conducta" -relativa a la afectación insignificante del bien jurídico-, la que si bien, en un primer plano no constituye un fundamento directo para la elaboración de los criterios de oportunidad en el proceso penal acusatorio, su interpretación nos permite vislumbrar con mayor profundidad el soporte teórico que necesariamente se requiere para la implementación de los criterios de oportunidad...⁹

En esencia, el principio de bagatela hace alusión a la insignificancia que la comisión de cierto tipo de delitos representa en cuanto a la lesión que ocasionan a los bienes jurídicos protegidos. Esta reflexión, nos lleva a pensar en los costos económicos, humanos y procesales que conlleva el iniciar proceso penal a todos los delitos, incluyendo los de bagatela, los cuáles según cifras oficiales, son los más. Le cuesta al Estado y por ende a la sociedad en su conjunto. Con la aplicación de esta figura jurídica, esos costos podrían reducirse considerablemente.

En el plan nacional de desarrollo 2013-2018¹⁰ de la administración presidencial¹¹, en el objetivo 1.4 se consideró como tal "Garantizar un Sistema de Justicia Penal eficaz, expedito, imparcial y transparente". Para lo cual la administración del ejecutivo se planteó las siguientes estrategias:

- Abatir la impunidad.
- Lograr una procuración de justicia efectiva. Mejorar la calidad de la investigación de hechos delictivos para generar evidencias sólidas que, a su vez, cuenten con soporte científico y sustento legal.

⁹Carreón Herrera, José Héctor, y Carreón Perea, Héctor, *"Los criterios de oportunidad y su implementación en el sistema de justicia penal mexicano"*. P. 5. s.l.i., s.e., s.a., Disponible en: <https://studylib.es/doc/5220065/%E2%80%99Clos-criterios-de-oportunidad-y-su-implementaci%C3%B3n-en> Consultado el 26 de mayo del 2017

¹⁰ Como una primera referencia, en lo sucesivo abordaremos el Plan Nacional de Desarrollo vigente.

¹¹Plan nacional de desarrollo 2013 – 2018, México, Gobierno de la república, 2013. Consultable en: <http://www.itesa.edu.mx/pdf/PND.pdf>

- Combatir la corrupción y transparentar la acción pública en materia de justicia para recuperar la confianza ciudadana.

Todo lo anterior con la intención clara y plena de que la autoridad se encuentre en posibilidad de proporcionar a los ciudadanos involucrados en controversias de tipo penal lo que conforme a derecho les corresponda: justicia. El autor Michael Sandel¹² quien en su obra *JUSTICIA ¿HACEMOS LO QUE DEBEMOS?* Nos hace un recordatorio de que lo que es justo para unos no lo es para todos, y que irremediamente estamos sujetos a ese colectivo coercitivo¹³ que nos indica lo que está bien y lo que es lesivo para la sociedad. Por enunciar un ejemplo, podemos retomar el que el mismo autor menciona en su obra. Los ofertantes de bienes y servicios para los damnificados del huracán Charly en Florida, Estados Unidos en el año 2004, ejercieron su derecho pleno al aplicar la ley de la oferta y la demanda. Los bienes y servicios estaban escasos y ellos podían suministrarlos. En cualquier otra circunstancia esta situación se hubiera percibido de lo más natural. Sin embargo, al tratarse de seres humanos víctimas de un desastre natural y en estado de necesidad, la sociedad (el colectivo coercitivo) los juzgó como si hubiesen cometido un delito. Sin duda, de acuerdo a las leyes mercantiles, no incurrieron en ilícito alguno, al final de cuentas fueron sus bienes y servicios los que ofertaron.

Según el mismo autor, al hablar de justicia se deben tomar en cuenta tres ideas: maximizar el bienestar, respetar la libertad y promover la virtud. Al optar por resolver las controversias en materia penal mediante un criterio de oportunidad tenemos que:

¹² Profesor de ciencia política de Harvard, es mejor conocido por su crítica a la Teoría de la Justicia de John Rawls (*A Theory of Justice*) respecto de la cual opina: "la argumentativa de Rawls sugiere el presupuesto del *velo de la ignorancia*, el cual nos permite abstención ante el compromiso propio". Sandel estima que, por naturaleza, se es intransigente al extremo de admitir incluso la existencia de dicho velo. Ilustra su postura reflexionando sobre los vínculos familiares que se gestan no como consecuencia de opciones conscientes sino respecto a los cuales nacemos en contexto vinculante. El Dr. Sandel dictó Cátedra en su afamado programa "Justicia" curso de la Universidad de Harvard impartido a lo largo de dos décadas. La asignatura se constituyó en la de más alta matrícula en la historia de la Universidad de Harvard con más de 14.000 alumnos. La sección del lapso de otoño del 2007 fue la mayor de todas con un total de 1.115 estudiantes inscritos en Harvard. El contenido programático de la sección de otoño del 2005 fue grabado y se ofrece en línea al estudiantado a través del Núcleo de Extensión Universitaria de Harvard.

¹³ Tal como afirma Hard en su obra sobre qué es derecho.

1. La autoridad definitivamente busca maximizar el bienestar al ocuparse de realmente impartir una pronta justicia. Con este tipo de soluciones, al estar ambas partes de acuerdo, realmente les queda la sensación y percepción de que verdaderamente se les hizo justicia.
2. La autoridad respeta la libertad de las partes de decidir qué es lo que les conviene en lo que al conflicto respecta. Sobre todo, la libertad de la víctima de elegir si quiere una restauración del daño de forma inmediata a su entera satisfacción (dentro de las proporciones legales, claro está) o si opta por elegir el proceso penal con todo lo que conlleva.
3. La promoción de la virtud es sin duda la idea más subjetiva de las tres. Sin embargo, se puede afirmar que con el hecho de buscar la conciliación entre las partes sin necesidad de que medie proceso penal entre ellos, se está contribuyendo a una mayor civilidad, a un rescate de valores de tolerancia y respeto mutuo, a enaltecer las virtudes que pudieran existir en cada una de las partes involucradas en cada caso particular.

Ahora bien, en México, en cuanto a procuración y administración de Justicia se refiere, se cuenta con el proceso judicial en materias: administrativa, civil, mercantil, agrario, laboral, y la que nos ocupa, la materia penal. Empero, en fechas pasadas este tipo de procedimientos más que servir para agilizar la pronta impartición de Justicia sólo fungían como transgresores de los derechos humanos de las víctimas, al llevarlas a un tortuoso proceso judicial de meses o incluso años según la controversia de la que se tratare. Es exactamente atendiendo a lo anterior, que de acuerdo al tipo de daño, alteración o lesión que causan las controversias en materia penal a los bienes jurídicos tutelados, que estos sufrían irremediablemente un proceso prolongado por varios años aun tratándose de delitos menores como lo es el robo simple. De ahí la necesidad de agilizar la resolución de dichas controversias y una forma de lograrlo es con la selectividad de los procesos para enjuiciar, siempre dentro del marco normativo.

Tenemos entonces que era el procedimiento en materia penal, el que más derechos humanos vulneraba en el ejercicio de su función, tanto a responsables como a las víctimas. Muestra de ello lo vemos reflejado en la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2017¹⁴ en donde podemos apreciar la percepción de inseguridad que prevalece en la sociedad mexicana. Véase tabla No. 1.

Las víctimas de delitos tienen derecho a:	Si	Más o menos, depende	No
La reparación del daño.	77.3	15.9	6.4
Qué el Ministerio Público ponga su máximo en identificar y detener al culpable.	76.3	18.4	4
Participar con el Ministerio Público en la investigación.	57.7	23.8	13.9
Hacer justicia por su propia mano	21.3	23.3	

Tabla No. 1. Fuente: Encuesta Nacional de Derechos Humanos.

Uno de los principios fundamentales del procedimiento penal para la solución de controversias es el de proporcionar a los sujetos involucrados un acceso a la Justicia de manera pronta y expedita, protegiendo en todo momento los derechos humanos tanto de la víctima como del probable responsable. Sin menoscabar el hecho de que debe facilitar la reparación del daño, así como la readaptación o reinserción del responsable a la vida en sociedad como persona productiva. ¿Cómo se logra esto? Suena sencillo en realidad, pero no lo es así en la práctica.

A pesar de tener claros los objetivos primordiales del ejercicio del procedimiento penal, el mismo distaba mucho de brindar a los implicados en una controversia de esta naturaleza, la certeza jurídica que se busca con la procuración de Justicia en México. Dado que en el sistema inquisitivo que se venía ejerciendo en nuestro país la víctima sólo tenía acceso a la Justicia después de varios años de

¹⁴Análisis Situacional de los Derechos Humanos de las Víctimas del Delito y Violaciones a los Derechos Humanos, México, CNDH Informe anual de actividades 2018. Disponible en: <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=30081> consultado el 2 enero 2019.

proceso, de igual forma el presunto responsable (la mayoría de las veces) debía permanecer tras las rejas durante los años que duraba el proceso para que en algunas ocasiones se le dejara libre por no haberlo encontrado culpable, ¡después de años en prisión sin recibir sentencia! Todo por atender precisamente los formalismos inherentes a dicho procedimiento.

De tal suerte que cuando un sujeto resultaba imputable por algún supuesto de delito penal, tendría que enfrentarse a un procedimiento ineficiente, injusto y además viciado: ya fuera debido a la sobrecarga de trabajo existente en los juzgados, al alargamiento de los plazos para emitir resoluciones (esto se promociona tanto por el sujeto activo como por el pasivo), a un aumento del costo económico en el proceso derivado del aplazamiento de fechas, detrimento patrimonial, en ocasiones de ambas partes, costo moral, incapacidad o en el peor de los casos, incompetencia por parte de la autoridad encargada de brindar una procuración de Justicia pronta y expedita.

En los últimos años, en la República mexicana se ha implementado una transformación en la legislación penal derivada de la reforma constitucional de junio del 2008 de la que se desprendió el surgimiento de nuevas leyes¹⁵, se incluye en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM)¹⁶ la figura jurídica del criterio de oportunidad con la que se busca llegar a una economía procesal. EL principal objeto de ello, es llevar a proceso sólo los asuntos de importancia relevante y de mayor trascendencia para la sociedad mexicana. Aun cuando la figura como tal queda plasmada en junio del 2008, es hasta el 18 de junio del año 2016 que se da la implementación de su regulación a nivel federal con la entrada en vigor del CNPP.

¹⁵ Ley nacional de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal publicada en el Diario oficial de la Federación el 29 de diciembre del año 2014 y disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNMASCMP_291214.pdf

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo del año 2014 y consultable en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/declara/cnpp/CNPP_orig_05mar14.pdf

¹⁶ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Artículo 21 párrafo 7, México, última reforma 09-08-2019. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf

Con la publicación de la *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias en Materia Penal*, los legisladores dejan claro que la nueva apuesta es por la justicia alternativa, por un acceso a la justicia verdaderamente ágil y al alcance de cualquier ciudadano común. Y aunque la figura del criterio de oportunidad no forma parte de estos mecanismos alternativos, sino que se encuentra contenida directamente en la CPEUM, su función es la de resolver conflictos de manera alternativa, incluso con beneficios más atractivos tanto para la víctima como para el probable responsable. Los tiempos para la solución del conflicto se reducen considerablemente y los costos tanto para el Estado como para las partes también se ven disminuidos dramáticamente.

Sin embargo, como todos los nuevos conceptos, el criterio de oportunidad tiene en sí mismo situaciones dignas de ser estudiadas y analizadas. Si bien ofrece un alto índice de probabilidad de contribuir a la efectiva y pronta resolución de conflictos, también abre una amplia puerta al incremento en los niveles de corrupción. Meterse a los terrenos de la corrupción es pisar sobre suelo muy fangoso, implica manejar cifras reportadas por la autoridad que de cualquier manera nos dejan con sabor de boca a engaño descarado.

Otro punto importante a analizar es el de la inclusión del Fiscal General de la República para la autorización de la aplicación de los criterios de oportunidad y concluir si el Ministerio Público de la Federación (MPF) cuenta con la capacidad jurídica y ética de aplicar por sí solo los criterios de oportunidad sin la necesidad de una autorización burocrática. Existen algunas ambigüedades en la regulación de los criterios de oportunidad que se estudiarán en este primer capítulo. Su legalidad se encuentra incluso cuestionada por algunos autores. Algunos están en contra y otros a favor. Nos ocuparemos de tratar de dilucidar esas cuestiones resolviendo de la forma más clara y sencilla posible las interrogantes de investigación.

En el desarrollo de este primer capítulo y a lo largo del transcurso de la investigación buscaremos esclarecer las interrogantes de la investigación analizando y profundizando sobre temas como: que no todas las personas entenderán la naturaleza del criterio de oportunidad ni el alcance que conlleva su

aplicación, o las limitantes que deben ser consideradas para ello. Analizaremos si la aplicación del criterio de oportunidad, realmente opera en el sentido para el que fue creado. Se deben revisar las directrices a las que debe apegarse el Ministerio Público de la Federación en la aplicación de los criterios de oportunidad. Investigaremos sobre la relación del criterio de oportunidad con los principios de legalidad y obligatoriedad. Concluir si el criterio de oportunidad funciona como herramienta de la justicia alternativa, el porqué de la necesidad de incluir al Fiscal como parte fundamental en la aplicación de los criterios de oportunidad. Y la más importante, ¿Es un exceso la discrecionalidad otorgada al Ministerio Público de la Federación (MPF) al facultarle para ejercer dichos criterios, o es insuficiente la misma para aplicarlos eficientemente?

De acuerdo a lo contenido en la ley y las publicaciones secundarias realizadas por la autoridad, podemos inferir que los principales requisitos que el MPF debe observar para aplicar los criterios de oportunidad son: que el delito no amerite prisión preventiva, que el imputado no represente riesgo para la víctima o la sociedad en general y que la persecución penal resulte desproporcionada e irracional en comparación con el daño causado por el hecho punible. Una vez observados los supuestos en los que la Ley si permite la aplicación de un criterio de oportunidad, el MPF debe realizar la solicitud correspondiente bajo el siguiente procedimiento:

La solicitud de autorización para la aplicación de un criterio de oportunidad, deberá presentarla el Ministerio Público de la Federación que tenga a su cargo el asunto, realizarse por escrito y remitirse a través de cualquier medio que garantice su autenticidad al titular de la unidad administrativa a la que se encuentre adscrito. Dicha solicitud deberá contener un informe ejecutivo debidamente fundado y motivado, de los requisitos y motivos que la sustentan.

La solicitud deberá ser resuelta y remitida al Ministerio Público de la Federación solicitante, por escrito o a través de cualquier medio que garantice su autenticidad en un plazo no mayor a 72 horas a partir de que fue recibida por el titular de la unidad

administrativa u órgano desconcentrado a la que se encuentre adscrito y que esté facultado para su autorización.¹⁷

Podemos notar la inclusión del fiscal en la resolución final de la aplicación del criterio de oportunidad. Aquí surge una de nuestras interrogantes de investigación. Si con la institución de los criterios de oportunidad se busca agilizar la impartición de justicia y la descongestión del sistema penal, ¿por qué burocratizar el procedimiento con la inclusión de un tercero? Podemos entender que esta medida se hubiera impuesto para evitar actos de corrupción o para asegurar cierto control en la aplicación de estos criterios. Sin embargo, será menester evaluar en el transcurso de la investigación si se le puede otorgar la discrecionalidad completa (al fin y al cabo, es discrecionalidad reglada) al titular del MPF en cuestión, o si de verdad es indispensable la intervención del fiscal en dicho proceso.

Si pensamos de forma crítica y hasta cierto punto suspicaz, en realidad quien tiene mayor posibilidad de ser permeado por la corrupción, es el funcionario con más alto rango de autoridad porque son ellos quienes obtienen su cargo (presumiblemente) por designación, y lamentablemente en la actualidad no se logran esas designaciones precisamente por méritos profesionales y mucho menos académicos sino con un currículum cuidadosamente adecuado a las necesidades del puesto a cubrir, y curiosamente en un gran número de casos, los funcionarios se conocen entre sí, o son familiares, o invariablemente tienen algún tipo de relación entre ellos. A diferencia de los cargos de responsable del MPF quienes son sometidos a concurso y aunque deben reunir ciertos requisitos (pocos en realidad para la función tan importante que desempeñan, ya que son la primera trinchera del derecho procesal penal) se da el caso también de las designaciones, pero vamos a asumir que son las menos.

¹⁷ACUERDO A/003/16, *Criterios generales que deberán observar los agentes del Ministerio Público de la Federación para la aplicación de los criterios de oportunidad*, México, Diario Oficial de la Federación, 2016. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5423183&fecha=21/01/2016. Este acuerdo sufrió una modificación publicada el viernes 27 de enero del año 2017 en el Diario oficial de la Federación con el número A/ 001 /17 *Acuerdo por el que se modifica el diverso "a/003/16, por el que se establecen los criterios generales que deberán observar los agentes del ministerio público de la federación, para la aplicación de los criterios de oportunidad"*. Disponible en: http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/PGR_Normateca_Sustantiva/A-01-17.pdf

Lo anterior nos deja con la sensación de que seguimos sin confiar en nuestras instituciones, de que el legislador busca soluciones a los problemas procesales contemporáneos derivados del abuso en la tipificación de los hechos punibles, pero en el proceso deja cabos sueltos que después busca remediar con jurisprudencias (algunas incluso son sólo tesis aisladas o contradicciones de tesis), lineamientos, acuerdos o en el mejor de los casos con leyes secundarias. Convirtiendo con esto la solución en un problema más, a resolver en la difícil tarea de la impartición de justicia.

Lo que han dejado claro los legisladores en diversos documentos es que la intencionalidad de la aplicación de los criterios de oportunidad es que:

“...el Ministerio Público se enfoque en la persecución penal de hechos de mayor impacto, dejando de lado delitos de menor significación que podrán ser solventados a través de soluciones alternas o la desestimación total en investigaciones sin ninguna perspectiva de éxito, esto, ante la imposibilidad real de enjuiciar todos los casos conforme a las reglas del procedimiento ordinario y su conclusión en un juicio.”¹⁸

Para ello la Fiscalía General de la República emitió los lineamientos institucionales para la aplicación de los criterios de oportunidad y del procedimiento abreviado de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 131 fracción XIV, 256 257 y 258, así como en los numerales 183, 185, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207 y 418 todos del CNPP. Lineamientos que buscan precisamente coadyuvar en el funcionamiento y aplicación de dicha figura jurídica.

Si analizamos en retrospectiva, en realidad ya existía un tipo de discriminación para la investigación de los delitos. En principio de cuentas es la víctima quien aplica por sí mismo su criterio al decidir si va a denunciar o no; esto lo hace valorando el beneficio que va a tener contra el costo que le implicaría realizar la denuncia. Tan solo el tiempo que deberá invertir. Existen tantos delitos de bagatela, que las víctimas se han adaptado a este ritmo de la delincuencia y dejan

¹⁸Merino Herrera, Joaquín y Ochoa Romero, Roberto A., *Fundamento y sentido de los criterios de oportunidad*, México, INACIPE, 2015. Disponible en: http://www.fortalecimientomunicipal.org/yahoo_site_admin/assets/docs/Criterios_de_Oportunidad.331125647.pdf

de lado la opción de denunciar. Tenemos por ejemplo el robo a transeúntes, generalmente te roban efectivo, teléfono celular, tarjetas y alguna joya que pudieras portar; ante esta situación la gran mayoría decimos que pronto lo recuperaremos, al reemplazarlos por cosas nuevas, y sólo agradecemos a lo que tengamos fe, el hecho de no haber sufrido daño físico.

Por su parte la autoridad también ejercía una suerte de filtro al momento de decidir cuáles asuntos merecían el uso del aparato procesal y cuáles eran de carácter doméstico, por llamarlos de alguna manera. Las autoridades operativas también ejercen criterios al decidir si por ejemplo se llevan a una persona que en estado de ebriedad va caminando por la calle. Deben ponderar si de verdad representa un riesgo para sí mismo o para el resto de la sociedad o si sólo está teniendo un mal rato y en realidad no representa un riesgo latente. Lo subjetivo de este tipo de situaciones siempre va ligado tanto al conocimiento jurídico como a la ideología de quien en ese momento aplica las leyes, irremediablemente entran en juego los valores del sujeto del que se trate.

1.1 La ciencia del derecho y su axiología en el criterio de oportunidad.

La axiología es parte fundamental de la ciencia del derecho. Hablando de valores circunscritos a la axiología¹⁹ de la ciencia jurídica, podemos ahondar en diversas y variadas situaciones, todas ellas camino necesario para la consecución de un nuevo conocimiento crítico e incluso científico, siempre partiendo por supuesto del empirismo.

Se puede decir acaso que el utópico pensamiento de Aristóteles²⁰ en lo que a la ley se refiere debe ser lo que predomine tanto en la elaboración como en la interpretación y aplicación de las diversas normas establecidas como reguladoras de la conducta, ¿será de verdad posible razonar y ser justo y objetivo cuando de

¹⁹En general cuando hablamos de axiología estamos hablando de valores, así que si referimos a la axiología jurídica nos estamos refiriendo a los valores de por sí inmersos en la ciencia jurídica, o como al autor Ángel Martínez Pineda en su obra *Ética y Axiología Jurídica* nos dice: “La axiología, reflexión autónoma sobre los valores, se encarga de la estimativa”.

²⁰ Una frase por demás ideal encontramos en los textos de Aristóteles, específicamente en *Política* libro III cap. 16 “la ley es la razón sin apetitos”.

aplicación de normas se trata y no caer en la tentación de resolver a favor de una u otra parte (con beneficio o sin él de por medio) utilizando el criterio de oportunidad? Difícil y muy cuestionable papel el que le toca realizar al agente del ministerio público de la federación. En realidad, todas las decisiones se toman para causar un efecto determinado. La desventaja que tiene la autoridad, es que siempre sus decisiones podrán ser cuestionadas y en el menor de los casos criticadas.

Es muy sabio este pensamiento de Aristóteles, sin embargo, no puede haber razón sin apetito porque en el mismo raciocinio se encuentra intrínseco un apetito por encontrar una verdad, por llegar a una conclusión o por comprobar una hipótesis, tomemos entonces la frase aristotélica como una razón sin apetitos banales, egoístas, viscerales, mundanos pues, más no como una razón libre de todo deseo. Luego entonces, en teoría podemos asegurar que en realidad nuestros legisladores cuando se encargan de regular legalmente alguna situación, se acotan solo a ello, siempre tomando en cuenta lo que será más beneficioso para los sujetos, víctimas y/o imputados.

Sin duda todos en ese sentido merecemos el voto de confianza, la oportunidad de demostrar nuestra honorabilidad, o como La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice: “somos inocentes hasta que se demuestre lo contrario”²¹ y ellos incluso para llegar al puesto que ostentan, lograron primero ganarse nuestra confianza, de tal manera que para fungir como servidor público debieron convencer a la *polis* primero de la firmeza de sus valores y de que contaban con cierto nivel de confiabilidad, pasando así primero por un proceso democrático²²; aquí es interesante hacer notar entonces que sí fueron capaces de

²¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20, apartado B, fracción I. Óp. Cit.

²² Cabrera Dircio, Julio, *La Universidad Autónoma del Estado de Morelos y el procedimiento para la elección de sus autoridades*, pág. 28, Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3081/4.pdf>, el día catorce de noviembre del año dos mil dieciséis. El hecho de pasar por un proceso democrático implica que la persona que resulte victoriosa, no sólo debe contar con la capacidad intelectual, sino que además es capaz de convencer y de despertar la empatía necesaria para obtener el voto requerido. Al respecto, el autor señala “Es importante señalar en este sentido que un proceso democrático se gana y se pierde por un voto y las relaciones entre instituciones e individuos son los elementos clave para este enfoque... La naturaleza de la democracia se establece de manera implícita por su concepto que significa literalmente “poder del Pueblo”, su nombre más antiguo “Isonómia” que comúnmente se traduce como “igualdad ante la ley”, es decir, igualdad entre los miembros de un país”.

convencer de su buena intención y después realizan actos deleznable, tenemos uno de dos problemas, o ellos son muy hábiles manipulando la mente de las personas, o los votantes son demasiado ingenuos para darse cuenta desde un principio a quien le dan su voto de confianza.

Es necesario analizar por qué es tan importante que aquellos encargados de la difícil y loable tarea de construir el aparato jurídico sean personas con valores. Partamos del principio de que la autoridad es consecuencia de la convicción jurídica y esta a su vez de la persuasión moral que estos políticos ejercieron durante su proselitismo sobre el grueso de la población votante²³, es decir, aquellos que les otorgaron su voto de confianza convencidos de que estos serían protectores, en todos los sentidos de los intereses del pueblo, al momento de legislar sobre la materia que fuese.

El derecho penal, es una rama del derecho en particular, extremadamente sensible en este contexto, si tomamos en cuenta la afectación (actualmente muchos de los procesos se siguen con el imputado bajo la medida cautelar de prisión preventiva, derivado del abuso en la tipificación de los delitos calificados como graves sin considerar realmente la afectación causada al bien jurídico vulnerado) que pudiera causar la literal hermenéutica de la misma, esto es, lo ideal es interpretar correctamente la norma de que se trate, e incluso recurrir a esa ya no tan reciente reforma al artículo primero de nuestra *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* de junio 2011²⁴ (la cual es meramente aplicable a controversias en materia de derechos humanos, pero no debemos olvidar que es exactamente en el derecho penal en donde más derechos humanos son transgredidos). No obstante, una incorrecta interpretación de estas leyes puede afectar trascendentalmente.

²³Montero Zendejas, Daniel Arturo, *Derecho Penal Electoral*, México, Editorial Fontamara, 2012, p. 100.

²⁴El diez de junio del año dos mil once mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación se modifica el artículo primero constitucional para quedar como sigue: segundo párrafo, "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Primero, si el imputado tiene familia, ésta se ve afectada directamente con la pena aplicada. Segundo, la víctima no recibe la pronta reparación del daño, y hemos analizado ya que el solo castigo al delinciente no representa en si un resarcimiento para la víctima. Tercero, el Estado se ve afectado al tener que asumir los costes que implica un proceso penal y posteriormente en caso de resultar sentencia condenatoria, debe asumir los gastos de manutención del sentenciado (eso cuando los imputados en prisión ya tienen sentencia, porque actualmente aún se siguen saturando los establecimientos penitenciarios con presos sin recibir sentencia).

Lo que se busca en este apartado es deducir y concluir si en la elaboración de las leyes penales, el legislador realmente actúa axiológicamente y considera los efectos negativos que la promulgación de éstas puede provocar, o si solamente se preocupa por redactar salidas exprés buscando el congestionamiento procesal penal. Se puede apreciar de algún modo que, para contrarrestar la saturación de normas, el mismo legislador busca la flexibilización de las mismas a través de excepciones como en este caso lo es el criterio de oportunidad, es una excepción al principio de legalidad. Y es válido porque en esencia no se pierde el objetivo del derecho penal.

La gran proliferación de normas de derecho penal, ha logrado que cada vez sea más difícil su aplicación, ya que estas normas presentan constantemente, una fuerte contraposición respecto de principios fundamentales de derecho penal tales como los de *última ratio*, lesividad y proporcionalidad; lo cual genera una crisis respecto de su propia vigencia. Ello ha propiciado la búsqueda dentro del propio sistema penal de criterios de flexibilización en cuanto a la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, de soluciones alternas al enjuiciamiento, o respecto a la aplicación de sanciones privativas de la libertad.²⁵

²⁵ Gallardo rosado, Maydelí, *El nuevo rostro de la justicia penal en México principio de oportunidad una realidad a enfrentar*, Óp. Cit., p.11

Existen muchos tipos de normas, y cada una de ellas se cimienta en los valores que les dieron origen, sean estos de utilidad, de decencia y/o morales. “Sin valor no hay norma”²⁶

Millas sostendrá que, en este caso, la situación es distinta. La norma jurídica no vale porque valga algún valor, no son juicios normativos de valor, aun cuando ambos declaren una exigencia de ser. Reconoce que como toda norma, de algún modo, la norma jurídica se refiere a valores, en cuanto no hay norma alguna que no se justifique en atención a un fin: “toda norma, en cuanto prescribe modos determinados de comportamiento, es una técnica para la consecución de ciertos fines, para la realización de determinados valores, pero independientemente de esto, se plantea la cuestión de si tales normas [las jurídicas] son en sí mismas prescriptivas de valores, si lo que las hace normativas es precisamente declarar la validez de un valor.”

La Libertad en el sentido de un libre ejercicio de las funciones, es lo que también debe prevalecer durante la elaboración de las normas, y así darnos la certeza de que lo que se está instaurando, es con estricto apego a derecho, encausado siempre hacia el bien común y no solo en darle ventaja a unos cuantos, esa debe ser efectivamente la directriz a la hora de formular leyes penales, buscar el bienestar social actuando con libertad de criterio, siempre apegado a derecho, esto significa que es deseable en todo momento que si bien las penas son concebidas para castigar, también lo sean pensando que a la postre ayudarán a una mejor convivencia social. Así debe ser.

El doctor Álvaro Guadarrama González al respecto:

Al hablar de axiología en general, me refiero al estudio de los valores, como una consecuencia de los antecedentes ya establecidos por la ética, en el sentido de que la ética nos habla de los conceptos de libertad como uno de los elementos para poder clasificar a los actos humanos como buenos o malos. El otro elemento es la voluntad. La axiología toma esa base y nos lleva al estudio de los valores, el cual nos permitirá tener los elementos para que dentro de esos valores podamos hacer un análisis profundo de aquellos que maneja el derecho.²⁷

²⁶ Cofré Lagos, Juan O. e Isler Soto, Carlos, “La axiología jurídica según Jorge millas”, *Revista de filosofía*, Chile, Volumen 69, 2013, p. 56. Disponible en: <http://www.revistafilosofia.uchile.cl/index.php/RDF/article/viewFile/30105/31877>

²⁷ Guadarrama González, Álvaro, *La axiología jurídica en la formación integral de los estudiantes de derecho*, 2da. Edición, México, Porrúa, 2010. p. 44

En materia penal, la libertad es uno de los bienes jurídicos²⁸ más preciados; el gozar de ella significa la ausencia de delito alguno, lo cual implica que podremos seguir manifestando nuestra voluntad a libre albedrío, sin restricción alguna, siempre y cuando lo hagamos dentro del marco jurídico que nos circunscriba, es un derecho natural fundamental, así como una exigencia de la naturaleza del hombre y de todo ser vivo, una necesidad de la condición humana. La libertad es un medio y un supuesto para llegar a ser hombre en las múltiples dimensiones implicadas en esa calidad, así como en cada circunstancia particular de cada sujeto.

Existe indudablemente una lucha constante entre los valores y los disvalores²⁹, no sólo en los legisladores, sino en todos y cada uno de los seres humanos. Es decisión de la educación e intereses de cada individuo el aplicar unos u otros a las decisiones que tomamos día con día. Lo trascendente de que los legisladores cuenten con verdaderos valores éticos y de interés colectivo estriba en que sus decisiones al momento de legislar, definitivamente tendrán repercusiones en mayor escala que las decisiones que toma un ciudadano común, por lo que es deseable que siempre tomen en cuenta la preservación de la tranquilidad y la dignidad humana.

La aplicación del criterio de oportunidad, definitivamente contribuye a la preservación de la dignidad humana y con ello a la conservación de los valores inmersos en la convivencia en sociedad, al evitar a ambas partes el enfrascarse en una lucha procesal que en muchas situaciones resulta infructuosa para todos. Es interesante observar que las decisiones y los razonamientos utilizados por el legislador en algunas ocasiones (sino es que, en todas, porque no somos en realidad un país independiente y autónomo, sino que tenemos interdependencia con

²⁸ “El bien jurídico es aquella realidad valorada socialmente por su vinculación con la persona y su desarrollo. Vida, salud, integridad, libertad, indemnidad, patrimonio... son bienes jurídicos.” Disponible en <http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/bienjuridico.html>

²⁹ González Ibarra, Juan de Dios, *Filosofía jurídica filosofar en la globalización y el garantismo*, México, Porrúa, 2013, p. 125. “La lucha entre valores entre sí y valores y disvalores nos permite contemplar el panorama majestuoso del derecho, desde el familiar hasta el penal, un ejercicio por demás rico es el análisis de una sentencia, auto o de un juicio en su totalidad, la realidad jurídica y el conocimiento de la misma cobra un tipo de vida o dinámica diferente, el derecho se expresa en esa tensión, en esa lucha por los valores que el hombre en busca de la dignidad humana no dejará de dar mientras exista...”

otros Estados del mundo) son condicionadas o influenciadas por fenómenos externos, que irremediablemente influyen en la observancia de las leyes vigentes.

1.2 Acercamiento axiológico a la problemática de la aplicación del criterio de oportunidad.

En la pasada reforma del 18 de junio del año 2008, se le atribuyó a nivel constitucional en el artículo 21, 7° párrafo, una facultad al Ministerio Público de la Federación que bien puede resultar en alto beneficio a mediano y largo plazo en lo que a procuración de justicia se refiere o en el peor de los escenarios en discrecionalidad y corrupción a gran escala. El párrafo en mención establece lo siguiente: *“El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”*.

La citada reforma surge de la necesidad imperante de devolver al sistema de justicia penal mexicana un poco de confianza por parte de la sociedad hacia el mismo. El anterior sistema de justicia penal había descuidado sus objetivos primordiales, como son el de proporcionar seguridad jurídica y la preservación de la tranquilidad de las personas. A cambio tenemos que se convirtió en un sistema completamente inquisitivo en el cual toda la carga de la prueba estaba a cargo del probable responsable, situación que se buscó enmendar en la misma reforma con la creación de un nuevo sistema de justicia penal que en la actualidad se encuentra operando ya en toda la república mexicana.

La desconfianza social la podemos ver reflejada en cifras escandalosas publicadas ya sea por medios masivos de comunicación, por organismos sin fines de lucro³⁰, o por la misma autoridad en sus portales electrónicos oficiales³¹. Cifras

³⁰Tal es el caso de la página <http://www.presunciondeinocencia.org.mx/recomendadas-acervo/833-estadistica-y-datos-de-seguridad-y-justicia-penal> en la cual podemos apreciar información como la siguiente: “Otras métricas interesantes disponibles en esta nueva plataforma son la de sobrepoblación de los centros penitenciarios y el porcentaje de personas privadas de libertad sin juicio. Jalisco, por ejemplo, es de los casos más alarmantes, pues sus prisiones albergan seis veces más personas que para las que fueron construidas, y de estas, el 55% están privadas de libertad sin condena. Sonora no está lejos de la misma crisis: en centros penitenciarios con capacidad para 7 mil 485 personas viven 12 mil 650, de las cuales 51% está bajo «prisión preventiva». Y Nuevo León es otro caso grave: en cárceles con cupo para 7 mil personas, están privadas de libertad 9 mil 583, 43% de ellas en espera de juicio.”

³¹ Un ejemplo es la página del Consejo de la Judicatura Federal, que en su dirección electrónica <http://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/informacionRelevante.htm?pageName=informacion%2FmovimientoE>

que en su momento fueron también parte del soporte para el diseño e implementación de un nuevo sistema de justicia penal y que nos hacían referencia a las deficiencias más notorias del anterior sistema penal. Nos referimos a delitos sin denuncia, denuncias sin condena, acusados (recluidos en establecimientos penitenciarios) en espera de sentencia, sentenciados sin haber hablado nunca con el juez, órdenes de aprehensión sin cumplir, sobrepoblación en establecimientos penitenciarios, sentenciados por robos menores, costosos procesos para el Estado por esos delitos menores.

El fin principal de la implementación del nuevo sistema de justicia penal versa en el sentido de que se deben llevar a proceso sólo aquellos delitos que de verdad causen una afectación considerable ya sea a personas en particular o a los bienes jurídicos tutelados por el Estado. Es ahí donde toma importancia la figura jurídica del criterio de oportunidad que constitucionalmente faculta al agente del Ministerio Público de la Federación para reducir la carga procesal al nuevo sistema de justicia penal. De primera impresión, la posibilidad de resolver las controversias incluso antes de que se inicie siquiera la apertura a juicio oral, parece muy atractivo. Las víctimas reciben su reparación del daño sin esperar al tedioso proceso, el imputado recibe el beneficio de un procedimiento abreviado (sin serlo en realidad) con el solo hecho de reparar el daño causado al bien jurídico, el Estado proporciona justicia y no gasta inútilmente en recursos humanos ni financieros.

Anteriormente con la justicia se buscaba la venganza, el castigo inconmutable del delincuente. Actualmente la sociedad ha evolucionado a un sistema garantista, en donde se busca ante todo la pronta impartición de justicia con el respeto de los derechos humanos tanto de la víctima como del probable responsable, o imputado en su caso, en primer plano. El ideal en cuestión de justicia, es la justicia restaurativa, aquella que busca la reparación del daño, ante todo. *“La justicia restaurativa es un sistema través del cual las partes que se han visto involucradas (o poseen un interés en particular) en un delito, deciden en forma*

estadistico.htm podemos elaborar cierta variedad de gráficas para ilustrar la situación procesal penal que ha vivido nuestro país en los últimos años. Sin embargo, algunos datos se contraponen entre sí cuando confrontamos los datos de los casos pendientes por resolver con el índice de sobrepoblación de los establecimientos penitenciarios en el país y cuya demostración se hará más adelante.

*colectiva cómo lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro*³²

El fin de la justicia restaurativa es encontrar una solución que no necesariamente implique un proceso penal, pero que proporcione a la víctima una completa reparación del daño causado a su bien jurídico afectado. *“La tendencia actual es ver en el resarcimiento una forma de pena alternativa o sustitutiva que ofrece efectos mucho más positivos que la pena tradicional y puede llevar de manera concreta a la paz social y jurídica que resultan consustanciales a la penalidad en si...”*

El autor Sergio García Ramírez cita a Ceretti:

La justicia restaurativa es la que comprende la víctima, el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo. El desafío es superar la lógica del castigo pasando a una lectura relacional del fenómeno criminal, entendido primariamente como un conflicto que provoca la ruptura de expectativas sociales simbólicamente compartidas.³³

Representa una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construyendo comprensión y promoviendo la armonía social, a través de un proceso de sanación de las víctimas, los ofensores y la comunidad. Dicha respuesta se basa en virtudes como: sensibilidad, apertura, confianza, esperanza y sanación.³⁴

Tenemos entonces que la justicia restaurativa lo que busca es proporcionar a la víctima una justicia rápida y a su entera satisfacción, dado que, si ésta no está

³² Marshall, Tony, *Restorative Justice*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3392/6.pdf> Consultado el 28 de octubre del año 2016.

³³ García Ramírez, Sergio, “En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa”, *Revista de Ciencias Penales, Iter criminis*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, número 13, segunda época, abril-junio, 2005, pág. 197

³⁴ Domingo de la Fuente, Virginia, *Apud* José Benito Pérez Saucedo y José Zaragoza Huerta en *“Justicia restaurativa: del castigo a la reparación”*, México, s.e., s.a., Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3104/38.pdf>

de acuerdo con la solución, simplemente la acción penal sigue su curso. Y que “*no versa sólo sobre el delito, sino sobre la paz y el modo de educar a los jóvenes de la forma menos punitiva y más decente posible*”³⁵ porque busca también una armonía social, un menor rompimiento en la convivencia de las partes implicadas. Indudablemente la sensación causada será la de certeza jurídica y mayor confianza en las autoridades. Para lograr la justicia restaurativa, el sistema penal mexicano se auxilia de figuras jurídicas como la conciliación y la mediación. Existe una tercera figura jurídica llamada la tercera vía: la reparación del daño. Y es ésta situación la que permite la aplicación del criterio de oportunidad en los casos y condiciones que permite la ley correspondiente.

Para que se dé la reparación del daño, el acuerdo de las partes es indispensable, por lo que en este punto el criterio del agente del ministerio público responsable, debe evaluar si efectivamente se trata de un delito cuyo daño causado no sea considerable, y que se encuentre dentro de los supuestos marcados por el CNPP. En caso de que así sea debe proceder entonces a aplicar el criterio de oportunidad y extinguir la acción penal. En situación contraria, deberá optar por iniciar proceso judicial, derivado del cual, a su término, la controversia será resuelta con una sentencia condenatoria.

³⁵ Ídem.

1.3 La teoría de la pena y su relación con el criterio de oportunidad.

Desde tiempos pasados, la pena ha sido la otra parte del binomio que acompaña o se deriva de una conducta antijurídica. A un supuesto de hecho tipificado como delito, siempre le corresponderá una pena, un castigo que busca corregir esa conducta y evitar futuras reincidencias. La pena, como todo en la sociedad, ha evolucionado desde la época de la venganza³⁶ (de donde se toman los postulados para el retribucionismo del derecho penal) en dónde se aplicaba la famosa ley del talión “ojo por ojo y diente por diente” hasta lo que prevalece en nuestros días, que básicamente se refiere a la protección de los derechos humanos tanto de la víctima como del probable responsable.

Dentro de esta evolución se han distinguido distintas etapas. La primera etapa que inánimemente se identifica dentro de la evolución del Derecho penal, es la denominada “fase de la venganza”, donde, con las variaciones propias de cada una de sus modalidades reina la aplicación de penas inhumanas, especialmente las que producen dolor al delincuente. Incluso la muerte³⁷.

Es innegable que la naturaleza del derecho penal es de violencia, de ahí que sea la última opción en la resolución de conflictos. Las más desagradables controversias se resuelven en materia penal. Por eso es importante asegurarse de que la pena vendrá a contribuir a la sana convivencia de la sociedad y que además protegerá la dignidad e integridad de la víctima, pero sin olvidar que el imputado también es ser humano susceptible de derechos.

“Para Carrará, el concepto de pena lleva implícitas tres resultantes: la corrección del culpable, el estímulo a los buenos y la advertencia a los mal inclinados”³⁸. En esta acepción podemos notar que esas tres implicaciones siguen vigentes hasta nuestros días. Con la imposición de la pena se pretende la reinserción (corrección) del delincuente, compensar a las víctimas por el daño sufrido (estímulo a los buenos), y, dar un ejemplo a los potenciales delincuentes de

³⁶Ochoa Romero, Roberto A., *La justificación de la pena*, Óp. Cit., p. 3.

³⁷ Ídem.

³⁸ Ramos Arteaga, Elena, *La individualización judicial de la pena teoría y práctica*, México, Porrúa, 2009, p. 29

lo que les puede pasar si cometen un delito del mismo tipo (advertencia a los mal inclinados).

“Para Franz Von Liszt, “La pena es el mal que el juez inflinge(sic) al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor”³⁹

Para Carrará, “la pena es el mal que, de conformidad con la ley del Estado, los magistrados infligen a aquellos que son reconocidos como culpables de un delito”⁴⁰

La pena se rige por varios principios⁴¹:

1. Principio de necesidad. Si no es realmente necesaria con el propósito de la reparación del daño, el Estado debe evitar imponerla. El criterio de oportunidad atiende a este principio en el tenor de que, de no ser estrictamente necesario, no tiene porqué ejercerse acción penal.
2. Principio de justicia. La pena debe ser completamente proporcional al delito cometido. Atendiendo a este principio, el criterio de oportunidad busca no caer en penas excesivas y en procesos innecesarios si, insistimos, se puede reparar el daño inmediatamente.
3. Principio de prontitud. Atendiendo al mandato de que la justicia debe ser impartida de manera pronta y expedita, el criterio de oportunidad perfectamente puede contribuir con el cumplimiento de este principio.

Entiéndase que, con la aplicación del criterio de oportunidad para la resolución de controversias, no se aplica propiamente una pena como tal, sino que se busca la reparación del daño, es decir, sin necesidad de llegar a la pena porque para llegar a la imposición de una pena se debe iniciar proceso formal al imputado y uno de los lineamientos para que el ministerio público se encuentre dentro de la legalidad para aplicarlo, es precisamente que se haga antes de la apertura a juicio oral. Ya tratándose del juicio existen aún medidas alternativas para la solución de controversias en materia penal.

³⁹ Ídem. P. 45

⁴⁰ Ibídem.

⁴¹ Ibídem p. 47-48

Dentro de las teorías de la pena tenemos que doctrinariamente se conciben las teorías absolutas o de la retribución y las teorías relativas. Las primeras atienden al principio de legalidad, son más cerradas buscan necesariamente la imposición de una pena y restablecer el orden social con el castigo del imputado, no acepta excepciones, dejan a la víctima en segundo plano, no les interesa resarcir, sólo castigar⁴² (en esas teorías no aplica el principio de oportunidad). Las segundas imponen las penas por motivos de conveniencia. En estas teorías, sólo la de la prevención especial permite el uso de excepciones para la resolución de conflictos⁴³. La doctrina que podemos apreciar en estas teorías proviene de autores nacionales e internacionales, ello derivado de la permeabilidad con que cuentan ahora los sistemas jurídicos y que en cierto nivel se ven afectados o influenciados por el fenómeno de la globalización.

1.4 Efectos de la globalización en la incidencia delictiva.

Existen varias teorías sobre cuándo inició la globalización, algunos se inclinan por el descubrimiento de América, la revolución industrial, la segunda guerra mundial o la caída del muro de Berlín. El autor Thomas L. Friedman, menciona que existen tres fases de la globalización: la de los países (de los años 1492 a 1800), la de las empresas (de los años 1800 a 2000), y la de los individuos (del año 2000 a la fecha). Iniciemos con algunos conceptos de globalización para direccionarnos en el tema que desarrollaremos.

Ulrick Beck por su parte sostiene:

...la puesta en escena de la globalización permite a los empresarios, y sus asociados, reconquistar y volver a disponer del poder negociador política y socialmente domesticado del capitalismo democráticamente organizado. La globalización posibilita eso que sin duda estuvo siempre presente en el capitalismo, pero que se mantuvo en estado larvado durante la fase de su domesticación por la sociedad estatal y democrática: que los empresarios, sobre todo los que se mueven a nivel planetario, puedan desempeñar un papel clave en la configuración no sólo de la economía, sino

⁴² Ochoa Romero, Roberto A., *La justificación de la pena*, Óp. Cit., p. 26.

⁴³ Gallardo rosado, Maydelí, *El nuevo rostro de la justicia penal en México principio de oportunidad una realidad a enfrentar*, Óp. Cit., p.10

también de la sociedad en su conjunto, aun cuando «sólo» fuera por el poder que tienen para privar a la sociedad de sus recursos materiales (capital, impuestos, puestos de trabajo).⁴⁴

Manuel Castells al respecto:

Globalización no es sinónimo de internacionalización. En sentido estricto es el proceso resultante de la capacidad de ciertas actividades de funcionar como unidad en tiempo real a escala planetaria. Es un fenómeno nuevo porque sólo en las dos últimas décadas del siglo XX se ha constituido un sistema tecnológico de sistemas de información, telecomunicaciones y transporte, que ha articulado todo el planeta en una red de flujos en las que confluyen las funciones y unidades estratégicamente dominantes de todos los ámbitos de la actividad humana.⁴⁵

Tomando en cuenta las acepciones supra citadas podemos concluir que la globalización es un fenómeno de intercomunicación, interacción e interdependencia, que busca lograr objetivos comunes de los grupos que se adhieren a ésta. Grupos preponderantemente económicos. Es la economía la que ha venido a expandir el fenómeno de la globalización. Derivado de la actividad económica a nivel planetario, es que surgen los otros tipos de globalización: globalización jurídica, política, cultural, financiera, social.

Había que regular las actividades comerciales transnacionales, esto permitió una globalización jurídica. Se tenía que homogenizar los gustos de las personas en otros países para poder introducir sus mercados en las comunidades más alejadas, esto permitió la globalización cultural. Había que llegar a acuerdos entre Estados para que las empresas pudieran funcionar simultáneamente en diversos países y así fomentar el crecimiento económico del interior de las naciones involucradas, esto permitió la globalización política. Surge la necesidad de crear bloques económicos y facilitar las operaciones financieras entre los países que tienen tratos comerciales de tipo transnacional, esto permitió la globalización financiera.

⁴⁴Beck, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, España, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1998, Traducción de Bernardo Moreno Disponible en: https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1496/mod_resource/content/1/beckulrichqueeslaglobalizacion.pdf

⁴⁵Castells, Manuel, *Globalización, Identidad y Estado en América Latina*, Chile, s.e., 1999. Disponible en: https://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1266426228.globalizacion_castells.pdf

Todas las anteriores tienen su trasfondo en el ámbito económico, en esa necesidad creada, de ser como el resto del mundo. La globalización económica va estrechamente ligada con la globalización cultural, que definitivamente impacta a nivel sociedad cuando se analiza en su conjunto. Muchos han sido los factores que han permitido que la globalización permee desde los países más ricos hasta algunos de los más pobres.

El factor detonante y que definitivamente impulsó a que la globalización permeara incluso en los países subdesarrollados, ha sido el surgimiento de la Internet dado que con esta herramienta cibernética se logra tener acceso a todo tipo de información positiva y negativa, se agiliza el comercio a escalas impresionantes, surge la banca electrónica para facilitar el flujo de recursos financieros. El usuario de la red de internet tiene acceso a leyes, tratados, acuerdos internacionales, lo anterior sólo por enunciar algunos aspectos a los que la internet permite acceder con tan sólo un dispositivo y datos para navegar en la red.

La globalización es por tanto, el fenómeno que vino a revolucionar los ámbitos más importantes de la vida de los seres humanos, como lo son el ámbito económico y financiero, político, jurídico y social⁴⁶. Pero, son importantes a nivel material y/o económico, no en un plano interpersonal. La globalización implica por sí sola la posibilidad de una interacción con cientos, miles de personas en todo el mundo gracias a la internet. Sin embargo, estamos hablando de una interacción cibernética efectuada a través de portales de internet, plataformas virtuales, redes sociales.

En el transcurso de esta interacción se ha prestado mucha atención a los beneficios de intereses mayores⁴⁷, sin embargo en este proceso globalizador se ha dejado un poco de lado los intereses particulares de cada individuo. Sólo sociológicamente se ha prestado un poco de atención a cómo ha afectado la

⁴⁶Reyes Barragán, Ladislao Adrián, *El impacto de la Globalización, en la Administración de Justicia y los Derechos Humanos*, En; Oliva Gómez, Eduardo, *Los Impactos de la Globalización en los Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, Moreno Editores, 2013, Pág. 107-109

⁴⁷Entiéndase por intereses mayores aquellos que persigue el Estado, los grandes corporativos comerciales, y los grupos políticos dominantes de cada nación.

trascendencia de este fenómeno en las minorías, en los grandes perdedores de la globalización. Este fenómeno ha traído grandes beneficios en diversos ámbitos, pero nos hemos preguntado ¿cómo ha afectado a nivel social? ¿Cómo percibe cada individuo el proceso de la globalización? Responder eficazmente a estos cuestionamientos nos llevaría a un arduo trabajo de investigación, por lo que sólo indagaremos un poco al respecto sobre cómo puede ser que los individuos perciban el proceso de globalización a nivel sociedad.

De acuerdo al concepto de la imaginación sociológica de C. Wright Mills⁴⁸ los individuos somos parte determinante de las condiciones sociales en las que vivimos, pero al mismo tiempo es el entorno en que vivimos el que nos condiciona a ciertas conductas. Se refiere al concepto de imaginación sociológica como una herramienta que nos ayuda a percibir el entorno en el que nos desarrollamos. Situación que se ha vuelto cada vez más difícil dado la manera tan acelerada de cómo se han sucedido los cambios en las últimas décadas. Cambios derivados del proceso globalizador. La posibilidad de tener información a la mano en tiempo real nos ha vuelto parte de una “aldea global” en la que interactuamos en tiempo real con el resto del mundo (por lo menos con la parte del mundo que tiene acceso a internet).

Podríamos considerar las metáforas de Ianni⁴⁹ para analizar un poco más el fenómeno de la globalización. El autor considera varias metáforas para hacer alusión a las consecuencias que ha tenido la globalización en el mundo. Habla sobre una aldea global, una nave espacial, una madre patria, una fábrica global e incluso una nave espacial. Todas haciendo referencia a una homogeneización ya sea de convivencia, pertenencia y/o ámbito laboral. Las primeras en realidad son fáciles de interpretar desde el mismo nombre, sin embargo, la última hace referencia a un tipo de aventura colectiva en el que todos nos vemos inmersos, un viaje que hemos emprendido todos de la mano de los efectos de la globalización. Cabe mencionar que estas teorías me dejan una idea que más que fenómenos de homogeneización, lo que está sucediendo con las afectaciones que trae consigo la globalización se

⁴⁸Mills, Charles Wright. *La promesa. La imaginación sociológica*. México, Fondo de cultura económica, 2003. Ps. 23-43. Traducción de Florentino M. Torner.

⁴⁹Ianni, Octavio, *Teorías de la globalización*, México, Siglo XXI editores CEIICH-UNAM, 1996, Ps. 1-12

vinculan más a un proceso de hegemonización, esto es, las culturas dominantes (respaldadas obviamente por su súper infraestructura económica) son las que prevalecen y se imponen al resto de las culturas.

El mundo se está transculturizando, se está dando un fenómeno de conquista, pero a través de la adopción del país influenciado de las costumbres y rasgos característicos del país “influenciador”. A que me refiero con esto, la globalización es a menudo confundida con un proceso de occidentalización. Las costumbres, gustos y modismos de la cultura occidental, sobre todo de la estadounidense, ha permeado en países con culturas milenarias como China, por ejemplo, en donde podemos apreciar una tienda de Mac Donald’s con un fondo de edificios cuya arquitectura data de las dinastías de hace miles de años.

A título personal, me hace pensar en una falta de identidad y conocimiento de su cultura. Sin embargo, es parte del fenómeno de la globalización, por lo menos de la parte económica. Las grandes empresas trasnacionales han sabido investigar los mercados, han estudiado a la sociedad de cada región a la que han llegado. Llevan lo suyo, pero tomando en cuenta lo que los nativos quieren. Volvemos un poco al concepto de imaginación sociológica, las empresas trasnacionales mediante estudios de mercado perciben las necesidades y el entorno del mercado al cual pretenden entrar. Las empresas se ven condicionadas de cierta manera por lo que los locales quieren y el mercado percibe lo que llega como algo que les permitirá ser parte de lo global, de lo que se está dando en el resto del mundo.

Viéndolo de forma práctica, el tener la disposición y la apertura a conocer y probar lo que el resto del mundo nos ofrece es fundamental para convertirnos en “ciudadanos del mundo” y quizá de esa manera podremos estar en condiciones para hacer frente a las situaciones negativas que este proceso globalizador ha traído consigo. Es particularmente importante el hecho de que nos consideremos parte de una cultura global. Dado que, como en todo fenómeno pujante, existen efectos secundarios y daños colaterales no previstos, situaciones que se han visto fortalecidas por las circunstancias y facilidades que otorga la globalización.

A qué me refiero con una cultura global, cuando pertenecemos a una cultura, tenemos un sentimiento de empatía, de pertenencia, sentimos el deber moral de cuidar del otro. Hablar de una cultura global es referirse a esa empatía por la mayoría de los ciudadanos del mundo. Hasta el momento y de acuerdo con el autor Gilberto Giménez⁵⁰. No existe una cultura global como tal. Existen fenómenos de diáspora como hace siglos, pero esas comunidades migrantes no terminan de integrarse al lugar al que llegan; y es que ¿cómo pedirles que renuncien a sus costumbres? si el motivo por el que migraron no fue para adoptar costumbres extranjeras, sino por una necesidad económica que no pudieron satisfacer en su lugar de origen. Contrario a lo ideal, estos grupos de migrantes establecidos en naciones extranjeras, no siempre se adaptan positivamente en la comunidad.

Se dan los casos (como los grupos latinos migrados a Estados Unidos, sólo por enunciar alguno, dado que existen muchos ejemplos) de personas migrantes que llegan a otras comunidades, pero por cuestiones ilegales. Es decir, tienen algún problema legal por delinquir y al no haber otra salida, huyen de su lugar de origen y se establecen en el extranjero. Qué pasa cuando llegan al nuevo lugar, algunos se dedican a hacer su vida dentro de la legalidad sin menoscabar la convivencia del lugar al que llegan. Pero otros siguen la misma línea que llevaban y lejos de buscar formar parte de la comunidad en cuanto a productividad se refiere, se dedican a seguir delinquir y se agrupan con otros sujetos del mismo lugar.

He aquí una de las situaciones contradictorias de la globalización, por un lado, cada vez estamos más conectados con todo y podemos acceder a todo tipo de información, bienes y servicios a través de la red. Pero, existen grupos que no pertenecen a esa aldea global, grupos marginados por el mismo avance tecnológico. Al ser la globalización un fenómeno preponderantemente económico, aquellos que no cuentan con los recursos para formar parte de, se ven cada día más excluidos del proceso globalizador. Y no hablamos sólo de individuos, sino que

⁵⁰Giménez, Gilberto. *Cultura, identidad y metropolitismo global*. Revista Mexicana de Sociología, Vol. 67, núm. 3 (julio-septiembre, 2005) México, 2005, pp. 483-512. Disponible en: <http://revistamexicanadesociologia.unam.mx/index.php/rms/article/view/6029/5550> Consultado el 20 de mayo del 2017.

nos referimos a comunidades enteras, a países que por su nivel de infraestructura y economía local no cuentan con los recursos para avanzar al mismo ritmo que las economías predominantes o de las economías de los países en vías de desarrollo.

Es absurdo pensar que personas nigerianas por ejemplo, con un ingreso per cápita en el año 2016 de 1,961 euros⁵¹ puedan acceder a los mismos beneficios que la tecnología otorga en sí misma que un ciudadano alemán cuyo ingreso para el mismo año fue de 37,900 euros⁵². Así como la diferencia es abismal, igual lo es en cuanto a la manera de cómo perciben la globalización, al analizar la diferencia ni siquiera es factible hablar de un efecto globalizador. Tenemos entonces que la globalización en realidad no permea a todos los rincones del mundo, sino que sólo a aquellos con los recursos necesarios para integrarse.

Mientras que para los alemanes les puede representar un mayor bienestar, para los nigerianos podría ser incluso un fenómeno inexistente para su imaginación sociológica, es decir, su entorno no les permite percibir los efectos inmediatos de este fenómeno, por lo menos no los progresistas. Podrían notar solamente que la economía local (si es que hubiere una como tal)⁵³ cada día está peor y no poder ni satisfacer sus necesidades primarias. No es la finalidad de este apartado el especular sobre la realidad de los menos favorecidos económicamente, sino el de inferir cómo la globalización les ha afectado o beneficiado en el ámbito de lo criminal.

“Guillermo de la Dehesa define la globalización como un proceso dinámico de creciente libertad e integración mundial de los mercados de trabajo, bienes, servicios, tecnología y capitales, basado en una serie de libertades...”⁵⁴

⁵¹Ingreso per cápita del ciudadano nigeriano para 2016. Información consultada el 22 de mayo del 2017. Disponible en: <http://www.datosmacro.com/pib/nigeria>

⁵²Ingreso per cápita del ciudadano alemán para 2016. Información consultada el 22 de mayo del 2017. Disponible en: <http://www.datosmacro.com/pib/alemania>

⁵³Con el comparativo de ingresos de estas dos naciones podemos notar que tristemente la realidad de algunas regiones no les permite ver más allá que su necesidad de subsistir y que sus labores cotidianas se centran únicamente en sobrevivir literalmente para el siguiente día.

⁵⁴Obando Cabezas, Arístides, “La ciudadanía en la globalización: hacia una redefinición a partir de los derechos humanos”, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, México, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 2013, p. 17.

No son cuestionables las bondades que trae consigo, lo que deja mucho que desear son los efectos negativos o poco favorables que este fenómeno representa para ciertos sectores de la sociedad, para los menos favorecidos, los marginados, los que no forman parte de la macroeconomía mundial. Por ejemplo, a nivel económico es en donde más se puede apreciar las marcadas diferencias que con la globalización se han acentuado entre un sector socioeconómico y otro. Si bien podemos hablar sobre mejoras en los mercados derivadas de la libre competencia, mayor acceso a la información desde casi cualquier parte del mundo, también podemos mencionar lo negativo que implica para esos sectores socioeconómicos enunciados.

En los países que han tomado parte de la globalización (porque no todos tienen ni los recursos ni la infraestructura para hacerlo), las herramientas tecnológicas permiten que su comunidad cuente con la posibilidad de intercambiar información a una velocidad de tiempo real, situación que permite que la sociedad actualmente funcione como las aldeas antiguas⁵⁵, en donde todos sabían todo de todos con la única diferencia de que en esa época las relaciones eran personales no cibernéticas.

Podemos divagar al respecto de varios temas relacionados con la globalización lo cual no es el objeto de la presente investigación. Vayamos enfocándonos al tema que nos ocupa, iremos de lo general a lo particular. Al realizarse mayor número de transacciones económicas se requiere una mayor regulación jurídica sobre las mismas. En el intento por mantener en armonía esa interacción, los Estados buscan frenar las conductas antijurídicas de las personas, ¿cómo hacen esto? Una de las formas es tipificando como delito cada vez más supuestos de hecho, supuestos que en algunos casos se podrían resolver

⁵⁵ Tal como comenta el Profesor Investigador de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Doctor Ladislao Adrián Reyes Barragán: “Los avances tecnológicos, de comunicación, comercio y finanzas han hecho que todos los países se constituyan como aldea donde se conocen con gran rapidez todos los acontecimientos, sociales, políticos y culturales.” en su artículo *El impacto de la Globalización, en la Administración de Justicia y los Derechos Humanos*.

conciliatoriamente, en nuestro particular caso de estudio a través de la aplicación de los criterios de oportunidad, sin echar a andar el aparato judicial.

Volvamos a lo general, la globalización consiste en una interdependencia y colaboración entre varios países a nivel económico, político, jurídico, cultural y por supuesto a nivel social en busca de un bienestar común, eso ya quedó claro. No debemos omitir que en el proceso de interacción e intercambio de información y de recursos de diversa naturaleza también fluye lo negativo. Ahora veamos que situaciones ha permeado a nivel jurídico este fenómeno querido por unos y odiado por otros.

Para empezar, partamos del punto de que las naciones tienen una naturaleza territorial lo cual dejó de ser determinante en el contexto de la globalización. No importan las fronteras si los actores "X" de cada Estado se ponen de acuerdo para alguna transacción. Las fronteras pierden importancia cuando se unifican criterios a nivel transnacional entre Estados con intereses comunes, siempre que el beneficio sea mutuo o colectivo. Como ejemplo tenemos a la Unión Europea.

Podemos decir que el mundo experimentó un rompimiento epistémico con la llegada de la globalización, esto es, que varios paradigmas fueron superados, lo que era importante y/o determinante hace algunas décadas ahora ya no importa; lo que antes era seguro (en cuestión de negocios) ahora es insignificante; lo que antes brindaba certeza jurídica ahora es letra muerta. Y es que, del mismo modo que los aspectos positivos más importantes se rigen ahora por directrices globalizadas igual lo hacen las cuestiones nocivas. En la actualidad al ámbito de lo criminal también se ha globalizado.

Actualmente se cuenta en el mundo con distintos organismos jurídicos de carácter internacional, tales como: Corte penal internacional creada con el propósito primordial de juzgar a las personas que cometan crímenes cuyo efecto o daño causado es significativamente lesivo para la comunidad internacional, crímenes como el genocidio, de lesa humanidad, crímenes de guerra, en general aquellos

delitos que afecten masivamente los derechos humanos de la población.⁵⁶ Existen incontables efectos y situaciones que se pueden relacionar directamente con el fenómeno de la globalización.

Por tanto, la globalización tiene efectos tanto favorables como desfavorables. Los resultados que obtengamos de ella a nivel sociedad e individual depende de cada uno de nosotros y de la forma en que nuestro entorno social nos permita tomar ciertas decisiones, porque no debemos olvidar que, al ser parte de un núcleo social, estamos condicionados al comportamiento del resto y a las condiciones contemporáneas de esa sociedad.

La globalización favorece la comisión de delitos graves de alto impacto en el mundo al facilitar del flujo de información entre una nación y otra. Los avances tecnológicos han permitido a los delincuentes una mayor organización, que a su vez con el tiempo les reporta mayores ganancias económicas, lo que les permite lograr un mayor índice de corrupción entre altos funcionarios que facilitan la comisión de sus delitos. Todo esto forma parte de un círculo vicioso y vuelve aún más difícil la tarea de la investigación y castigo de los delitos graves de alto impacto como son el narcotráfico, contrabando, trata de personas y piratería entre otros.

La delincuencia se ha transnacionalizado y la autoridad se encuentra imposibilitada para responder en la misma escala. El Estado no cuenta ni con los recursos ni con la infraestructura suficientes para combatir a este tipo de delincuentes y si a eso agregamos que el Estado mismo se encuentra de alguna manera supeditado a los intereses económicos de los grandes poderes capitalistas, podemos afirmar que los delitos graves en el mundo difícilmente se verán reducidos. Mientras el crimen organizado se siga tras nacionalizando, y como ya vimos que la globalización es la que les facilita esa tras nacionalización, por consecuencia éstos seguirán expandiéndose al mismo ritmo que una empresa transnacional lícita porque cuentan con los recursos, el conocimiento, los contactos y la organización requerida para tal efecto.

⁵⁶Para mayor información sobre los objetivos y origen de la Corte Penal Internacional se puede consultar en la dirección <http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/cpi.htm>

La sociedad se ve irremediabilmente afectada por todo lo anterior dado que su núcleo básico de convivencia generalmente se ve infiltrado por algún tipo de delincuente de los antes mencionados. El mismo fenómeno de la globalización que nos ha acercado en tiempo real con personas de todo el mundo gracias a la tecnología, simultáneamente nos aleja de las personas con quien antaño convivíamos. Esa convivencia nos permitía generar empatía, interés el uno en el otro, generaba un círculo semi cerrado de convivencia que nos permitía ayudarnos los unos a los otros. Situación que en la actualidad se ha visto comprometida dado el surgimiento de las relaciones cibernéticas que, si bien nos permite cierta empatía con el interlocutor, ésta es sólo momentánea y no permanente o por lo menos duradera como eran antes las relaciones humanas.

Estamos en peligro de volvernos una sociedad individualista que irremediabilmente nos llevará a dificultarnos la consecución y satisfacción de nuestras necesidades y nos volverá presa fácil del crimen organizado. Nuestro éxito como especie dominante siempre ha sido el de la asociación, el trabajo en equipo y el pensamiento de que cuidar del otro nos conviene a todos, en la medida que nos distanciamos de nuestro núcleo básico de convivencia nos convertimos en presa fácil al no contar con la protección del resto del grupo. Suena devastador, empero no podemos culpar de todo ello a la globalización, repito es un fenómeno como cualquier otro que trae consigo situaciones favorables y desfavorables, cada uno decide qué y cómo responder ante tales situaciones.

La globalización, vino a revolucionar teorías, en el caso particular del derecho penal lo ha puesto en crisis porque si ya era difícil intentar mantener bajo control a los delincuentes, ahora con las nuevas herramientas cibernéticas a su disposición, los grandes delincuentes se encuentran a la vanguardia. En algunos casos, incluso tienen mayor capacidad tecnológica que quien intenta combatirlos. La delincuencia se ha transnacionalizado y se encuentra más organizada que nunca, poniendo en problemas a las autoridades responsables de su persecución. Es por ello que el legislador debe elaborar leyes buscando resolver los conflictos menos lesivos a través de herramientas alternativas apelando para ello a la ética y buen juicio de los

funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones y el uso de la discrecionalidad.

1.5 Discrecionalidad como rasgo humano.

Cuando nos referimos a la discrecionalidad hacemos alusión a los actos realizados sin el acatamiento o la restricción de alguna norma, lineamiento o mandato. Quien ejerce la discrecionalidad lo hace atendiendo en un cien por ciento a su criterio, a su percepción personal de la situación específica. No obstante, en el ejercicio de la discrecionalidad se corre el riesgo de caer en otra situación llamada arbitrariedad al no ser objetivo o justo en el uso de dicha atribución. Podemos darle diversos matices al ejercicio de la discrecionalidad, pero lo que es innegable es que sin duda es un rasgo característico del ser humano, condicionado por situaciones específicas personales, circunstanciales y espaciales. Incluso psicológicamente existen ciertos momentos en que pudiéramos no ser aptos para ejercer una discrecionalidad cuidadosamente.

La discrecionalidad como tal nos ha ayudado a decidir sobre situaciones que representan una disyuntiva. Aunque siempre existirán parámetros o lineamientos que en teoría deben ayudar a tomar la decisión, es, de última instancia, una decisión humana y ni la propia persona puede garantizar que, en igualdad de circunstancias, pero en otro momento, decidiría lo mismo.

Aplicamos pues la discrecionalidad tanto en al actuar cotidiano más insignificante, como en situaciones de trascendental importancia. En un ensayo de H.L.A. Hart⁵⁷ podemos encontrar ejemplos de discrecionalidad aplicada en diversos ámbitos, haciendo énfasis en el jurídico:

A. Ejercicio Explícito o Reconocido de Discrecionalidad

1. Por parte de los órganos de la Administración

a) Fijación de tarifas, v. gr., tarifas ferroviarias, por la ICC.

⁵⁷Hart, Herbert Lionel Adolphus *Discrecionalidad* / H. L. Hart; traducción de Juan Ramón de Páramo, Alicante, España: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2016. Artículo completo disponible en: www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/discrecionalidad/

- b) Concesión de licencias para realizar una determinada actividad comercial.
- c) Control de actividades potencialmente peligrosas, v. gr., órdenes de los Comisarios de Pesca y Caza.
- d) Nombramiento de cargos de la Administración Pública.
- e) Asignación de recursos concebidos para estar a disposición del Gobierno, v. gr., asignaciones de terrenos públicos por la Agencia del Suelo [Land Department].
- f) Gestión de los servicios o empresas públicas asumidas por el Gobierno, v. gr., contratos de obras públicas.

2. Por parte de los tribunales

- a) Aplicación de criterios por los tribunales
 - I) por el juez, v. gr., «causa razonable o suficiente» en una acusación maliciosa.
 - II) por un jurado bajo la supervisión del juez [v. gr.] «Diligencia razonable» en casos de negligencia. DOXA 37.indb 88 01/12/14 08:48 Discrecionalidad 89
- b) Medidas discrecionales, v. gr., medidas cautelares y medidas de ejecución específicas.
- c) Fijación de penas en asuntos penales.

B. Discrecionalidad Tácita u Oculta

- 1. Interpretación de leyes.
- 2. Uso del precedente.

C. Injerencia o excepción discrecional en relación con normas reconocidas

- 1 Un aplazamiento o un indulto.
- 2. Medidas cautelares frente al ejercicio de recursos legales.

Podemos observar como Hart lo ejemplifica de tal manera que pareciera algo muy sencillo, sin embargo, tanto la discrecionalidad tácita como la manifiesta, dependen del elemento humano, el poder de decisión siempre recaerá en una persona con todas las implicaciones y consideraciones que ya mencionamos. La aplicación de la discrecionalidad no se trata de un ejercicio mecánico, atrás queda el sueño de los juristas de que con la pura observancia del derecho positivo se

pueden resolver todas las controversias jurídicas. El poder conferido a quien está en situación legal de ejercer la discrecionalidad jurídica, debe generar *per se* ciertos beneficios para que sea viable asumir el riesgo.

1.6 ¿Por qué toleramos la discrecionalidad y cuáles son sus beneficios?

Debemos hacer énfasis en que, si bien la discrecionalidad implica una elección, no sólo se trata de eso, tal y como Hart refiere, la práctica de esta atribución requiere de experiencia en el campo, sabiduría y un mucho de cautela. Él mismo nos ilustra de porqué es buena idea tolerar el uso de la discrecionalidad siempre que se garanticen las condiciones óptimas para su ejercicio. Nos da un panorama de los beneficios que ello conlleva. Entender por qué toleramos la discrecionalidad, para él es fácil, cito: *porque somos hombres, no dioses*, y al hacerlo nos permite una gama infinita de posibles soluciones a la misma controversia, en caso contrario, los legisladores se verían en la necesidad de regular todos y cada uno de los posibles supuestos de hecho sobre el mismo ilícito, de sobra está decir que eso es imposible. El mayor beneficio de tolerar y ejercer la discrecionalidad se traduce en conocimiento, experiencia. El uso de la discrecionalidad nos proporciona futuros argumentos para tomar decisiones razonadas que no quedarán sentadas como verdades absolutas, sino que servirán a su vez para nuevas soluciones a similares controversias.

1.7 Discrecionalidad administrativa y jurídica.

En materia jurídica existe el término llamado discrecionalidad administrativa y otro de discrecionalidad jurídica, los cuales se rigen por ciertos principios que buscan evitar que quien la ejerza caiga en la arbitrariedad y/o las injusticias, pero que al mismo tiempo este en posición de tomar decisiones con libertad siempre atendiendo lo que sea más conveniente y benéfico para los involucrados. Tenemos entonces que la discrecionalidad es la acción que se deja a libre albedrío de una persona, una autoridad e incluso un gobierno.

En el ámbito administrativo y jurídico, la Ley no siempre es precisa, por lo que deja un espacio en donde quien aplica la norma podrá usar su criterio personal aunado al propio conocimiento de los ordenamientos jurídicos aplicables, es decir,

tomará una decisión en particular según la situación. En materia jurídica y administrativa se debe evitar en todo momento caer en arbitrariedades y/o injusticias, dado que lo que se busca al aplicar este tipo de discrecionalidad es lo más benéfico no solo para la víctima y el afectado, sino también para el Estado.

La necesidad del uso de la discrecionalidad surge cuando las leyes dictan dos o más soluciones posibles para el mismo supuesto de hecho determinado cuando establece el fin de observar alguna norma o lineamiento en particular, pero no determina el método específico, dejando cierta libertad de acción y la responsabilidad a la autoridad de decidir, en su apreciación, por la solución más viable y benéfica para las partes involucradas. Esto sucede porque es humanamente imposible prever todas y cada una de las variantes para el mismo supuesto de hecho, por lo tanto, se tiene la necesidad de dejar un breve espacio para que el juzgador aplique su conocimiento de la norma a discreción.

La arbitrariedad se da cuando quien es el encargado de impartir justicia actúa atendiendo a fines personales sin tomar en cuenta las leyes, o simplemente que actúe contrariamente a lo que es reconocido como justo con el uso precisamente de la discrecionalidad conferida a su cargo. Generalmente se manifiesta con abusos de autoridad, imponiendo alguna situación fuera de proporción o alguna labor que no corresponda a quien la va a ejecutar. Para evitar caer en una arbitrariedad debe otorgarse a las personas siempre lo que por Ley o derecho natural les corresponda, ni más ni menos: Justicia.

En el ámbito del derecho, la discrecionalidad ha representado una compleja problemática durante mucho tiempo, se les otorga discrecionalidad jurídica a los jueces, por ejemplo, para que atendiendo a las leyes y ordenamientos aplicables tomen decisiones sobre la situación jurídica del sujeto juzgado. Según la autora Isabel Lifante Vidal⁵⁸ son dos los elementos constantes del análisis de la discrecionalidad jurídica:

⁵⁸ Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante desde 2001. Su trayectoria académica se encuentra vinculada fundamentalmente a esta Universidad, donde se doctoró en 1997, pero también ha realizado estancias de investigación en la European Academy of Legal Theory de Bruselas (donde

“...dos siguientes elementos que aparecen constantes en los distintos análisis de la discrecionalidad jurídica: por un lado, la libertad que tiene un órgano jurídico en la toma de decisiones para elegir entre diferentes opciones; y, por otro lado, el que esa libertad no es absoluta, sino que se encuentra delimitada por un cierto marco normativo.”⁵⁹

Atendiendo a la acepción de la autora, tenemos entonces que la discrecionalidad jurídica es la aplicación de una libre opinión, pero que ésta debe ceñirse en todo momento a lo permitido por la norma, sólo se está decidiendo de entre la gama de posibilidades que la misma ley plantea. En el caso de la discrecionalidad ejercida en la aplicación de los criterios de oportunidad, la ley le dicta al MPF los delitos en los que pudiera aplicar dichos criterios, no siendo obligatorio que los aplique para todos los delitos tipificados en el mismo supuesto de hecho y le da la libertad de decidir si lleva a proceso o no determinado conflicto, atendiendo en todo momento los lineamientos que para ello estableció la misma ley.

La misma autora sostiene que la discrecionalidad jurídica se encuentra circunscrita a algunos actos específicos de la administración. Realiza un breve análisis sobre la pirámide de Kelsen y la validez que obtienen las normas que se desprenden de una norma superior por ser éstas las que les dieron origen y al respecto concluye que el derecho positivo no permitirá una solución única para las diversas variantes de una misma controversia. Sostiene que al momento de llevar a cabo la aplicación del derecho se realiza un acto de voluntad y no solo de conocimiento, de ahí el término discrecional, si implica la voluntad de cada uno, entonces implica la libre decisión de igual manera. Lo fundamental al ejercer una

obtuvo en 1993 el Máster en Teoría del Derecho), en el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM (México, en 2000/2001) y en la Universidad de Génova (2009); y ha participado como profesora en diversos cursos de doctorado y maestrías en España y en Latinoamérica. Entre sus publicaciones destacan sus trabajos sobre la interpretación jurídica (La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea, 1999; "La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de los casos"; "Interpretación y modelos de Derecho", "Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica"), sobre la discrecionalidad ("Dos conceptos de discrecionalidad jurídica"; "Poderes discrecionales") y sobre la representación ("Sobre el concepto de representación").

⁵⁹ Lifante Vidal, Isabel, *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*, Doxa Revista jurídica, España, Núm. 25, p. 414. Disponible en: <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD35807720.pdf>

discrecionalidad jurídica es no olvidar en todo momento los ordenamientos y regulaciones aplicables para no caer en arbitrariedades.

Continuando con el breve análisis del artículo de la autora, existen diversas posturas al respecto de la existencia de la discrecionalidad jurídica. Menciona a autores como Hart y Dworkin con ideas opuestas entre sí, el primero afirma que los jueces gozan de discrecionalidad sólo en casos difíciles mientras que el segundo se inclina por el hecho de que en realidad los jueces no gozan de ninguna discrecionalidad en absoluto. La autora refiere teorías radicales en las que se sostiene que los jueces aplican la discrecionalidad jurídica todo el tiempo. Menciona también que la discrecionalidad jurídica debe ser legitimada al comprobar su origen. En el caso de la discrecionalidad conferida al ministerio público para la aplicación de los criterios de oportunidad es totalmente legítima dado que la atribución le viene por mandato constitucional y la figura jurídica se encuentra regulada por el CNPP.

Con base en lo anterior y de acuerdo lo expuesto previo a la autora de Alicante, tenemos entonces que la discrecionalidad jurídica es la libre acción conferida a autoridades o instituciones gubernamentales para tomar decisiones al momento de impartir justicia. Y si bien estamos de acuerdo que los jueces aplican la discrecionalidad, lo cierto es también que lo hacen en casos específicos, coincidimos con la idea de Hart de que sólo en algunas situaciones extraordinarias hace falta que el juez utilice en mayor medida su criterio y buen juicio siempre y cuando su resolución aterrice en una de las soluciones permitidas por la norma. En el caso de la aplicación de los criterios de oportunidad, ese libre albedrío y buen juicio deberán estar presentes en toda situación en la que se pretenda utilizarlos.

En nuestro particular objeto de estudio, la discrecionalidad que se aplica es de carácter administrativo, dada la naturaleza del funcionario que la ejerce, el agente del ministerio público. La discrecionalidad administrativa en sí, consiste en lo mismo que la discrecionalidad jurídica, la diferencia estriba en el ámbito de su aplicación y los alcances de ésta. En el caso de la discrecionalidad ejercida por el

ministerio público, ésta es susceptible de impugnación, confiriendo con ello la característica de legalidad al acto discrecional. Al estar contenida la atribución en la misma CPEUM, el acto en sí goza de la más alta legalidad.

Al tratarse de actividades multifacéticas las que lleva a cabo la administración pública, el Estado debe conferirles atribuciones tanto regladas como discrecionales. En el caso de la atribución conferida al ministerio público se trata de una facultad reglada, pero al mismo tiempo el acto de la autoridad goza de cierta discrecionalidad al no estar determinadas todas las posibles situaciones en las que el funcionario puede ejercer su atribución y aplicar un criterio de oportunidad. Ahora bien, aunque en sí las controversias a dirimir son en materia penal, la autoridad que los aplica es de carácter administrativo. La discrecionalidad reglada de la que estamos hablando, otorga a la autoridad competente una libertad de margen de apreciación, que de la misma forma que el margen de apreciación nacional⁶⁰, cada agente del ministerio público que la ejerza, decidirá en cada caso particular según lo que a su criterio sea lo mejor para las partes en controversia.

Tenemos la certeza de que no estamos ante la posibilidad del fomento de la arbitrariedad al señalar que la atribución conferida al ministerio público en el párrafo 7° del artículo 21 constitucional se encuentra reglada (existen algunos conceptos indeterminados en esa regulación, sin embargo, el punto es que, si se encuentra regulada, no es discrecionalidad total). El ministerio público debe atender los lineamientos para ello establecidos, así como lo contenido en el CNPP. Ahondaremos ahora un poco en qué son los criterios de oportunidad.

1.8 ¿Qué son los criterios de oportunidad?

¿Qué es el criterio de oportunidad? Como se citó en líneas anteriores, el Criterio de oportunidad no es otra cosa que la facultad otorgada constitucionalmente al Ministerio Público de la Federación para terminar los

⁶⁰Núñez Poblete, Manuel y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012. *In totum*

conflictos anticipadamente sin necesidad de llevarlos a juicio y así extinguir la acción penal sin necesidad del proceso judicial.

Facultad discrecional del Estado, por conducto del Ministerio Público, mediante los cuales puede abstenerse de investigar, o concluir la investigación, sin acreditar el hecho o la participación del responsable; es decir, pueden ser aplicados parcialmente, tanto en lo relativo a los hechos como para alguno o algunos partícipes, aunque para otros no, tomando en cuenta diversas circunstancias, sin que su aplicación implique que el hecho no exista o no sea delito, o que se deje a la víctima sin protección.⁶¹

Para poder aplicar el criterio de oportunidad, el ministerio público debe observar y atender los lineamientos establecidos por el CNPP que se citan a continuación⁶²:

Artículo 256. Casos en que operan los criterios de oportunidad. Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público, podrá abstenerse de ejercer la acción penal con base en la aplicación de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido.

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos:

- I. Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia;
- II. Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares;

⁶¹ Castro Escarpulli, Nicandra y Lozada Luna, María Teresa. *El Ministerio Público hacia el Sistema Penal Acusatorio en México. Guía práctica para principiantes*. Editorial UBIJUS. México. 2013. P. 43

⁶² Código Nacional de Procedimientos Penales (México: última reforma publicada DOF 17-06-2016), Artículo 256. Consultado el 30 de octubre del año dos mil dieciséis, Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_170616.pdf

- III. Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena;
- IV. La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo que carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o a la que podría imponerse por otro delito por el que esté siendo procesado con independencia del fuero;
- V. Cuando el imputado aporte información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, y se comprometa a comparecer en juicio;
- VI. Cuando, a razón de las causas o circunstancias que rodean la comisión de la conducta punible, resulte desproporcionada o irrazonable la persecución penal.

No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público.

El Ministerio Público aplicará los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código, así como en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente.

La aplicación de los criterios de oportunidad podrá ordenarse en cualquier momento y hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio.

La aplicación de los criterios de oportunidad deberá ser autorizada por el Procurador o por el servidor público en quien se delegue esta facultad, en términos de la normatividad aplicable.

Analicemos parte por parte: en el primer párrafo, el legislador lo plasma muy atractivo “...**el Ministerio Público, podrá abstenerse de ejercer la acción penal con base en la aplicación de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido.**”

Tenemos varios elementos:

El ministerio público, que es el encargado de realizar un primer juicio para determinar si en efecto la controversia en disputa merece que se le aplique un proceso penal con todos los tiempos y costes que ello implica.

“...surge como instrumento para la persecución del delito ante los tribunales, en calidad de agente del interés social. De ahí que se le denomine “representante social”. Las sociedades aspiran a una adecuada impartición de justicia a través de instituciones especiales dedicadas a la solución de conflictos. En el caso de conductas delictuosas, se busca que la persecución del responsable esté a cargo de personas ajenas a la infracción, es decir, de especialistas que actúen en representación de todos aquellos que en forma directa o indirecta resultan lesionados. A tal efecto se instituye el Ministerio Público...”⁶³

Es de vital importancia su actuación, y la capacitación con que cuente dado que de esto dependerá la posible libertad o encarcelamiento del imputado. También trasciende la decisión del ministerio público en el sentido que puede contribuir a la sobresaturación del sistema penal o a su descongestionamiento. No debemos olvidar que otro de los principios rectores del derecho penal es el de intervención mínima⁶⁴ también conocido como de *última ratio* o *principio de subsidiariedad* el cual establece al derecho penal como el último recurso con que cuenta una sociedad para resolver sus controversias, insta pues a agotar todas las medidas posibles antes de buscar castigar penalmente a los probables responsables. En palabras del autor Moisés Moreno Hernández:

*“este principio vincula tanto al legislador, a la hora de creación de las normas penales, como al juzgador, en el momento de aplicar la ley a los casos concretos; pero también alcanza al órgano ejecutivo, tanto por lo que hace a la actuación del Ministerio Público, en el ejercicio de su función persecutoria, como con relación a la fase de ejecución penal”.*⁶⁵

⁶³ Podrá encontrar en la siguiente dirección electrónica una explicación más amplia y detallada sobre el origen del Ministerio Público. Información emitida por la Procuraduría General de la República de México. Disponible en: <http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/Documents/l.pdf>

⁶⁴ Consultable en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/117/26.pdf>

En ese sentido el mismo autor cita algunos delitos que por su naturaleza e intrascendencia en base al daño lesivo ocasionado al bien jurídico protegido por la norma, fueron descriminalizados y despenalizados, tal es el caso de: injurias, golpes simples, ataques peligrosos, disparo de arma de fuego, vagancia y mal vivencia, desobediencia y resistencia de particulares. Argumenta que este tipo de delitos bien pueden ser atendidos por otras áreas del derecho sin necesidad de llevarse más asuntos al sistema penal.

⁶⁵ Moreno Hernández, Moisés, “Principios rectores en el derecho penal mexicano”, *Liber ad honorem*, México, UNAM, 1998, t. II, p. 1332. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/117/26.pdf>

Es decir, con el principio de *última ratio* se obliga al legislador a que al momento de crear las normas tome en cuenta que lo último que necesita la sociedad para su óptima convivencia, son normas inquisitivas que busquen solamente castigar a los probables responsables sin tomar en cuenta en primera instancia la reparación del daño y la armonía del imputado con la víctima y la sociedad después de dicha reparación. Insta al juzgador a que, en el momento de emitir su juicio, valore si efectivamente el delito cometido merece la pena privativa de libertad, sin olvidar que la prisión debe ser la última opción para resarcir el daño a la víctima, en realidad si somos objetivos, el hecho de que un delincuente sea encarcelado sin reparar el daño, realmente no proporciona verdadera justicia a la víctima.

Efectivamente, hay casos en que los bienes jurídicos son imposibles de restituir y para esos no queda más que la prisión. No obstante, existen otros bienes jurídicos que son perfectamente resarcibles o restituibles, y, si el imputado puede hacerlo, lo ideal es brindarle la oportunidad de reivindicarse, enmendar y corregir su conducta sin necesidad de pena privativa. Situación que generaría más ventajas que desventajas y que se analizarán en el transcurrir de la investigación.

El principio de *última ratio* insta al órgano del Ministerio Público de la Federación a ejercer la acción penal en la menor medida posible, buscando desde luego la reparación inmediata del daño causado al bien jurídico lesionado. Este principio en particular en materia de derecho, convierte al derecho penal, metafóricamente, en la última trinchera del Estado para mantener la paz y la armonía social. Así pues, el agente del ministerio público de la federación se convierte en el primer frente de esta trinchera, es el primer filtro y cae en él la sustancial decisión de solicitar al juez de control la vinculación a proceso del imputado, o en el mejor de los casos, de aplicar el citado criterio de oportunidad y extinguir la acción penal de manera reamente expedita, tal como dicta la CPEUM.

Abstención de la acción penal. Según la propia CPEUM⁶⁶ y el CNPP⁶⁷, al mismo tiempo que le otorga la facultad exclusiva para iniciar la acción penal para los delitos del fuero común y federal, son los mismos ordenamientos los que dictan que el ministerio público de la federación podrá abstenerse de ejercer acción penal en los casos y condiciones que delimita la propia ley. Recordemos que para el correcto funcionamiento del sistema penal mexicano, toda acción y procedencia realizada por autoridad del nivel que se trate, debe estar basada en la legalidad⁶⁸.

Siendo este otro principio rector del derecho penal cuya finalidad es el de garantizar la certeza jurídica a las partes y evitar los abusos y/o arbitrariedades por parte de las autoridades.

Este principio exige no solamente que los órganos del Estado ajusten el ejercicio de su poder a lo establecido por la ley, sino también que la propia ley penal que se origina en el ejercicio de ese poder penal esté diseñada con claridad y precisión, de suerte que de su contenido se derive seguridad jurídica para los individuos.⁶⁹

Con este principio, se busca garantizar los derechos de las personas frente al poder punitivo del Estado. La autoridad debe conducir de acuerdo a lo establecido en las leyes y no podrá iniciar acción penal por una conducta que no se encuentre tipificada en las mismas. Tiene la responsabilidad social de intervenir partiendo de la función del derecho penal que es la de proteger bienes jurídicos y atendiendo al objetivo de éste, que en este caso es el de garantizar la paz jurídica⁷⁰.

⁶⁶ “...El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público.” *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (México: última reforma publicada DOF 27 de enero 2016), artículo 21, 2° párrafo. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

⁶⁷ “Competencia del Ministerio Público. Compete al Ministerio Público conducir la investigación, coordinar a las Policías y a los servicios periciales durante la investigación, resolver sobre el ejercicio de la acción penal en la forma establecida por la ley y, en su caso, ordenar las diligencias pertinentes y útiles para demostrar, o no, la existencia del delito y la responsabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión.”

Código Nacional de Procedimientos Penales, Artículo 127. Óp. Cit.

⁶⁸ “...En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.” *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 14, Óp. Cit.

⁶⁹ Moreno Hernández, Moisés, “Principios rectores en el derecho penal mexicano”, óp. cit.

⁷⁰ Roxin en: Gallardo rosado, Maydelí, *El nuevo rostro de la justicia penal en México principio de oportunidad una realidad a enfrentar*, México, Porrúa, 2011, p.7

El ministerio público al ejercer la acción penal, debe actuar conforme a la ley:

El término “conformidad denota no una propiedad sino una relación: precisamente una relación entre un acto y la norma o el conjunto de normas que lo regulan. “Conformidad” es, por tanto, un predicado que concierne a todo acto que esté regulado por normas. El acto en cuestión, naturalmente, puede ser un acto singular y concreto (una “medida”, en sentido amplio) o bien un acto que sea normativo (por ejemplo, un reglamento).⁷¹

“...Siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido”. Es decir, que la víctima u ofendido se manifieste satisfecho en relación a la reparación del daño que sufrió su bien jurídico. Va de la mano completamente con la justicia restaurativa, enunciada ya en líneas anteriores.

El primer párrafo es perfectamente entendible. Sin embargo, en cuanto el legislador plasmó los supuestos en los que se estaría actuando conforme a la ley al aplicar el criterio de oportunidad, cae en limitaciones que restringen la operatividad de esta excepción para la solución de controversias en materia penal, las cuales se abordarán de manera enunciativa, ya que se estudiará a fondo en capítulo posterior.

Fracción I, *“Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia.”* El primer problema que debe enfrentar el agente del ministerio público.

En nuestro país, los delitos que afectan de manera significativa los bienes jurídicos más preciados, tienen la etiqueta de delitos graves, reciben menos concesiones en el momento del proceso penal y les corresponde penas más severas, sea pecuniariamente o corpóreamente. Los supuestos de hecho

⁷¹El principio de legalidad, Traducción de Miguel Carbonell, México, s.a., p. 120
Disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/22/9.pdf> consultado el 6 noviembre del 2016

contemplados en la ley para este tipo de conductas antijurídicas, no permiten que se les aplique la figura jurídica del criterio de oportunidad, incluso cuando la afectación al bien jurídico protegido sea mínima.

En palabras del autor Moisés Moreno Hernández:

“...para que todo sistema penal sea funcional, se reserva la clasificación de los delitos como graves a delitos excepcionales y no a la generalidad como ocurre actualmente”, en el afán acaso de con esto reducir la comisión de los delitos en cuestión al imponer penas ejemplares. Sin embargo, los legisladores de los estados mexicanos consideran graves muchas de las figuras típicas que se encuentran en el *Código Penal*. Incluso muchas conductas delictivas simples fueron calificadas como graves,⁷² resultando improcedente la libertad provisional bajo caución respecto de dichas conductas.

Es evidente que, en el intento por reducir el índice de delitos en nuestro país, el legislador no ha dudado en tipificar como graves a muchas conductas antijurídicas que bien podrían pasar por leves como en la legislación española, allá por ejemplo los delitos graves son aquellos cuya pena es mayor a cinco años de prisión y podemos observar que la gravedad del delito se encuentra en la pena y no en el delito, a diferencia de México en donde el delito se agrava en sí mismo bajo ciertas circunstancias lo que le hace obtener la categoría de delito grave y así lo lleva a ser merecedor de pena más severa.

Los legisladores resolvieron con severidad y aspiraron a reducir la intervención de los elementos subjetivos en el encuadramiento de la conducta delictiva, y con ese objeto extendieron una tipificación minuciosa, en la cual, idealmente, a cada conducta delictiva correspondería un tipo delictivo específico que ya considerase la gravedad del hecho punible. Al hacerlo, los propios

⁷² Claus Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, Editorial Reus, 1976, p. 31: “nada favorece tanto a la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en nimiedad”. *Vid.* Carlos J. Vilalta, *Los delitos contra la salud en México, 1997-2011*, en Raúl Aníbal Feliz, *et al*, *Las bases sociales del crimen organizado y la violencia en México*, Coordinador José Antonio Aguilar Rivera, Centro de Investigación y Estudios en Seguridad, México, 2012, pp. 43-44.

legisladores crearon las condiciones para congestionar la vía penal y para sobre poblar los establecimientos penitenciarios.

El problema estriba en que los legisladores no consideraron la calidad o la cuantía del bien jurídico a proteger, una reparación de los daños equitativamente viable, y no pudieron detallar la diversidad de circunstancias bajo las cuales pueda cometerse cualquier delito, las declararon en lo general, inhabilitando al actor de la autoridad para designar la gravedad del hecho delictivo partiendo del daño real causado al bien jurídico y de la disposición de la víctima para desistirse de ejercer su derecho a solicitar acción penal por existir la posibilidad de recibir una reparación del daño de manera expedita por parte del imputado.

Entonces, tenemos que la aplicación del criterio de oportunidad no puede ser la diferencia en la disminución de la carga procesal para el sistema penal mexicano, al verse limitado el ministerio público por el hecho de que actualmente el surgimiento de normas penales a diestra y siniestra en el intento por reducir la comisión de delitos tiene imposibilitado al mismo sistema para agilizar la impartición de justicia.

Fracción II, *“Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares;”* Con este apartado en realidad no tendrá ningún problema, los delitos patrimoniales causan daños completamente materiales, y al tratarse de un bien material, perfectamente puede el imputado resarcir el daño y restituir a la víctima de manera inmediata la integridad de su bien jurídico lesionado. Por lo que, si el daño se puede reparar, la acción penal se puede omitir.

Fracción III, *“Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena”*. Aquí se puede apreciar la teoría de la retribución al considerarse que el imputado ya recibió en la consecuencia física y/o

emocional algún tipo de castigo⁷³, “*La pena, como sufrimiento que debe afectar al autor del delito permite, previa negación del mal primario, que la justicia triunfe.*” O con la idea de que de cualquier manera será castigado con la muerte derivada de la enfermedad terminal. Se puede apreciar algo de instinto primitivo en el legislador.

El imputado recibirá castigo con o sin proceso penal y al parecer eso es lo que importa. Sin embargo, no debemos olvidar que la verdadera función de la pena no es precisamente el de castigar, sino el de ejemplificar, el de usar al sujeto imputado para evitar que futuros potenciales delincuentes cometan el mismo delito.

Al respecto, el autor Roberto A. Ochoa Romero, plasma el pensamiento de Kant:

“...la pena se aplica porque el delincuente ha llevado a cabo una conducta que constituye su presupuesto y que es el delito. Kant niega, por tanto, que la pena pueda tener una función distinta al puro castigo por el hecho criminal cometido, ya que afirmar lo contrario implicaría utilizar al hombre como instrumento de control social.”

Sea quizá esa razón que motiva a los legisladores a tipificar cada vez más conductas y no conforme con ello, también las encuadran en la figura de delito grave, lo que dificulta aún más su pronta resolución y por ende incrementa la cantidad de procesos penales inútiles.

No debemos ver en la pena la solución a la podredumbre de la sociedad actual. Un castigo que pretende servir de ejemplo no va a detener a futuros delincuentes en la comisión de delitos y eso lo vemos más que ratificado en los índices de delincuencia que diariamente son presentados a través de medios masivos de comunicación, sean cifras especulativas, cifras oficiales, o cifras reales emitidas por la autoridad correspondiente.

Quien contemple en la pena una creación libre de la inteligencia humana, establecida para prevenir las acciones nocivas a la sociedad, se inclinará fácilmente a esperar de una reforma legislativa el remedio radical de todos los males sociales, sea que él vea el objetivo de la reforma en el mejoramiento del sistema primitivo o en

⁷³ Immanuel Kant citado en: Ochoa Romero, Roberto A., *La justificación de la pena*, México, Porrúa, 2010, p. 32.

su restricción a través de medidas preventivas. Quien considere la pena la necesaria consecuencia del delito, anterior e independiente de toda especulación humana, dudará, a pesar de cualesquiera concesiones puntuales, de la virtud curativa de las profundas reestructuraciones.⁷⁴ Así las cosas.

Fracción IV, *“La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo que carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o a la que podría imponerse por otro delito por el que esté siendo procesado con independencia del fuero”*. Es decir, tiene la opción de aplicar discrecionalmente su criterio y dar por extinta la acción penal por ese caso en particular debido a que el imputado ya ha sido sentenciado por otro delito más grave. Resalta nuevamente la idea de que el castigo es lo más importante.

Fracción V, *“Cuando el imputado aporte información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, y se comprometa a comparecer en juicio;”* Esta situación encara al agente del ministerio público con la posibilidad de aplicar la oportunidad pura o la oportunidad reglada. Es decir, puede actuar de manera completamente discrecional (oportunidad pura) para obtener beneficio del imputado, negociando la pena e incluso la extinción de la acción penal a fin de castigar una conducta delictiva de mayor impacto para la sociedad. O puede acceder a darle los beneficios que particularmente la ley marca para quienes contribuyan a investigar delitos más gravosos. Gallardo Rosado opina:

Las facultades de oportunidad se pueden clasificar en dos formas: como oportunidad “discrecional”, “libre” o “pura” y como oportunidad “reglada/reglamentada” o “normada”. La primera se presenta cuando el Ministerio Público dispone de amplio margen de disposición sobre el ejercicio de la acción penal, pudiendo llegar a acuerdos con el imputado sobre la reducción de su condena... Existirá oportunidad “pura”, cuando el ordenamiento jurídico tolere la aplicación de facultades de oportunidad sin someterlas a ningún tipo de control... Habrá oportunidad reglada cuando la propia ley establezca los casos específicamente determinados en los que se puede hacer uso de criterios de

⁷⁴Von Liszt en: Lozano Tovar, Eduardo, *política criminal en la sociedad moderna un acercamiento al pensamiento de Franz von Liszt y su incipiente política criminológica*, México, Porrúa, 2015, p. 83

oportunidad, sometiendo su aplicación a ciertos presupuestos, requisitos o condiciones.⁷⁵

En realidad, el objetivo de aplicar los criterios de oportunidad es el de aligerar la carga procesal al sistema penal mexicano, y esto solo se logrará llevando la menor cantidad de controversias posibles a juicio oral y la mejor manera de lograr esto, es apostando por la reparación del daño y así lograr el desistimiento de la víctima, al final de cuenta los derechos vulnerados fueron los suyos, y si la víctima no reclama resarcimiento de ningún tipo, entonces no hay delito que investigar. Definitivamente la inclinación es por la aplicación pura de los criterios de oportunidad. Sin embargo, tiene sus complicaciones que más adelante examinaremos.

Fracción VI, *“Cuando, a razón de las causas o circunstancias que rodean la comisión de la conducta punible, resulte desproporcionada o irrazonable la persecución penal.”* Este apartado no representa mayor complicación para su entendimiento, y para comprenderlo bastará con enunciar el ejemplo de un robo, si el valor de lo robado puede ser fácilmente restituido, es irracional que se inicie un proceso que costará miles de pesos y recursos humanos al Estado si en el momento se puede resolver, no sin el debido apercibimiento al delincuente de que la reincidencia le traerá ineludibles consecuencias procesales.

“No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público.” En capítulo posterior se realizará unos análisis a fondo sobre estas condicionantes. Sin embargo, someramente se puede inferir que existe ambigüedad en la limitante, dado que no proporciona condiciones exactas y deja al ministerio público en completo estado de incertidumbre. Volvemos a lo mismo, si bien los delitos enunciados en este párrafo están tipificados como graves, existe también la manera de tabular el daño inferido a los bienes jurídicos protegidos por estos presupuestos de hecho. Se puede

⁷⁵Gallardo rosado, Maydelí, *El nuevo rostro de la justicia penal en México principio de oportunidad una realidad a enfrentar*, Óp. Cit., p.28

realmente realizar una valoración y determinar hasta qué nivel sería conveniente aplicar los criterios de oportunidad.

En el caso de delitos fiscales por ejemplo, puede darse el caso de que el contribuyente acepte su deuda con el fisco y decida pagar de manera inmediata con sus respectivos accesorios⁷⁶. Situación que sería motivo más que suficiente para no ejercer la acción penal, se trata en realidad de delito patrimonial, pero lo que lo agrava es que se comete contra el Estado.

“El Ministerio Público aplicará los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código, así como en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente.” En todas las fracciones y párrafos analizados anteriormente la complicación era para el ministerio público por los motivos que ya se asentaron. En este párrafo en particular, el riesgo es completamente para el imputado y la víctima. Cómo tener garantía de que efectivamente el agente del ministerio público está capacitado para valorar correcta e imparcialmente todas y cada una de las condiciones particulares para cada controversia.

Se corre el riesgo incluso de que aun cuando sea factible que se aplique un criterio de oportunidad, la autoridad decida no hacerlo. El ordenamiento dicta que podrá aplicar los criterios de oportunidad siguiendo las reglas para ello establecidas en ley, pero no hay algún apartado en dónde indique que debe hacerlo de forma obligatoria o como un derecho del imputado y/o de la propia víctima. El legislador utilizó conceptos de contenido amplio, no delimitados propiamente, cae en conceptos jurídicos indeterminados, lo cual en sí mismo encierra una problemática propia que más adelante se analizará someramente.

⁷⁶ En materia fiscal tenemos incluso otra figura discrecional que pudiera fungir para extinguir la acción penal, atribución conferida a la Secretaria de Hacienda y Crédito Público en el artículo 92 del Código Fiscal de la Federación que en resumen establece que, si la secretaría se da por resarcida en el pago de la omisión, ésta puede desistirse de la querrela presentada. En lo que se refiere a los accesorios, toda contribución cuando es incumplida en tiempo y forma, invariablemente se debe cubrir con su respectiva multa, recargos y actualización del valor nominal de la contribución omitida.

Cuando la ley utiliza expresiones como “falta de interés público en la persecución”, “culpabilidad mínima”, “bienes jurídicos disponibles”, “orden público”, “justo precio”, “calamidad pública”, “buena fe”, etc., en realidad está haciendo referencia a conceptos jurídicos indeterminados. El uso de esta clase de conceptos en la implementación de los criterios de oportunidad, resulta poco afortunado, ya que es difícil establecer un parámetro objetivo dentro del cual su aplicación no resulte arbitraria.⁷⁷

En resumen, la aplicación del criterio de oportunidad implica que el Ministerio Público de la Federación desprenda de la investigación que en la conducta realizada por el sujeto no se encuentran todos los elementos que constituyen las figuras típicas del delito o existe una excluyente del delito que hace innecesario realizar un proceso. Es por tanto una decisión unilateral del Ministerio Público de la Federación en aras de determinar si ejercita o no la acción penal.

Así pues, la aplicación del criterio de oportunidad permite que la maquinaria judicial no se desgaste y desvíe recursos humanos y económicos que son necesarios para investigar otros delitos como son “los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”.⁷⁸

Con la finalidad de conseguir este último objetivo enunciado, es que se instituye la aplicación de estos criterios, sin embargo, el hecho de que necesariamente tenga que participar el fiscal en el proceso puede considerarse un exceso, es entendible su inclusión para la autorización, por el tema de la corrupción o en un intento de controlar la discrecionalidad. En este caso en particular nos parece un exceso porque de cualquier forma la discrecionalidad conferida al MPF esta reglada y limitada por lo establecido en la legislación aplicable. Veamos cuáles

⁷⁷ Gallardo rosado, Maydelí, *El nuevo rostro de la justicia penal en México principio de oportunidad una realidad a enfrentar*, Óp. Cit., p.41

⁷⁸ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, art. 19. “...El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud...”

son las funciones del fiscal y porque es necesaria o irrelevante su inclusión en el proceso.

1.9 Participación del Fiscal General de la República (antes procurador) en la aplicación de los criterios de oportunidad.

De acuerdo a la Ley orgánica de la Fiscalía General de la República⁷⁹ el Fiscal preside al Ministerio Público de la Federación, es decir, es el jefe inmediato de los agentes del MPF y su proceder deberá ser atendiendo las atribuciones conferidas por las leyes siempre buscando el bienestar común y el interés social. Vigilando en todo momento que sus servidores apliquen las leyes bajo los principios de certeza, legalidad, objetividad, imparcialidad, eficiencia, profesionalismo, honradez, lealtad, disciplina y respeto a los derechos humanos. Menciona que deberá intervenir en los asuntos que las atribuciones conferidas por la CPEUM le dicten, por sí o a través de sus agentes del MPF.

También en el artículo 3° primer párrafo del mismo ordenamiento, establece los principios rectores de la FGR y por tanto de los agentes del ministerio público.

La Fiscalía General de la República regirá su actuación por los principios de autonomía, legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez, respeto a los derechos humanos, perspectiva de género, interculturalidad, perspectiva de niñez y adolescencia, accesibilidad, debida diligencia e imparcialidad.⁸⁰

En el contenido supra enunciado podemos apreciar que parte de las funciones del fiscal es el de fomentar el respeto a los derechos humanos, buscar el bienestar común y vigilar que sus agentes se conduzcan bajo ciertos principios moral y legalmente aceptados por la legislación y la sociedad mexicana. Atendiendo a ello, podemos entender que se implique su autorización en la aplicación de los criterios de oportunidad. Sin embargo, cuando el agente del MPF considera que un conflicto es susceptible de aplicarle un criterio de oportunidad deberá ya de haber observado todos esos principios que dicta la Ley orgánica de la Fiscalía General de la

⁷⁹ Ley orgánica de la Fiscalía General de la República, (Diario Oficial de la Federación, vigente a partir del 14 de diciembre del 2018), Artículo 2°, Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOFGR_201218.pdf Consultada el 32 diciembre 2018

⁸⁰ Ley orgánica de la Fiscalía General de la República, Artículo 3°, Óp. Cit.

República, además de los lineamientos emitidos para su aplicación y de lo contenido en el artículo 256 del CNPP. Por lo anterior nos parece innecesaria la inclusión del fiscal en la autorización de los criterios de oportunidad. Quienes podrán inconformarse con la aplicación de estos criterios son la víctima en primer lugar y el presunto responsable en segundo. Y para que se dé la aplicación deben estar de acuerdo ambas partes.

La misma Ley en su artículo 9° fracción IV establece que el MPF deberá: *“Procurar que los juicios federales en materia penal se sigan con toda regularidad para que la impartición de justicia sea pronta y expedita;”* Luego entonces, insistimos en que, en teoría, el MPF debería estar facultado para ejercer de forma autónoma la aplicación de los criterios de oportunidad. ¿Atraería más corrupción? Es muy probable, sin embargo, parte del propósito de esta investigación será el de demostrar que es viable y está dentro de la legalidad conferirle un mayor nivel de discrecionalidad al agente del Ministerio Público con la finalidad de verdaderamente promover la prontitud en la impartición de justicia y lograr el objetivo inicial del criterio de oportunidad que es el de lograr una economía procesal y contribuir al descongestionamiento de la vía procesal penal.

Es un tema controversial sin duda, dado que, a mayor discrecionalidad, es decir, con mayor libertad de acción, es más probable que quien la ostenta caiga en arbitrariedades que como ya vimos no son otra cosa que injusticias. No obstante, puede resultar en un mayor interés social y bienestar común y ¿no son esos los principales objetivos de la impartición de justicia en México? Para demostrar lo anterior en el transcurso de la investigación se analizará si los costos y efectos colaterales derivados de una mayor discrecionalidad al MPF pueden ser razonables de acuerdo al beneficio que se pudiera obtener.

He aquí parte de la problemática de la aplicación de los criterios de oportunidad, ¿cómo poder asegurar que los agentes del ministerio público de la federación son en realidad las personas idóneas para su efectiva y eficiente aplicación? ¿Cómo evitar que el propio agente abuse de esa facultad que le ha sido asignada desde el más alto ordenamiento jurídico en nuestro país? ¿Es realmente

conveniente su aplicación, o es una invitación a la reincidencia por parte de los delincuentes? ¿Cómo garantizar su aplicación dentro de los principios rectores del derecho penal sin transgredir la propia legalidad de la norma? Habrá que echar un vistazo al aspecto axiológico de las atribuciones del ministerio público de la federación y del origen de las normas que derivaron en dichas atribuciones.

CAPÍTULO II

2.- RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA PENAL. VIABILIDAD DE LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD.

2.1 Las formas de resolución de conflictos en materia penal.

Siempre que existe un conflicto entre particulares, existen varias posibilidades para llegar a su resolución. Estas posibilidades reciben un nombre técnicamente hablando en materia penal. Así tenemos: la auto tutela, la autocomposición y la heterocomposición. Procederé a explicar brevemente cada una de ellas como mera referencia de posibles salidas al conflicto en materia penal.

1. *Auto tutela*. “Es conocida como autodefensa y es llamada la defensa extrajudicial o privada de un derecho”⁸¹. Básicamente consiste en la forma más primitiva que existe para resolver los conflictos de cualquier naturaleza, se impone indistintamente la ley del más fuerte y no la de la razón. La desventaja de este tipo de método para resolución de conflictos, estriba precisamente en su irracionalidad. Supeditada todo el tiempo a aquel o aquellos cuyo poder fuere mayor y que no necesariamente con ello se volvían justos.

Era o es, una forma hegemónica de resolver las controversias en donde siempre un interés se imponía al otro. Coloquialmente le conocemos como venganza o hacer justicia por mano propia. En palabras del autor Julio Cabrera Dircio, la auto tutela es considerada como un medio y no como un procedimiento ya que su naturaleza se considera incivilizada. Lo anterior se deriva del hecho que como no es la razón la que impera en la resolución, una venganza puede traer revanchas o al hacerse justicia por mano propia se puede caer en más injusticias de las que se estaba tratando de resolver. El mismo autor señala que actualmente en un proceso penal podemos observar las características de una autodefensa constante, esto es, que, en un juicio, podemos dar cuenta de que obtiene resolución a favor aquel o aquellos litigantes que cuenten con una mejor “interpretación” de las leyes y una mejor argumentación basada (de forma velada agregaría) en las mismas. De

⁸¹ Cabrera Dircio, Julio. Mediación penal y derechos humanos. Ediciones Coyoacán. México 2014. P. 122

manera general no es exactamente lo deseable el uso de la auto tutela desde el punto de vista de la justicia. Sin embargo, si lo vemos por el lado de la economía procesal, es la mejor opción para resolver un conflicto. Dado que, de origen en su modo más puro, no requiere de la intervención del Estado, por lo que no es necesario invertir en recursos humanos ni procesales.

2. *Autocomposición*. Legalmente se dice: “reglas que los propios particulares involucrados en una controversia establecen para efecto de encontrar una solución a la misma.”⁸² Aquí se puede apreciar un paso más que en la auto tutela, porque si bien al final puede ser que prevalezca la razón del más fuerte, por lo menos en este caso se toma en cuenta a la otra parte antes de proceder a lo que es justo para las partes. Es el arreglo a la controversia, proveniente de los involucrados, quienes tienen disposición de su derecho material.

La autocomposición genérica se subdivide en autodefensa y autocomposición, ahora se usa el término en sentido restringido, y es la solución a la controversia propuesta (no impuesta violentamente) por uno o por ambos elementos subjetivos parciales (partes) sacrificando su interés jurídico propio; arreglo que es aceptado por la otra parte (algunos autores por eso conciben a la autocomposición como un acuerdo de las partes interesadas para resolver privadamente un pleito, prescindiendo o excluyendo el caso del conocimiento y resolución judicial).

La autocomposición ha sido considerada también como una forma anormal de dar terminación al procedimiento (Rosenberg, la normal es la sentencia) o como forma de dar fin al proceso de conocimiento (Alcalá-Zamora y Castillo).⁸³ Surge de la evolución humana... las partes asumen la total responsabilidad de la solución, ya sea mediante la renuncia, o por el

⁸²*Ley de justicia alternativa del tribunal superior de justicia del distrito federal*, Diario oficial de la federación, última reforma 20 de agosto de 2015, Artículo 2° Disponible en: http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/cja/wp-content/uploads/Ley_Justicia_Alternativa_TSJDF-Todas-las-Rfmas_Lic-AnaHdzCJA.pdf consultado el 6 enero del 2017.

⁸³Enciclopedia jurídica Online, México, s.a., Disponible en: <http://mexico.leyderecho.org/autocomposicion/> consultado el 10 de febrero 2017.

reconocimiento de las pretensiones de la parte contraria”⁸⁴. Lo que podemos observar en estas dos opciones de resolución de controversias es que en ambas sólo intervienen los particulares, las partes involucradas y en el caso de la auto tutela hasta terceros particulares.

El avance de un método a otro es que, en el primero al tratarse de una forma primitiva, no asistía la razón a la resolución, sino la fuerza. Y en el segundo existe ya una resolución razonada, consensuada por las partes. Que, si bien un interés se supedita al otro, esto sucede con la participación y la aceptación de los involucrados. Ya en este tipo de justicia se puede apreciar un poco de legislación razonada entre las partes, pero aún sin la intervención franca del Estado, lo cual nos sigue favoreciendo en términos de la economía procesal. Incluso también brinda una forma rápida de acceder a la justicia sin necesidad de echar a andar el aparato procesal.

Al referirnos a la autocomposición podemos enunciar las figuras de: la negociación, la mediación y la conciliación. Lo que se pretende con el ejercicio de la autocomposición y tal y como el autor Julio Cabrera Dircio atinadamente señala, es conseguir un proceso más humano, más digno; sobretodo, que no se vean vulnerados los derechos humanos de las partes. Para el autor Alcalá Zamora existen tres tipos de autocomposición⁸⁵: *Desistimiento*, representado por la renuncia al acto litigioso de la parte que demanda, al ser un acto unilateral, no requiere la aceptación de la contraparte. Es decir, que la controversia puede ser resuelta por una de las partes sin que necesariamente esté de acuerdo la otra.

Allanamiento, consiste en la aceptación de su responsabilidad en la controversia por la parte demandada, lo cual se traduce una vez más en economía procesal y una pronta impartición de justicia. En este momento ya va tomando fuerza la intervención del Estado al ser la autoridad quien fija la pena.

⁸⁴ Cabrera Dircio, Julio, Óp. cit. P. 125

⁸⁵ Ídem. P. 126

Por último, tenemos la *transacción*, en ella ambas partes deben conceder para lograr un acuerdo que satisfaga a ambos, buscando en todo momento evitar el proceso penal de manera formal.

3. *Heterocomposición*. La última trinchera de la sociedad para resolver controversias graves entre particulares y/o particulares y el Estado, es el proceso penal, mismo que con las supra citadas formas de terminar conflictos se busca evitar a toda costa para reducir gasto al Estado. Otros de los fines perseguidos al intentar evitar el proceso penal son: la reducción del congestionamiento de la propia vía penal, ahorro en gastos procesales, no estigmatización de los demandados, no más saturación de los establecimientos penitenciarios (situación que reduce considerablemente costes en la ejecución de las penas).

Al hablar de una resolución por heterocomposición estamos hablando definitivamente de la intervención de un tercero cuya función es ajena e imparcial respecto de los intereses en conflicto. En la obra del Dr. Julio Cabrera Dircio, éste cita a Ovalle Favela⁸⁶ quien enuncia dentro de las formas de la heterocomposición a la mediación, conciliación, arbitraje y por último al proceso judicial. Consideran a la mediación como no propiamente parte del proceso heterocompositivo dado que para que ésta suceda (y aunque interviene un tercero) hace falta la voluntad de las partes, es decir, el pronunciamiento del tercero mediador no es definitivo ni mucho menos vinculante para las partes afectadas por la controversia.

Por otra parte, el proceso es “un diálogo verbal o escrito entre unas partes que piden y un juzgador que decide”. Alcalá Zamora considera que dentro de sus imperfecciones humanas, el proceso constituye el más perfecto medio de administrar justicia entre los hombres⁸⁷. Sin embargo, dista de ser perfecto, por el sólo hecho de ser un proceso dependiente de la razón humana.

⁸⁶ Cabrera Dircio, Julio, Óp. cit. P 128-130

⁸⁷ Ídem p. 129

Somos seres imperfectos, dotados si bien de raciocinio, también de emociones, prejuicios, complejos, condicionamientos dados ya sea por la instrucción recibida en instituciones educativas o por los valores y principios obtenidos en el seno familiar o en aquel grupo que nos haya criado y educado en su momento. Ésta condicionado pues, el proceso judicial al tipo de personas que lo diriman.

Empezando por el ministerio público, quien, según lo plasmado por el autor Montero Zendejas⁸⁸, además de constituirse como un ente al servicio del Estado para lograr la difícil tarea de la administración de justicia, tiene entre sus deberes la obligación de informar a la víctima, de hacer conocer y hacer valer los derechos tanto del probable responsable como de la víctima, con el objeto de garantizar el respeto a los derechos humanos de ambas partes y de obtener un proceso lo más satisfactorio posible. ¿Cómo se logra esto?

Suena simple, pero a veces en la simpleza radica la complejidad. La tarea del ministerio público además de iniciar la acción penal contra quien resulte responsable, es, la de asesorar a las víctimas para evitar la victimización en la medida de lo posible. Debe hacer de su conocimiento todas las posibles salidas a su conflicto. Tendría entonces que poner en perspectiva y hacerles saber de las posibles implicaciones de iniciar un proceso penal en forma y en contrapunto informar de los beneficios implícitos en la aplicación de un criterio de oportunidad.

Al otorgarle la facultad para ejercer los criterios de oportunidad, se le confiere una gran responsabilidad. Porque si bien, ya tenían en sus manos cierto poder de decisión sobre qué o cuáles casos investigar, ahora esa situación está respaldada por la CPEUM. Y son ellos, los agentes del MPF quienes se convierten en el último filtro antes de poner a trabajar formalmente al sistema judicial. Luego tenemos a los jueces ahora de control y el del juicio ellos son los siguientes que aplicarán la Ley de acuerdo a su criterio,

⁸⁸ Montero Zendejas, Daniel Arturo. *Derecho penal y crimen organizado crisis de la seguridad*, México, Ed Porrúa, 2008, p, 47-50.

apegados a derecho, pero con sus convicciones, creencias y condicionamientos por delante.

No podemos asegurar como Aristóteles que “la Ley (justicia) es la razón sin apetitos”. Y es que el raciocinio siempre ha estado condicionado a quien lo lleva a cabo. Por enunciar algo podríamos ejemplificar con un caso por aborto (que, aunque en algunos lugares ya es legal en la República Mexicana, en otros aun es castigado penalmente): no va a dictar la misma sentencia un juez conservador con educación ortodoxamente católica, que uno más inclinado hacia el liberalismo sin atavismos que le condicionen moralmente.

El primero irremediabilmente se inclinará por las creencias y principios recibidos en su educación familiar y social, mientras que el segundo mostrará una mayor apertura a considerar lo que verdaderamente es lo mejor para la o los implicados. Ambos deberán apearse a derecho para argumentar sus decisiones. Sin embargo, el derecho en si es susceptible de interpretaciones, es lo que lo ha hecho evolucionar.

En estas tres formas de terminación de controversias podemos observar la existencia de criterios de oportunidad, si atendemos claro, a la esencia de, en qué consiste el criterio de oportunidad. Básicamente, en términos jurídicos, el criterio de oportunidad consiste en aplicar criterios, valga la redundancia, o apreciaciones por parte de la autoridad para no iniciar el tan tedioso y costoso proceso judicial. Lo anterior con la finalidad de llegar a una economía procesal con el tan deseado efecto de administrar justicia de manera pronta y expedita tal y como manda la Constitución

En lo que a la aplicación del citado criterio conlleva, tenemos que éste es una excepción al tradicional principio de legalidad. Lo cual, por supuesto no le resta legalidad en sí al criterio de oportunidad, dado que éste surge de la propia Constitución y se encuentra regulado por el CNPP como ya se expuso anteriormente. Diversos autores han analizado la contraposición del principio de oportunidad con el principio de legalidad, algunos de ellos incluso afirman que el último se encuentra en crisis dados los avances de la ciencia del derecho.

Al respecto mencionan que parte de la crisis generada por el principio de legalidad, se manifiesta con una “inflación legislativa”⁸⁹ de la que ya hemos dejado precedente al enunciar el congestionamiento del sistema penal. Al propiciar este principio que se investigaran todas las denuncias que llegaban al MPF. Y al ser cada vez más latente la exigencia de la sociedad al legislador y al político para que éstos actúen con severidad al imponer castigos a los delincuentes. Trayendo esto como consecuencia la ya conocida indiscriminación para iniciar procesos y generando la necesidad de la inclusión de los criterios de oportunidad. Éstos fungen más como paliativo de solución a la creciente demanda de pronta administración de justicia.

Primero, en la autodefensa no se aprecia un criterio de oportunidad perfecto, porque si bien, se evita el proceso judicial al “resolverse el conflicto sólo entre las partes (en el mejor de los casos, cuando la solución en sí misma no trae aparejado un conflicto más fuerte que el original), una de ellas no queda contenta, aunque en realidad incluso con el proceso judicial siempre uno de los intereses queda inconforme con respecto de la justicia proporcionada.

En fin, tenemos entonces que, en la forma de autodefensa o auto tutela, pudiera decirse que se da el criterio de oportunidad, sin embargo, éste está dado sólo por la parte más fuerte, por aquella que cuenta con los medios ya sea económicos o físicos para hacerse con la justicia a su favor, y que efectivamente de acuerdo a su propio, parcial y personal criterio decide como terminar el conflicto. El punto aquí, es que es una manera anticipada de terminar la controversia, sin incurrir en costos procesales tanto humanos como financieros para el Estado, y que a vista de quien se lo toma en sus manos, se da la justicia, aunque fuere de manera unilateral.

Con respecto a la autocomposición, tenemos que es una forma más “civilizada” para resolver controversias. Aquí operan por completo los criterios de oportunidad, aunque por definición jurídica no se llame así lo que sucede. Lo plausible en esta forma de terminar controversias, es que ambas partes logran

⁸⁹ Montiel, Juan Pablo *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, España, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2012, p. 42-46

ponerse de acuerdo para decidir la manera de dañar lo menos posible a ambos intereses. Ambos, aunque en diverso grado, se quedan con la sensación de haber recibido justicia y dan manifiesto de su grado de civilidad al permitir al otro que prevalezcan en cierta medida sus intereses en coexistencia con los propios. Sigue existiendo definitivamente economía procesal y justicia pronta para las partes.

La última y más compleja de las formas para resolver conflictos es la heterocomposición tal y como ya dejamos precedente. En esta “última trinchera” el Estado busca dar solución a las controversias surgidas entre los particulares o entre particulares y el Estado con la finalidad de garantizar la certeza jurídica de las personas, de preservar sus derechos humanos y de dar a cada quien lo suyo. El proceso judicial no se refiere solo al juicio oral, antes de llegar a esta instancia las partes involucradas tienen la opción de terminar el conflicto sin necesidad del juicio. Para ello contamos con figuras como la mediación en materia penal, existe incluso una Ley que busca facilitar e inducir estas resoluciones sin juicio⁹⁰.

Para ello, aunque es menos costoso, también hace falta que el Estado incurra en gastos. En el estado de Oaxaca por ejemplo, en el año 2015, emitir una sentencia de tipo penal le costó al estado cerca de 27 mil pesos⁹¹. Tomando en cuenta el número de nuevas investigaciones que se inician día a día resulta innecesario realizar la operación aritmética.

El precio es incosteable para un erario público cada vez más lacerado por los gastos desmesurados en los diversos rubros que maneja la burocracia mexicana. Esto sin considerar lo que implica mantener a un sentenciado. Estamos hablando del orden de 300 pesos diarios aproximadamente, siendo conservadores y austeros por los 365 días del año por cada año de sentencia. Tomando como base esa cifra, estamos hablando que un preso sentenciado por 5 años, le cuesta al Estado \$547,500.00. Lo anterior sólo por uno de cinco años, si lo proyectamos a aquellos

⁹⁰ *Ley nacional de mecanismos alternativos para la solución de controversias en materia penal*, Diario Oficial de la Federación, 29 de diciembre de 2014.

⁹¹ Morales Pacheco, Emilio, *Cuesta al Estado \$23 mil llegar a sentencia con Juicios orales en Oaxaca Sentencias suben 13%; resoluciones. 22%*, NVInoticias, México, 13 de noviembre 2016, disponible en: <http://www.nvinoticias.com/nota/39945/juicio-oral-encarece-justicia>

que son por 20 años o peor por cadena perpetua. Ya se desarrollará más adelante ese tema con sus debidas referencias oficiales.

Volviendo a nuestro apartado lo ideal es que se inicie la menor cantidad de juicios posibles, sin embargo, las leyes indican que toda conducta antijurídica debe ser investigada y llevada a proceso atendiendo al principio de oficiosidad. Aquí es dónde cobra bondad la facultad conferida al ministerio público. La atribución de utilizar criterios de oportunidad. El poder de decidir de acuerdo a su apreciación (siempre apegados a derecho y siguiendo lo establecido en las leyes pertinentes y en los propios lineamientos que para este efecto existen), sobre el destino de los probables responsables de delitos que se encuadren en los considerados aptos para ser beneficiados con la aplicación de este criterio.

El criterio de oportunidad se puede considerar como una forma auto compositiva, debido a que para que éste pueda ser aplicado, antes las partes deben estar de acuerdo, aunque aquí quien tiene el poder de decisión es la víctima quien debe quedar satisfecha en la reparación del daño causado por la norma infringida a su bien jurídico tutelado. Sin embargo, forma parte de la heterocomposición dado que en él interviene ya un elemento del Estado para su consecución, y es el mismo Estado quien le da validez en un momento dado para otorgarle el carácter de cosa juzgada a la controversia resuelta con esta herramienta judicial. Con el avance de la investigación se irá desvelando objetivamente si en realidad el criterio de oportunidad representa una bondad o un resquicio más para abrigar a la corrupción que impera en nuestro país. Por el momento analizaremos brevemente el fundamento legal que dio origen y sustento al citado criterio de oportunidad.

2.2 ¿Por qué surgen los criterios de oportunidad?

Retomando un extracto del razonamiento expuesto por los legisladores⁹² para sustentar la inclusión del criterio de oportunidad en nuestra Constitución.

“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 de persecución penal se ven precisados a perseguir, en virtud de una mal entendida inderogabilidad de la persecución penal, que provoca costos constantes de persecución en asuntos que no lo ameritan. En esa tesitura es que se considera necesario conferir al Ministerio Público la facultad para aplicar 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 retomar precisamente éste párrafo se debe a que en él se puede apreciar de fondo el motivo sustancial para la creación/inclusión de la legalidad de los criterios de oportunidad. Hemos enunciado ya, que en realidad en todo momento procesal se utilizan criterios a razón de quien tenga necesidad de hacerlo. Esto debido a que las leyes no pueden contemplar todos y cada uno de los supuestos de hecho de las conductas antijurídicas posibles para la misma tipificación de un delito y dejan la decisión abierta para el juzgador o quien tenga en sus manos el poder de decisión para dar paso a lo siguiente en una controversia de tipo penal específica.

Hemos entendido ya que la intención del legislador planteada en los motivos para la creación de los citados criterios, era la de evitar más procesos cuyo beneficio es ínfimo en comparación con el costo que genera. Analicemos entonces si los antecedentes legales son suficientes para decir que los criterios de oportunidad están completamente apegados al derecho en su sentido más estricto y si su creación va en el sentido en el que fue concebido de origen.

Desde la reforma constitucional, cuando se incluyeron los criterios de oportunidad atribuibles al Ministerio Público de la Federación, hubo opiniones divididas, como es natural, existen juristas que se pronuncian en favor de la facultad conferida al MPF y al mismo tiempo existen quienes opinan que es la puerta abierta para más corrupción y para vulnerar los principios de legalidad y oficiosidad. No

⁹² Incluido en el capítulo primero de la presente investigación.

están de acuerdo en la búsqueda de la llamada economía procesal porque a su parecer con esto no se proporciona justicia verdadera⁹³.

Se ha analizado ya en el primer capítulo, el contenido del artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales⁹⁴ y en él encontramos que es el agente del ministerio público en quien recae la responsabilidad de un primer juicio para saber si da apertura a proceso, desecha, archiva o aplica criterio de oportunidad. Tenemos que existe una sobre tipificación de los delitos considerados como graves, por lo tanto, no les sería aplicable el beneficio del criterio de oportunidad. Pero también deja la puerta abierta a interpretaciones ambiguas utilizables a discreción por quién lo interprete en su momento.

Entonces, analicemos brevemente ¿cómo surge el criterio de oportunidad? ¿Cuál es su finalidad primaria para lo que fue creado y cuál es su objetivo real? ¿Representa verdaderamente un beneficio para la sociedad y para el mismo sistema penal en cuanto a la búsqueda de una verdadera economía procesal? ¿Qué sentido tiene la creación de esta figura jurídica?

Como ya se ha dicho, con la reforma penal del año 2008 se vino a implementar un cambio de paradigmas tanto teóricos como prácticos en todo lo que al proceso penal respecta. La implementación de un nuevo sistema penal acusatorio y oral, y el surgimiento de figuras jurídicas procesales como lo es el criterio de oportunidad generaron incertidumbre en propios y extraños. Se ha dicho también que el principio de legalidad hace referencia al deber de persecución penal que tiene el ministerio público de la federación. Pues bien, la aplicación de un criterio de oportunidad es precisamente el uso del principio de oportunidad como esa

⁹³ Islas de González Mariscal, Olga. *Criterios de oportunidad*, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, Coordinadores. El código nacional de procedimientos penales. Estudios. México, UNAM, 2015. Libro electrónico disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4032-el-codigo-nacional-de-procedimientos-penales-estudios>

⁹⁴ Artículo que contempla las directrices a las que, de inicio se debe apegar el ministerio público cuando tenga la intención de aplicar un criterio de oportunidad.

excepción al principio de legalidad. ¿Qué queremos decir con esto? La investigadora Maydelí Gallardo Rosado⁹⁵ menciona que:

Estos supuestos concretos en los que cada legislación permite a su ministerio público o fiscal, dejar de llevar a cabo la persecución penal, según sus propias concepciones y/o valores, es lo que se conoce como *criterio* de oportunidad.

De ahí se entiende que el Ministerio Público pone en práctica el *principio de oportunidad* mediante la aplicación de un *criterio de oportunidad*. Este último es la forma en la que se hace tangible el principio de oportunidad en cada sistema jurídico o legislación.⁹⁶

La investigadora se refiere a las decisiones que debe tomar el agente del ministerio público de la federación como la acción de, la manifestación de lo contenido en el párrafo 7° del artículo 21 que hace referencia a los criterios de oportunidad de que puede disponer el ministerio público. Es decir, se refiere al principio de oportunidad como la acción de no ejercer la acción penal por el uso de supuestos concretos previstos en ley a los que llama criterios de oportunidad. Divide a la figura jurídica en sustancio y verbo, siendo el término de principio de oportunidad el sustantivo al ser el de lo que se trata y convirtiendo así al término criterio de oportunidad en el verbo. Esto es, como la acción que se debe realizar para darle vida al sustantivo. Hace alusión brevemente a las dos posibilidades de existencia de esta figura, la oportunidad pura⁹⁷ y la oportunidad reglada que es la aplicable en nuestro sistema penal mexicano.

Hace la observación de lo ya expuesto en el primer capítulo de este trabajo de investigación: ...” el término podrá, nos muestra que la decisión de aplicar un criterio de oportunidad, es una facultad que tiene el Ministerio Público más no una obligación”. Lo anterior contribuye a la resistencia al cambio presentada por los

⁹⁵ Miembro de la Dirección de Investigación del Instituto Nacional de Ciencias penales (INACIPE). HA impartido cátedra en la Universidad Iberoamericana y el INACIPE. Entre sus obras como autora se encuentran: El nuevo rostro de la justicia penal en México, Principio de oportunidad y requisitos de procedibilidad en referencia a la inconstitucionalidad de los delitos fiscales, coautora de fundamentos del derecho penal.

⁹⁶ Gallardo Rosado, Maydelí. *El principio de oportunidad en la reforma procesal penal*. México, UNAM, 2013, p. 11

⁹⁷ Que ya vimos se puede dar en el sistema estadounidense en donde los fiscales están en plena libertad de negociar con los presuntos responsables sobre su inocencia o culpabilidad a cambio de algún testimonio o algo legal que así convenga al Estado.

actores intervinientes en el sistema procesal penal mexicano. Al no representar una obligación, los agentes de Ministerio Público, siguen haciendo lo que sabían hacer: ejercer el principio de legalidad y abren investigaciones en la mayoría de los casos⁹⁸.

Tenemos entonces que el fin primario al crear el principio de oportunidad, y con la aplicación de los criterios de oportunidad es el de “*administrar los recursos disponibles de persecución y aplicarlos a los delitos que más ofenden y lesionan a los bienes jurídicos de superior entidad*”. Con esto indudablemente lo que se busca es optimizar los recursos existentes para proporcionar en la medida de lo posible el mayor número de soluciones a las controversias en materia penal.

Nótese soluciones y no resoluciones, porque para dar solución a un conflicto penal no es indispensable una sentencia, sino que basta con que la víctima se encuentre satisfecha en la reparación del daño y entonces no habría delito que investigar. La finalidad del principio de oportunidad es definitivamente la practicidad, pretendiendo que se utilice para evitar investigar los delitos de bagatela y así concentrar los recursos disponibles en aquellos que afecten verdaderamente al interés público.

En la exposición que hizo el magistrado Juan José Olvera López⁹⁹ sobre la alternatividad en el nuevo sistema de justicia penal, muestra gráficas¹⁰⁰ en donde se puede apreciar que la efectividad del sistema procesal en México en esa época dejaba mucho que desear, nos estamos refiriendo al año de 2008 que fue cuando se dio la reforma penal que da sustento constitucional a los criterios de oportunidad. Menciona una efectividad en cuanto a procesos iniciados del 21%, lo cual dista

⁹⁸ En capítulos posteriores se realizará un análisis en números de si efectivamente la aplicación de los criterios de oportunidad en la práctica, están haciendo la diferencia en algo, de la misma manera se cuantificará por qué conviene o no utilizarlos.

⁹⁹ Titular de la Unidad de Implementación de las Reformas Penal, de Juicio de Amparo y Derechos Humanos en el Poder Judicial de la Federación, nombrado en enero de 2015. Mayor información sobre el magistrado disponible en:

http://w3.cjf.gob.mx/sevie_page/Busquedas/Consultas/index_Ficha.asp?exp=14520&rutaFichas=FichasJueMag

¹⁰⁰ Presentación disponible en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosregulares/cb2013/SistJustPenalAcus/ALTERNATIVIDAD%20Magdo%20Olvera%20Lopez.pdf>

muchísimo de dejar satisfecho a alguien. Comenta que en México el 98.45% de los delitos quedan impunes. Que la probabilidad de que una persona que comete un delito sea puesta a disposición del juez es del 2.1% y que la probabilidad que esa misma persona que cometió un delito sea condenada por un juez es del 1.55%.

Tomando como antecedente estas cifras, es como le encontramos todo el sentido a la creación de la figura jurídica del criterio de oportunidad y es que no podemos esperar que, con ese porcentaje de efectividad en cuanto a administración de justicia, la población siguiera creyendo en las instituciones y leyes que para ese efecto existían. Por lo anterior el magistrado expone atinadamente que las soluciones posibles para esa crisis pueden ser:

- Eliminar delitos. Lo cual por supuesto no tendría eco en los legisladores porque la historia nos dice que su tendencia es la de tipificar a la menor provocación cualquier supuesto de hecho con tintes de conducta antijurídica.
- Incrementar los recursos del mismo sistema. En esta opción pudiera ser que de alguna forma milagrosa el inyectar recursos se viese reflejado en una mayor efectividad, sin embargo requeriría de implementar una nueva infraestructura tanto física como humana y honestamente si a la fecha no han sido capacitados todos los jueces en todas las nuevas formas de administrar justicia, o podemos esperar que con un poco de inyección de recursos el sistema cambie en sus raíces para esta en posibilidad de otorgar una verdadera procuración de justicia pronta y expedita.
- Alternatividad. Sin duda, la justicia alternativa¹⁰¹ es la siguiente fase en lo que a administración y procuración de justicia respecta. La justicia alternativa en materia penal busca resolver controversias de manera simple, rápida y apegada a derecho. Además de que es en general de esencia garantista, ya que busca proteger a toda costa los derechos humanos de la víctima, pero también del probable responsable.

¹⁰¹ Tal y como lo considera el investigador Julio Cabrera Diricio en su obra *Mediación penal y derechos humanos* óp. cit. *in totum*

Derivado de las últimas reformas en la materia podemos observar que los legisladores están ya apostando por este tipo de justicia al aceptar irremediablemente que las cifras son aplastantes en cuanto a la ineptitud del sistema con que se contaba antes de la citada reforma¹⁰². Dentro de la alternatividad el magistrado contempla la figura del criterio de oportunidad, por tratarse de una opción para terminar las controversias penales distinta al juicio formal. Porque si bien para aplicar un criterio de oportunidad, el encargado de autorizarlo debe elaborarse un juicio, éste dista mucho del proceso judicial, de un juicio oral con todo lo que ello conlleva.

El magistrado considera a la oportunidad junto con los acuerdos reparatorios (artículo 17, 4° párrafo), terminación anticipada (Artículo 20, A, VII) y la suspensión de proceso a prueba (artículo 20, C, VII).

El magistrado cita a Peter Lovenheim y transcribo textual “*el objetivo del juicio es la búsqueda de la verdad, pero la búsqueda de la verdad y la solución del problema no son la misma cosa; lo que las personas en conflicto buscan no es la verdad, sino la solución.*” Lo cito textualmente porque encuadra perfectamente con lo que se pretende explicar aquí: cuando existe una controversia del tipo que sea, lo que las partes buscan es resolverlo, aunque siempre buscando la solución a favor personal.

Sin embargo, con un juicio se busca proporcionar a las partes lo que de acuerdo a derecho corresponda, cosa que no siempre es precisamente lo justo. Cuando las partes recurren a la autoridad no es porque vayan buscando pena privativa de libertad para los probables responsables. Cuando acuden en busca de justicia, lo que pretenden es que se les repare el daño. De que le sirve al dueño de un automóvil desvalijado por ejemplo que el responsable vaya a prisión, no, lo que esta persona busca es que le sea restituido el bien jurídico que la norma infringida protegía.

¹⁰² En realidad, aún existen muchos casos abiertos que se siguen con el viejo sistema, pero todo gran cambio requiere de grandes esfuerzos y sólo es cuestión de tiempo para empezar a ver resultados positivos o negativos, eso sólo analizando las cifras de la nueva efectividad se podría concluir. En el transcurso de la investigación se realizará lo conducente para obtener y analizar a fondo dicha información.

En el ejemplo particular que menciono, el dueño del vehículo al recurrir a la autoridad es para poder recuperar el vehículo tal como estaba, porque en realidad, a él de qué le sirve saber al delincuente en prisión si su automóvil se encuentra dañado de todos modos. Entonces tenemos que, efectivamente para fines prácticos, no es el juicio la mejor opción para resolver controversias. A los involucrados no les interesa encontrar la verdad, simplemente porque ellos ya la saben, lo que buscan es una solución que permita resarcir el daño causado en la medida de lo posible y que al responsable no le resulte desproporcionada la reparación en cuanto a costes e implicaciones con relación al daño causado voluntaria o involuntariamente.

En perspectiva, la aplicación del criterio de oportunidad o del principio, a través de los criterios, nos permite obtener esa justicia alternativa, ese gana – gana que todos queremos. No es que sea precisamente una oportunidad hacia la corrupción, aunque en realidad si podría, lo importante de esto será analizar más adelante si el costo beneficio es rentable. Es importante recalcar que toda cosa nueva, llámese implementación, sustitución, adición o cualquier cosa que implique un cambio, traerá consigo efectos secundarios (algunos contemplados, otros previstos, pero no esperados realmente, y otros no deseados), efectos que, si bien a nadie le gustan, siempre estarán presentes. Ningún proceso nuevo es perfecto, todos son perfectibles.

Hasta este punto, lo que se puede inferir de acuerdo a lo expuesto, es que el criterio de oportunidad, si bien puede ser la puerta para facilitar una mayor corrupción y que sólo las personas poderosas accedan a la justicia, lo cierto es que también puede representar el inicio de una despresurización del sistema penal mexicano. Aun cuando su inclusión constitucional tiene ya a la fecha más de diez años, no debemos perder de vista que hace falta tiempo para reprogramar sistemas y en este caso, es también necesario reprogramar conductas. Se pueden obtener grandes beneficios como más adelante se analizará.

Por el momento podemos afirmar que efectivamente si puede traer consigo una opción real para una mejor resolución de controversias en materia penal. La

oportunidad como parte de la justicia alternativa es sin duda una gran posibilidad para aumentar porcentajes de efectividad, reducir estadísticas penitenciarias, aumentar porcentaje de “satisfacción” en las víctimas. Pero lo más rescatable es eso último, con la aplicación de criterios de oportunidad, se puede lograr una mejora en la percepción de la confianza que la población tiene para con la autoridad en esa materia. Y de este modo se protegen al mismo tiempo los derechos fundamentales, ahora derechos humanos, que se encuentran contenidos en nuestro máximo ordenamiento jurídico, la CPEUM; y los criterios de oportunidad no son la excepción, también tienen su origen en la Constitución mexicana.

2.3 Los fundamentos constitucionales del criterio de oportunidad.

Recapitulando, el motivo del surgimiento del criterio de oportunidad radica en dar legalidad a la posibilidad de que el ministerio público de la federación pueda optar por no ejercer la acción penal. Siempre que se trate de delitos de mínima trascendencia y que éstos cumplan con los requisitos para ello establecidos en el CNPP. Para que se pueda recurrir a la aplicación de un criterio de oportunidad, es indispensable por supuesto que la víctima esté de acuerdo y que exista en el imputado la disposición por reparar el daño de manera inmediata.

La reforma constitucional del 2008 se da en medio de una completa ineficiencia del sistema penal mexicano. Un sistema colapsado por la cantidad de asuntos pendientes que año con año se acumulaban en los juzgados. Con la plena intención de disminuir la carga procesal, los legisladores incluyen en el artículo 21 constitucional la figura jurídica del criterio de oportunidad *“El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”*. Figura que a pesar de que puede resultar en una opción viable en el intento por descongestionar el sistema penal, sólo es aplicable para ciertos delitos de importancia menor.

Agrupando los diferentes criterios en una ordenación cualitativa, el autor encuentra que son 9 los casos en que se aplican: a) Delitos bagatela o de culpabilidad mínima de autor; b) ciertos delitos de gravedad media; c) casos de “pena natural”; d) supuestos de colaboración con la justicia; e) casos de “exceso de pena”; f) afectación de la

seguridad del Estado; g) casos en que el daño ha sido reparado; h) supuestos de ponderación de intereses; e i) casos de “innecesaridad” de la aplicación de la pena¹⁰³.

Muchos son los delitos menores que anteriormente se enviaban a proceso sin valorar realmente si valía la pena absorber el costo procesal, todo por la necesidad de apegarse al principio de legalidad. Por ejemplo, miles de casos por narcotráfico se debían en realidad a proceso por posesiones mínimas¹⁰⁴, y sin embargo, los imputados fueron procesados por ese grave delito, cuando fácilmente pudieron haber salido libres con solo un apercibimiento.

En el proceso de reforma se dieron los siguientes razonamientos para justificar la inclusión del criterio de oportunidad:

El deber de racionalizar y de generar una política coherente de persecución penal es ya ineludible como directriz para la eficaz administración de recursos públicos, sortear los 5 problemas económicos y maximizar hasta el máximo los recursos disponibles y la consecución de los objetivos político-criminales deseados. 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 de persecución penal se ven precisados a perseguir, en virtud de una mal entendida inderogabilidad de la persecución penal, que provoca costos constantes de persecución en asuntos que no lo ameritan. En esa tesitura es que se considera necesario conferir al Ministerio Público la facultad para aplicar 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. Es claro que los criterios de oportunidad no serán aplicables cuando se trate de intereses públicos de capital importancia. Asimismo, se preserva la posibilidad de impugnación del no ejercicio de la acción penal ante las autoridades judiciales.¹⁰⁵

¹⁰³ Villareal Palos, Arturo, “El desarrollo de los criterios de oportunidad en la legislación penal mexicana y la necesidad de establecer directrices constitucionales”, *Congreso REDIPAL Virtual VI Red de Investigadores Parlamentarios en Línea Enero-agosto 2013, México*, REDIPAL, 2013, p. 2. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV-VI-03-13.pdf>

¹⁰⁴ Para este efecto, el 20 de agosto del año 2009 reforman la Ley General de Salud y permiten la posesión de cierta cantidad de enervantes para consumo personal. Información detallada en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5106093&fecha=20/08/2009

¹⁰⁵ Villareal Palos, Arturo, *El desarrollo de los criterios de oportunidad en la legislación penal mexicana y la necesidad de establecer directrices constitucionales*, Óp. Cit., p. 3-4.

Claramente se puede apreciar que la intención del legislador es la de despresurizar el sistema penal mexicano, buscar una optimización del uso de recursos y proveer a las víctimas de una opción más rápida de acceso a la justicia. “Es una garantía que permite hacer efectivos otros derechos que han sido vulnerados o que deben ser reconocidos a quienes acuden ante sistemas de justicia para solucionar sus conflictos jurídicos”¹⁰⁶.

El criterio de oportunidad surge como una excepción al principio de legalidad, buscando como ya se mencionó un aligeramiento en la carga procesal al pretender llevar a juicio sólo los casos más trascendentes (en materia de daño causado). En la Constitución de 1917, el ministerio público se encontraba imposibilitado para decidir si debía ejercer o no la acción penal¹⁰⁷. Como sea, en ese entonces ya existía la discrecionalidad y se aplicaba discriminadamente, siempre la impartición de justicia se verá ligada a fines políticos cuando de personas poderosas se trate. Esa era la realidad que se vivía en años pasados. La buena noticia es que con esta reforma constitucional existe la posibilidad de que efectivamente se facilite el acceso a la justicia a las víctimas de los delitos considerados susceptibles de ser beneficiados por un criterio de oportunidad.

La mala es que, igual que antaño se ejercía la discrecionalidad para el ejercicio de la acción penal, y considerando que el ministerio público sólo deberá informar de los motivos que lo llevaron a desistirse de ejercerla una vez que haya transcurrido el tiempo reglamentado necesario para la prescripción del delito¹⁰⁸,

¹⁰⁶ Castillo Juárez, Carlos Artemio, *Acceso efectivo a la justicia elementos y caracterización*, México, Porrúa, 2012, p. 23

¹⁰⁷ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿democracia o autoritarismo?*, 5ta. Edición, México, 2016, p. 38-39. “La Constitución de 1917 consagró el principio de legalidad en el ejercicio de la acción. Una vez reunidos los supuestos de consignación, que ciertamente no eran menores, el M.P. debía ejercitarla acción ante los tribunales, instando la sanción de hechos típicos realizados por una persona cuya probable responsabilidad se hallaba acreditada. No estaba en las manos del Ministerio Público abstenerse de promover el proceso, resolviendo por sí y ante sí sobre la conveniencia de hacerlo, aunque en ocasiones sucedió que el M.P. —e incluso autoridades de más alto rango— declararan que se abstenían de actuar en contra de determinadas personas o desistían de la acción planteada, por motivos sociales.

¹⁰⁸ “Para efectos de acceso a la información pública gubernamental, el Ministerio Público únicamente deberá proporcionar una versión pública de las determinaciones de no ejercicio de la acción penal, archivo temporal o de aplicación de un criterio de oportunidad, siempre que haya transcurrido un plazo igual al de prescripción de los delitos de que se trate, de conformidad con lo dispuesto en el Código Penal Federal o estatal correspondiente, sin que pueda ser menor de tres años, ni mayor de doce años, contado a partir de que dicha

ahora está facultado a nivel constitucional y procedimental para aplicar su “buen juicio” y decidir solicitar vinculación a proceso o no. No obstante, los criterios de oportunidad brindan una gran oportunidad de hacer las cosas diferentes en materia penal, pero igual que todos los dogmas en lo que a derecho se refiere, éstos se rigen, no solo por leyes o reglamentos, también por lineamientos que quien los aplica debe observar en todo momento. Analicemos brevemente de que van esos lineamientos y si se contraponen o no a la legalidad, constitucionalidad y funcionalidad de la figura jurídica en sí.

2.4 Lineamientos para la aplicación del criterio de oportunidad.

La facultad conferida al Ministerio Público de la Federación referente a la aplicación de criterios de oportunidad que le permitan abstenerse de ejercer la acción penal en cierto tipo de delitos, implica una discrecionalidad que pudiera prestarse a un sinnúmero de actos de corrupción. Sin embargo, también se ha dicho que esta discrecionalidad es una discrecionalidad reglada, es decir, que el ministerio público no puede aplicar irracionalmente los criterios de oportunidad, sino que debe observar en todo momento lo que para este efecto la ley dicta en la materia, así como también debe atender los acuerdos emitidos por la Fiscalía General de la República (Antes PGR). En el primer capítulo hemos analizado el contenido del artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales en donde se establece en que supuestos el ministerio público puede aplicar los citados criterios. Reflexionemos brevemente sobre el contenido de los lineamientos emitidos por la FGR:¹⁰⁹

ACUERDO POR EL QUE SE ESTABLECEN LOS CRITERIOS GENERALES PARA LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD.

ALBERTO ELÍAS BELTRÁN, Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales, en suplencia de la o el Titular de la Procuraduría General de la República, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 21 y 102, Apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1, 2, 3, 9, 15, 16 y 30 de la Ley Orgánica de

determinación haya quedado firme.” Gaceta parlamentaria, Año XIX, Número 4518-VI. Disponible en www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/content/download/.../q109-1.compressed.pdf

¹⁰⁹ Acuerdo A/099/17, Óp.cit.

la Procuraduría General de la República; 1, 5, 10, 11, fracciones VI y VII, y 137 de su Reglamento, y

CONSIDERANDO

Que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone en su artículo 21, párrafo séptimo, 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;

Que el artículo 131, fracción XIV, del Código Nacional de Procedimientos Penales señala como obligación del Ministerio Público el decidir la aplicación de criterios de oportunidad, lo cual deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad humana y reconociendo la titularidad de los derechos humanos de las personas involucradas en el procedimiento penal de que se trate;

Que en términos del artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el Ministerio Público podrá abstenerse de ejercer la acción penal con base en la aplicación de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido;

Que el Ministerio Público aplicará los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el Código Nacional de Procedimientos Penales, así como en los criterios generales que al efecto emita el Procurador General de la República;

Que, en virtud de lo anterior, el 21 de enero de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo A/003/16, por el que se establecen los criterios generales que deberán observar los agentes del Ministerio Público de la Federación, para la aplicación de los criterios de oportunidad, mismo que fue modificado mediante el diverso A/001/17, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2017;

Que los artículos 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y 11, fracción VII de su Reglamento facultan al titular de la Institución a emitir los acuerdos, circulares, instructivos, bases y demás normas administrativas necesarias para regir la actuación de las unidades administrativas y órganos técnicos y administrativos, centrales y desconcentrados de la Procuraduría, así como de los agentes del Ministerio Público de la Federación, agentes de la Policía Federal Ministerial, oficiales ministeriales, visitadores y peritos;

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para la mejor organización y funcionamiento de la Institución, el Procurador General de la República puede delegar facultades en los servidores públicos subalternos, siempre que no se trate de aquellas que por disposición expresa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y demás disposiciones aplicables deban de ser ejercidas por el propio Procurador;

Que el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece que el Procurador General de la República será suplido en su ausencia por los subprocuradores en los términos que disponga el Reglamento de la Ley;

Que el artículo 137 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece que durante las ausencias del Procurador General de la República el despacho y resolución de los asuntos estarán a cargo, en primera instancia, por el Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales, y

Que es necesario la emisión de un nuevo acuerdo en la materia, con el objeto de facilitar a los agentes del Ministerio Público de la Federación la aplicación de los criterios de oportunidad, por lo que he tenido a bien expedir el siguiente:

Estos primeros párrafos hacen referencia al fundamento legal para la existencia de los criterios de oportunidad, que como ya quedó sentado, éste existe en el párrafo 7° del artículo 21 de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Indica los supuestos en los cuáles aplica considerar el uso de criterios de oportunidad contenidos en el CNPP. También toca un punto importante y difícil de conseguir: “sobre la base de razones objetivas y sin discriminación”. ¿Cómo se logran las razones objetivas? Quién tiene la autoridad moral para decir qué es objetivo y que no. Se supone que para eso está el juez, un funcionario con una mayor preparación, con mayor experiencia.

Para que una controversia sea del conocimiento de un juez, hace falta que se inicie formalmente el juicio en contra del probable responsable y es precisamente eso lo que se busca evitar con la aplicación de los criterios de oportunidad. Si atendemos estrictamente a lo que el concepto de objetividad jurídica se refiere, el cual citamos a continuación: *Actitud crítica imparcial que se apoya en datos y situaciones reales, despojada de prejuicios y apartada de intereses, para concluir*

*sobre hechos o conductas.*¹¹⁰ Tenemos que en teoría todos los funcionarios activos son precisamente eso, agentes en cuyas manos se delega la impartición de justicia con la certeza de que dada su preparación y el puesto que ocupan, están plenamente capacitados para tal efecto. En teoría.

Cuando hacemos referencia a que algo es teórico, estamos aceptando o entendiendo de facto que hace falta probar la mencionada teoría. Por desgracia en nuestro México contemporáneo muchas cosas deberían ser, pero no son. Existe mucha teoría en todas las esferas legales. En este caso particular, por ejemplo, los encargados de decidir sobre una controversia lo deben hacer apegados a lo que el derecho dicta y sin atender a prejuicios y/o intereses personales.

Empero podemos apreciar que no es exactamente, así como funciona, en caso contrario la efectividad del sistema penal mexicano no hubiera estado en un vergonzoso 21% como se supra enuncio. La confianza que la población tiene en las figuras de autoridad no estaría liderada por la iglesia. Tema interesante sin duda, pero se desarrollará cuando se analice la naturaleza de la discrecionalidad conferida al Ministerio Público de la Federación en la aplicación del criterio de oportunidad en el capítulo cuarto de la presente investigación.

En lo que a respecta a que la aplicación de los criterios en mención debe ser autorizada por el Fiscal General o servidor público para ello facultado por éste. Es la primera limitante que le encontramos a esta figura jurídica, si la reforma dice claramente que la facultad de decidir o no, corresponde al Ministerio Público de la Federación en su carácter de ente perseguidor de los delitos, y si además debe observar en todo momento lo que dicta el artículo 256 del CNPP y los lineamientos emitidos por la SETEC¹¹¹ para aplicar los supuestos contenidos en dicho artículo, porque pedir autorización a un tercero. Los agentes del ministerio público, están capacitados para discernir conductas antijurídicas peligrosas que representan una amenaza de aquellas que sólo requieren una llamada de atención o una sanción

¹¹⁰ Enciclopedia Jurídica Online, Óp.cit.

¹¹¹ Proviene de los acuerdos publicados por la Procuraduría General de la República en el Diario oficial de la Federación. La última publicación al respecto se realizó el 4 de diciembre del 2017.

administrativa. Si lo que se busca con la aplicación de estos criterios es agilizar la resolución de controversias, para que complicitarla con una burocratización de ese tipo.

Sí, es muy posible que esta situación se preste a actos infinitos de corrupción, pero, de cualquier forma, las partes tienen la posibilidad de impugnar si no están de acuerdo en verse beneficiados por estos criterios. De hecho, antes de que el ministerio público decida que se puede aplicar un criterio de oportunidad, debe asegurarse que las partes están de acuerdo, que la parte ofendida ha aceptado lo que recibirá como compensación para resarcir el daño causado a su bien jurídico tutelado y que la parte responsable asumió su culpa y por tanto está dispuesto a cubrir la reparación del daño que sufrió el bien jurídico vulnerado con la inobservancia de la norma.

De hecho, aun en el caso de que una de las partes no contara con defensor particular, el de oficio tiene la obligación de asesorarlo en ese sentido. A lo que voy con esto es que, si acaso el ministerio público tomara la decisión de que el caso se puede resolver mediante un criterio de oportunidad, y alguna de las partes no está de acuerdo, simplemente éste no procede (en teoría, atendiendo a lo que la Ley dice) o si no resuelve tomando en cuenta los lineamientos emitidos por la SETEC, igual el asunto no podría trascender, existe la posibilidad de impugnar.

En resumen, para que incluir a un tercero, si el fiscal o a quien él designe, deberá observar exactamente lo mismo que el ministerio público en cuanto a legislación sobre criterios de oportunidad se refiere y sólo implica más tiempo de espera para que las partes obtengan una resolución a su conflicto y ésta situación es más factible a prestarse a tráfico de influencias y abuso de poder. Lo anterior porque al encontrarse en un puesto que se designa y no se concursa, siempre estarán con un cierto tipo de subordinación comprometida, diferente a la del ministerio público, quien concursa para obtener el puesto.

Pone en perspectiva el hecho de que, a mayor poder conferido en el puesto, mayor compromiso por parte del funcionario hacia quien le colocó ahí, y es más factible, por lo tanto, que al tener que ser autorizado por la fiscalía, la situación se

pueda prestar a un mal manejo. El ministerio público tiene la capacidad suficiente para tomar ese tipo de decisiones siempre que atienda lo legalmente permitido para la aplicación de estos criterios. A continuación, se realiza una breve reflexión sobre el contenido del acuerdo A/099/17 emitido por la Procuraduría General de la República, ahora Fiscalía General de la República para la aplicación de los criterios de oportunidad.

ACUERDO

PRIMERO. El presente Acuerdo tiene como objeto establecer los criterios generales que deberán observar los agentes del Ministerio Público de la Federación para la aplicación de los criterios de oportunidad de conformidad con lo dispuesto en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

SEGUNDO. Para la aplicación de los criterios de oportunidad, el Ministerio Público de la Federación deberá constatar que se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido.

Esto mediante la declaración expresa de la víctima, ofendido o, en su caso, de su representante legal de que le fueron reparados o garantizados en su totalidad los daños, acompañada de los comprobantes de pagos, depósitos, entrega material de bienes o con cualquier otro elemento que la pueda acreditar.

No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar, ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público.

Con respecto a éste último párrafo, es necesario acotar sobre qué quiso decir el legislador con respecto a delitos contra el libre desarrollo de la personalidad. Para ello tenemos que determinar en qué consiste el libre desarrollo de la personalidad. Al respecto, La suprema Corte de Justicia de la Nación:

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE.

De la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que

una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente.¹¹²

En estos renglones: *delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar, ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público*. Se encuentran inmersos un sinnúmero de posibles conductas antijurídicas. Con la tesis de la Suprema Corte nos queda claro a que se refiere el libre desarrollo de la personalidad. Aunque en ese aspecto por ejemplo se me ocurre un caso por discriminación, en realidad atendiendo en estricto sentido a lo contenido en el Código Penal Federal sobre discriminación¹¹³ todos los establecimientos que incluyan en su frente la leyenda “nos reservamos el derecho de admisión” están incurriendo en el delito de discriminación. Porque todos tenemos derecho a ser tratados como iguales sin importar raza, sexo, condición social o preferencias sexuales atendiendo al derecho de libre desarrollo de la personalidad.

Sigamos con el ejemplo. Llegan unos padres de familia a un colegio particular y tratan de inscribir a su hijo, éste reúne todos los requisitos académicos, sus padres cubren sin problema los costos que solicita la institución educativa. Pero, hay un inconveniente, el domicilio de la familia se encuentra en un lugar popular de la ciudad en donde las familias que ahí habitan viven de forma muy modesta, sin nada que ver con los lugares en los que viven el resto de los alumnos. La institución les niega el servicio por ese simple hecho. Los padres demandan a la escuela por discriminación llegan ante el ministerio público y la institución solicita

¹¹² Tesis: P. LXVI/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo XXX, diciembre de 2009, P.7

¹¹³ *Código Penal Federal*, Artículo 149 Ter., México, Diario Oficial de la Federación, última reforma 12 de abril 2019. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_120419.pdf

“Se aplicará sanción de uno a tres años de prisión o de ciento cincuenta a trescientos días de trabajo a favor de la comunidad y hasta doscientos días multa al que por razones de origen o pertenencia étnica o nacional, raza, color de piel, lengua, género, sexo, preferencia sexual, edad, estado civil, origen nacional o social, condición social o económica, condición de salud, embarazo, opiniones políticas o de cualquier otra índole atente contra la dignidad humana o anule o menoscabe los derechos y libertades de las personas mediante la realización de cualquiera de las siguientes conductas: I. Niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho; II. Niegue o restrinja derechos laborales, principalmente por razón de género o embarazo; o límite un servicio de salud, principalmente a la mujer en relación con el embarazo; o III. Niegue o restrinja derechos educativos.

le sea aplicado un criterio de oportunidad ya que están dispuestos a asumir su responsabilidad y a reparar el daño aceptando al menor en sus instalaciones

Entonces el ministerio público les informa que no les es aplicable el beneficio del criterio de oportunidad porque sus actos atentaron contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En este caso ficticio se puede analizar lo absurdo que resulta el hecho de que algo tan simple que se pudiera resolver y otorgarse a ambos lo que les es conveniente. Es decir, en los supuestos de violaciones al libre desarrollo de la personalidad, la mayoría se pudieran resolver con la aplicación de estos criterios, sólo haría falta la ponderación del ministerio público y que invocara el otro supuesto en donde se dice que si el daño no fue significativo o que la investigación de la controversia le resultaría al Estado más costoso de lo que pudiera costar si solo se repara el daño. Y con esto se extinguiría la acción penal sin necesidad de congestionar más la vía procesal penal.

Busquemos ese gana – gana que parece tan cerca pero tan lejano a la vez. Resulta absurdo el intento por abrir las posibilidades y al mismo tiempo coartarlas por completo en el mismo contenido de la propia ley, es como un si lo incluyo, pero no te permito; si puedes hacerlo, pero me dices antes para ver si lo autorizo, completamente absurdo. Para el caso de los delitos fiscales es la misma situación. No existe un monto mínimo contemplado en el Código fiscal de la Federación para considerar una defraudación fiscal como tal¹¹⁴.

Entonces cualquiera puede ser tratado como defraudador incluso por un monto irrisorio de quinientos pesos por decir una cifra, y en el momento de estar

¹¹⁴*Código Fiscal de la Federación*, Artículo 108, México, Diario Oficial de la Federación, última reforma, 16 de mayo 2019, Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/8_160519.pdf

“...El delito de defraudación fiscal se sancionará con las penas siguientes: I. Con prisión de tres meses a dos años, cuando el monto de lo defraudado no exceda de \$1,221,950.00. II. Con prisión de dos años a cinco años cuando el monto de lo defraudado exceda de \$1,221,950.00 pero no de \$1,832,920.00. III. Con prisión de tres años a nueve años cuando el monto de lo defraudado fuere mayor de \$1,832,920.00. Cuando no se pueda determinar la cuantía de lo que se defraudó, la pena será de tres meses a seis años de prisión. Si el monto de lo defraudado es restituido de manera inmediata en una sola exhibición, la pena aplicable podrá atenuarse hasta en un cincuenta por ciento

ante el ministerio público no se podrá aplicar un criterio de oportunidad sólo por tratarse de delito fiscal.

Resulta más costoso al Estado encarcelar a alguien por dos años¹¹⁵ que aceptar que ésta lleve a cabo la reparación del daño causado por la vulneración de la norma. Si encarcela al responsable, el costo por tenerlo dos años en prisión asciende a \$219,000.00 sólo de la prisión, sin contar los gastos del juicio como tal mientras que el costo por aplicarle un criterio de oportunidad sería sólo el de la reparación del daño que por supuesto corre a coste del contribuyente defraudador, entonces, salvo un análisis posterior más profundo, por el momento podemos afirmar que un delito de naturaleza fiscal puede resolverse mediante criterios de oportunidad sin causar una afectación extra a la víctima (el Estado).

Aquellos que afecten gravemente el interés público, a qué se refiere con gravedad. Realmente este tipo de situaciones a observar por los funcionarios públicos, caen en la subjetividad, pierden de vista la esencia del derecho penal, se fueron tipificando sólo con la naif idea de que si tipificaban y les asignaban toda la gravedad que la ley permite, el delito se vería disminuido. La solución nunca ha estado en el incremento de las penas, al contrario, se vuelven delitos más cotizados, es decir, que el “mercado laboral” donde se desenvuelven, les pagan más por llevar a cabo este tipo de situaciones dado que si los captan, la pena sería mayor, entonces irónicamente, al imponer penas más altas le están dando un realce al delito en sí mismo dentro de las esferas delictivas. Porque repito, al hacerse un delito más punible, los delincuentes lo ven más peligroso, por ende, sus servicios se vuelven más costosos y entre ellos lo peligroso es popular, así que, no hace falta explicar el círculo vicioso.

Volviendo al tema, el interés público lo definen como: *El conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del*

¹¹⁵ Si seguimos considerando un costo de \$300.00 pesos por día ya en establecimiento penitenciario, una pena en prisión por dos años nos arrojaría un gasto de \$219,000.00

*Estado*¹¹⁶. Dada la naturaleza del concepto, nos encontramos frente a un concepto jurídico indeterminado, mismo que analizaremos adecuadamente en un apartado posterior. Lo que podemos enfatizar aquí, es el hecho de que una vez más, el contenido de los lineamientos que debe seguir el ministerio público a la hora de decidir si aplica un criterio de oportunidad o no, se vuelven ambiguos e inexactos.

TERCERO. Se podrá aplicar un criterio de oportunidad, cuando se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, que tenga pena alternativa o pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia. Para ello se observará lo siguiente:

- I. Que la pena máxima de cinco años de prisión incluye atenuantes o, en su caso, excluye agravantes, y
- II. Que el delito no se haya cometido con violencia, hecho que deberá constar en la carpeta de investigación.

Cómo determinar que no se haya cometido con violencia, por ejemplo digamos en un asalto: el presunto responsable despoja a un transeúnte de sus pertenencias y en el forcejeo lo tira al suelo, la víctima se golpea con la banqueta en las costillas y se amorata. Pasan unas semanas y un día la víctima descubre que su asaltante está en los separos por otro robo, decide ir a denunciar el robo de que fue objeto y declara que fue con violencia. Cómo probará que existió la violencia durante el robo si en su momento no acudió a denunciar y mucho menos al médico legista. En este tipo de situaciones ¿basta con el decir de la víctima?, porque es muy improbable que el presunto responsable asuma por sí el hecho de que el ilícito fue violento.

CUARTO. Para la aplicación de un criterio de oportunidad, cuando se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares, se observará lo siguiente:

- I. Para el caso de los delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas físicas o morales, deben obrar en la carpeta de investigación los medios

¹¹⁶ Enciclopedia Jurídica Online, Óp. Cit.

de convicción que permitan establecer que el hecho delictivo no se cometió con violencia, o

II. Para acreditar la inexistencia del estado de ebriedad, el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares, deberá obrar en la carpeta de investigación el examen o dictamen respectivo.

En este apartado, y sin afán de demeritar a nadie, es difícil construir buenos casos cuando las primeras indagaciones generalmente las realizan los policías, ellos no son peritos, existe personal especializado para cada momento del proceso, sin embargo, ahora el ministerio público puede indicar a los cuerpos policiacos que hacer cuando llegan al lugar de los hechos¹¹⁷. Situación que se antoja dudosa, dado que insisto, los policías no son investigadores ni peritos en nada.

Pero incluso en el CNPP en su artículo 131, fracción VIII. Señala como obligaciones del ministerio público: *Instruir a las Policías sobre la legalidad, pertinencia, suficiencia y contundencia de los indicios recolectados o por recolectar, así como las demás actividades y diligencias que deben ser llevadas a cabo dentro de la investigación.* Y en el mismo CNPP en el artículo 132 se le atribuye al policía: *El Policía actuará bajo la conducción y mando del Ministerio Público en la investigación de los delitos en estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución.* Tenemos policías “investigadores”.

¹¹⁷ La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó que la investigación de delitos es una actividad que pueden desarrollar tanto los ministerios públicos como los cuerpos policiacos, sin embargo, estos últimos deberán actuar en todo momento bajo la conducción y mando del Ministerio Público.

De esta forma el pleno del máximo tribunal del país resolvió una impugnación impulsada por la Procuraduría General de la República (PGR) en contra de diversos artículos de la Constitución de Jalisco y de la Ley Orgánica de la Fiscalía del Estado relacionados con la participación de las policías en las labores de investigación.

“El ministerio público le puede pedir a cualquier policía auxilio en el desarrollo de la investigación. En un típico asunto del orden en común, pues el lugar de los hechos –típicamente– es preservado inicialmente por la policía o de tránsito o preventiva, porque es la primera que llega, y el ministerio público le puede pedir a estas policías efectuar diligencias, inspección ocular, rendir partes, no la hace la policía de investigación”, expuso el ministro Eduardo Medina Mora. Nota completa disponible en: <http://tiempodigital.mx/2017/02/20/policias-si-pueden-investigar-delitos-scnj/>

En resumen, en estos dos supuestos tanto lo del ilícito sin violencia y no estado de ebriedad, a menos que sorprendan in-fraganti al responsable, son situaciones difíciles de probar en una investigación. En el caso de la violencia por ejemplo a menos que se trate de algo muy grave que deje secuelas a largo plazo, no será posible probarlo una vez transcurrido cierto tiempo, y el estado de ebriedad desaparece del sistema biológico humano en unas horas.

Ambas situaciones denotan una falta de control por parte del presunto responsable. La violencia se puede manejar como un trastorno de personalidad, un sociópata tal vez. Y el hecho de cometer ilícitos en estado de ebriedad refleja una completa ausencia de control sobre sus actos y hasta una dependencia a esa sustancia nociva. En este apartado no parecen estar de sobra las cuestiones que debe descartar el ministerio público antes de dejar libre a un sociópata o un alcohólico que no controle sus acciones. Ambos pueden volver a delinquir fácilmente.

QUINTO. Para la aplicación de un criterio de oportunidad, cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena, se observará lo siguiente:

I. Que, de los dictámenes periciales correspondientes, se acredite que el daño físico o psicoemocional del imputado es grave, para lo cual se deberá considerar el grado de afectación y su duración en el tiempo, o bien que se acredite que el imputado contrajo una enfermedad terminal de conformidad con lo dispuesto en la Ley General de Salud.

II. Que del análisis de la carpeta de investigación se establezca que el imputado no implica un riesgo para la seguridad de la víctima u ofendido o de la sociedad.

III. Que el tiempo de sanación del daño físico o psicoemocional sea mayor que la pena prevista para el delito o delitos imputados conforme al dictamen correspondiente, o en su caso, que el tiempo de vida restante del imputado estimado por el profesional habilitado para determinarlo, sea menor que la pena prevista para el delito o delitos imputados.

En este apartado lo que debe observar el ministerio público si tiene sentido, porque los costes de tener en prisión a alguien son muy onerosos al tratarse de un sujeto que, dada su condición física, difícilmente volverá a delinquir. Aunque se debe tener especial cuidado con las personas con posibilidad de comprar un certificado médico, desafortunadamente la corrupción está en todos lados. Economía procesal, no olvidemos que es lo que se busca de inicio con la aplicación de estos principios de oportunidad.

SIXTO. Para la aplicación de un criterio de oportunidad, cuando la pena o medida de seguridad que pudiera imponerse al imputado por el hecho delictivo que carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o, a la que podría imponerse por otro delito por el que esté siendo procesado, con independencia del fuero, el Ministerio Público de la Federación deberá tomar en consideración lo siguiente:

- I. Que el delito al que se aplique el criterio de oportunidad no sea de los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa o justificada;
- II. Que se acredite que el imputado haya sido sentenciado por otro delito y deba cumplir una pena de prisión, o
- III. Que esté siendo procesado por la comisión de otro delito. Este último caso será procedente cuando sea necesario el adecuado desarrollo del procedimiento penal diverso y cuando existan datos de prueba que objetiva y razonablemente determinen la posibilidad de obtener en su contra una sentencia condenatoria.

Si hay varios delitos, sólo se aplica el criterio de oportunidad a aquel cuya pena sea menor a la media aritmética de los delitos por los que esté siendo procesado.

En este caso, se hace latente también el hecho de que, no es necesario invertir en un proceso para un probable responsable, si la pena que recibiría por éste, es ínfima o para nada significativa pues, en comparación con la que pudiere recibir por el proceso de un delito mayor. Y no buscando que el responsable se vaya a prisión el mayor tiempo posible, sino, porque al tratarse de delitos más graves, puede ser que alguno de ellos convierta al sujeto en una persona peligrosa para la sociedad en caso de permanecer libre.

SÉPTIMO. Para la aplicación de un criterio de oportunidad, cuando el imputado aporte información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, y se comprometa de forma expresa y en presencia de su defensor a comparecer en juicio respecto de la información proporcionada, el Ministerio Público de la Federación deberá tomar en consideración que la información aportada cumpla con lo siguiente, según corresponda:

- I. Coadyuve en la investigación y persecución de otro hecho que la ley señale como delito cuya pena sea superior a la media aritmética del delito que se le imputa.
- II. Coadyuve en la investigación y persecución del mismo hecho que se le imputa respecto de otros imputados, en lo cual se tomará en cuenta que:
 - a) El imputado haya generado una menor afectación al bien jurídico tutelado;
 - b) El imputado haya tenido un grado de participación menor que otros imputados;
 - c) La punibilidad que merezca la conducta del imputado se encuentre atenuada respecto de la pena aplicable a la conducta de los otros imputados, o
 - d) La pena que corresponda a la conducta de los otros imputados se encuentre agravada respecto de la pena que merezca la conducta de quien aporta la información.

En todos los casos, se suspenderá el ejercicio de la acción penal, así como el plazo de la prescripción de la acción penal hasta en tanto el imputado comparezca en audiencia ante Juez a rendir su testimonio en el procedimiento respecto del que aportó información, momento a partir del cual, el agente del Ministerio Público de la Federación contará con quince días para resolver definitivamente sobre la procedencia de la extinción de la acción penal.

En este apartado podemos notar el mismo patrón, se busca a toda costa evitar el mayor número de juicios posibles en afán de conseguir la economía procesal y no saturar el sistema penal. No obstante, las buenas intenciones, también se aprecia lo ya dicho, unos apartados lo permiten, pero en otros los limita. En la primera fracción dicta que si contribuye a esclarecer un hecho cuya pena es mayor a la media aritmética de la pena que se le impondría a él, podría ser beneficiado con un criterio de oportunidad. Empero, en el primer párrafo del apartado tercero del acuerdo en análisis, manifiesta que no podrá aplicarse un criterio de oportunidad a un responsable cuya pena correspondiente exceda la media aritmética de los cinco años.

Cuando un delincuente está en posibilidad de denunciar o contribuir a la investigación para llevar a juicio a un delincuente de mayor rango, regularmente es porque está inmiscuido activamente, situación que le permite conocer de detalles que facilitarían la imputación de delitos a otros delincuentes de mayor punibilidad. Entonces, basados en ese supuesto, como le sería aplicado el criterio de oportunidad si seguramente la pena que le corresponde excede esos cinco años marcados como límite. No sólo no se obtendría al macro criminal, sino que habría que llevar a juicio y muy probablemente a prisión preventiva con los ya sabidos costes implicados al potencial beneficiario del criterio de oportunidad. Es incongruente.

OCTAVO. Para la aplicación de un criterio de oportunidad, cuando a razón de las causas o circunstancias que rodean la comisión de la conducta punible resulte desproporcionada o irrazonable la persecución penal, se observará lo siguiente:

- I. Que el continuar con la investigación del delito representaría un costo de recursos humanos, materiales y financieros superior al valor que se haya estimado en la reparación del daño, según así lo determinen los peritajes respectivos;
- II. Que el delito no amerite prisión preventiva oficiosa o justificada;
- III. Que del análisis de la carpeta de la investigación se establezca que el imputado no implica un riesgo en la seguridad de la víctima u ofendido o de la sociedad, o
- IV. Que, derivado de la comisión del delito, el imputado haya perdido más de la mitad de su patrimonio.

El primer párrafo y la primera fracción bien, si el daño causado es insignificante y continuar al juicio no acarrearía más que gastos al Estado, lo óptimo es dejar libre al delincuente. En la segunda fracción volvemos a lo mismo. En general, el sistema penal ha abusado de la prisión preventiva. La Constitución en el segundo párrafo de su artículo 19¹¹⁸ señala que sólo ciertos delitos merecen prisión preventiva, aunque también toca el tema de la oficiosidad, esto último es lo que de entrada ha saturado el sistema penal mexicano.

¹¹⁸ Artículo 19, Segundo párrafo, Óp. Cit.

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

NOVENO. La autorización para la aplicación de un criterio de oportunidad se delega a todos los titulares de las unidades administrativas y órganos desconcentrados de la Institución que tengan facultades de investigación y persecución de delitos.

Se ordena la inclusión de un tercero, ya se ha analizado brevemente en páginas anteriores por qué pudiera estar de más el tener que buscar la autorización de un tercero no involucrado en el caso. Mientras más actores se vean envueltos en una investigación, es más complejo llegar a una simple resolución, más difícil de potencializar el uso de los criterios de oportunidad.

(Vigente a partir del 4 de diciembre 2017) DÉCIMO. La solicitud de autorización para la aplicación de un criterio de oportunidad, deberá presentarla el agente del Ministerio Público de la Federación que tenga a su cargo el asunto, realizarse por escrito y remitirse a través de cualquier medio que garantice su autenticidad al titular de la unidad administrativa a la que se encuentre adscrito. Dicha solicitud deberá contener un informe ejecutivo debidamente fundado y motivado, en el que se indique que se encuentran satisfechos los requisitos establecidos en el Código Nacional de Procedimientos Penales, así como los del presente Acuerdo.

Este artículo en el acuerdo emitido el 21 de enero del 2016 se contenía en el décimo primero, incluso en la modificación que sufrieron los criterios el 27 de enero del 2017 no sufrió cambios, pero podemos observar que en esta nueva emisión fue eliminado el plazo con que contaba la unidad administrativa para autorizar o negar la petición hecha por el ministerio público para la aplicación de un criterio de oportunidad. La deja abierta no da un plazo máximo para responder. Entonces qué podemos esperar si el tercero implicado no tiene un plazo forzoso marcado como

tal en el único instrumento que sirve de guía para la correcta aplicación de los criterios de oportunidad

(Vigente hasta el 3 de diciembre del 2017) DÉCIMO PRIMERO. La solicitud de autorización para la aplicación de un criterio de oportunidad, deberá realizarse por escrito y remitirse a través de cualquier medio que garantice su autenticidad al servidor público facultado para su autorización. Dicha solicitud deberá contener un informe ejecutivo debidamente fundado y motivado, de los requisitos que sustentan la solicitud. La solicitud deberá ser resuelta y remitida al Ministerio Público solicitante, por escrito o a través de cualquier medio que garantice su autenticidad en un plazo no mayor a 72 horas a que fue recibida por el servidor público facultado para su autorización.¹¹⁹

2.5 Conceptos jurídicos indeterminados en el criterio de oportunidad.

El concepto indeterminado es aquel en que la Ley pretende involucrar alguna situación o situaciones, pero sin delimitar exactamente a qué se refiere, sino, sólo contextualiza de acuerdo al tema de que se trate. Dejando con ello la puerta abierta a las interpretaciones, necesarias éstas para resolver todo tipo de controversias, no sólo en materia penal. La Suprema Corte de Justicia de la Nación¹²⁰ se refiere a esta contextualización de la siguiente manera:

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

LA FORMA DE ACTUALIZARLOS AL CASO CONCRETO EXIGE UN PROCESO ARGUMENTATIVO QUE DEBE REDUCIR LA DISCRECIONALIDAD Y LAS APRECIACIONES SUBJETIVAS, ELIMINANDO LA ARBITRARIEDAD.

Definir un concepto jurídico indeterminado puede ser complejo y requerir de una especial valoración, sobre todo cuando el lenguaje empleado en su redacción implique conceptos científicos, tecnológicos, axiológicos, económicos, políticos, sociológicos o de otras disciplinas, pues de suyo requiere acudir a ellas. Frente a tal caso es menester acudir a valores, principios e intereses que resulten compatibles con el fin de los actos administrativos para esclarecer el contenido y alcance de dichos conceptos. Por tanto, la subsunción puede ser discutible y opinable e implica estar en zonas de incertidumbre decisoria o probabilidad que necesariamente

¹¹⁹ Acuerdo A/003/16, Óp. Cit.

¹²⁰ Tesis: I.4o.A.59 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo XXII, septiembre de 2005, p. 1431

conducen a una discrecionalidad cognitiva o de juicio. Sin embargo, tener que sortear tales imprecisiones y vaguedad en la apreciación intelectual y cognoscitiva no es en realidad un caso de discrecionalidad ni de apreciaciones subjetivas. Efectivamente, al tenor de la intelección de los fines de la norma, aunado a la estimación de valores, políticas, principios e intereses en conflicto, todo ello situado en su contexto e interactuando, se obtiene que la autoridad debe encontrar una solución o respuesta en el caso concreto. Para completar la idea conviene distinguir que los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser: a) Conceptos de experiencia que consisten en apreciar hechos; la competencia del Juez es ilimitada y b) Conceptos de valor donde además de apreciar los hechos, se implican juicios de valor que pueden ser técnicos, por ejemplo, impacto ambiental, interés público, utilidad pública. Ello exige un proceso argumentativo en el que entran en juego valoraciones político-morales vigentes en el medio social pues sólo así es posible adscribir un significado a los conceptos indeterminados frente a la situación prevaleciente, de suerte que la autoridad debe motivar cómo es que valoró y connotó, hecho y derecho, ya que a pesar de las apariencias se trata de un esquema condicional en el que se debe aplicar la regla a través de la subsunción y asignación de las consecuencias que el fin de la norma exige atender -intención y propósito del sistema normativo-. Así pues, **la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados reduce la discrecionalidad administrativa, eliminando la arbitrariedad de todo aquello que deba ser juzgado en términos de legalidad o justicia, pues la interpretación del concepto no necesariamente deriva del texto de la disposición que lo establece, sino del sentido contextual del ordenamiento.**¹²¹

Atendiendo a lo dicho por la SCJN, los conceptos jurídicos indeterminados existen con la intención de ayudar en la resolución de controversias, tienen la finalidad de no cerrar o encuadrar de manera estricta un supuesto de hecho o una conducta antijurídica, en palabras de los magistrados de la Corte, reduce la discrecionalidad administrativa, aunque a mí me da la impresión de que en realidad la incrementa. En lo que a los criterios de oportunidad respecta, tenemos varios conceptos jurídicos indeterminados, enunciaremos brevemente algunos de ellos.

- *Interés público. No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar, ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés*

¹²¹ Énfasis añadido por considerarse importante para el tema.

público. Retomemos el concepto de interés público supra citado: el interés público lo definen como, *El conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado*. De acuerdo al concepto anterior, debemos entender que, al referirse a un interés público en este párrafo, se refiere a todos los actos que se realicen en detrimento del patrimonio físico, financiero, intelectual o cual fuere la naturaleza de la esfera afectada por la comisión de cierta conducta antijurídica en particular.

Lo que choca un poco es la palabra gravemente, cómo medir la gravedad de un asunto, queda pues a apreciación de la persona que le toque saber del caso. Que en este tipo de situaciones será a un agente del ministerio público de la federación. Se resume entonces en que no se podrá aplicar un criterio de oportunidad a aquellos delitos cuyo daño recaiga sobre un bien jurídico perteneciente al Estado y que además éste daño sea considerable, de gravedad. ¿Cuál conducta aplica para este supuesto? Cualquiera que pueda argumentarse como que causó un daño grave a los bienes jurídicos del Estado.

- *La reparación del daño*. Este concepto en realidad no es tan ambiguo en su redacción en la ley como veremos a continuación:¹²²

Artículo 30. La reparación del daño debe ser integral, adecuada, eficaz, efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación sufrida, comprenderá cuando menos:

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, a su valor actualizado;

II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo la atención médica y psicológica, de los servicios sociales y de rehabilitación o tratamientos curativos necesarios para la recuperación de la salud, que hubiere requerido o requiera la víctima, como consecuencia del delito. En los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y el normal desarrollo psicosexual y en su salud mental, así como de violencia familiar, además

¹²² Código penal Federal, Artículo 30, Óp. Cit.

comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima;

III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados;

IV. El pago de la pérdida de ingreso económico y lucro cesante, para ello se tomará como base el salario que en el momento de sufrir el delito tenía la víctima y en caso de no contar con esa información, será conforme al salario mínimo vigente en el lugar en que ocurra el hecho;

V. El costo de la pérdida de oportunidades, en particular el empleo, educación y prestaciones sociales, acorde a sus circunstancias;

VI. La declaración que restablezca la dignidad y reputación de la víctima, a través de medios electrónicos o escritos;

VII. La disculpa pública, la aceptación de responsabilidad, así como la garantía de no repetición, cuando el delito se cometa por servidores públicos. Los medios para la rehabilitación deben ser lo más completos posible, y deberán permitir a la víctima participar de forma plena en la vida pública, privada y social.

Atendiendo a lo que la definición de concepto jurídico indeterminado abarca, La reparación del daño bien puede catalogarse como tal. En la fracción I, si se puede identificar exactamente el valor de la cosa, no habrá ningún problema con la reparación. El dilema estaría si no se tiene exactamente identificado el daño que sufrió el bien jurídico. Otro problema se desprende de la fracción II, ¿Cómo calcular el daño moral causado para poder repararlo? El daño moral no se puede cuantificar solo es cualitativo. He aquí el motivo por el que podemos considerar el concepto de reparación del daño con un concepto jurídico indeterminado.

- *Libre desarrollo de la personalidad*, ha sido analizado en páginas anteriores. Está lleno de ambigüedades por todos los supuestos de hecho que implica tales como la discriminación, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual. Ninguna de las anteriores son situaciones cerradas, todas están abiertas a un abanico de posibilidades. Y muchas de ellas bien pudieran resolverse con un criterio de oportunidad

- *Violencia familiar*, El Código Penal Federal define a la violencia familiar como¹²³: *Comete el delito de violencia familiar quien lleve a cabo actos o conductas de dominio, control o agresión física, psicológica, patrimonial o económica, a alguna persona con la que se encuentre o haya estado unida por vínculo matrimonial, de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, concubinato, o una relación de pareja dentro o fuera del domicilio familiar.* Lo único que no se vuelve subjetivo es la agresión física, a todos nos queda claro qué es una agresión física. Pero, como medimos el nivel de control en una persona o la agresión psicológica. Ambiguo e indeterminado.

Los conceptos jurídicos indeterminados tienen como finalidad el facilitar la resolución de las controversias al no encuadrar estrictamente una conducta para un solo supuesto de hecho delictivo. Sin embargo, como hemos podido observar, en algunas ocasiones, lejos de facilitar el proceso judicial o la aplicación de criterios de oportunidad como es el caso, dificulta y obstruye su funcionamiento al permitir que la misma situación pueda ser argumentada de diversas formas dejando así al encargado de decidir el curso del asunto, en una posición más comprometida al tener que considerar varias posibilidades de la misma controversia, permitidas éstas por la misma ley que pretende regularlas. A continuación, analizaremos brevemente sobre los delitos que pudieran resolverse con la aplicación de un criterio de oportunidad y que no sucede así por este tipo de conceptos y por considerarse delitos graves en su comisión.

2.6 Delitos que son susceptibles de resolverse con la aplicación de un criterio de oportunidad.

En lo que respecta a la legislación concerniente al criterio de oportunidad, ésta la encontramos de origen en el artículo 21 párrafo 7° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales y en los criterios emitidos por la Procuraduría General de la República para su aplicación. Es el CNPP el que en su contenido establece los límites sobre a cuáles delitos les puede ser aplicado un criterio de oportunidad

¹²³ Código Penal Federal, Artículo 343 Bis, Óp. Cit.

siendo éstos básicamente: primero que el daño haya sido reparado, que los delitos no tengan pena privativa de libertad y que si la tienen ésta no exceda los 5 años, delitos sin violencia (no aclara si es física o psicológica); delitos patrimoniales cometidos sin violencia ni en estado de ebriedad; delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público.

Atendiendo a estas limitantes y al contenido del Código Penal Federal (CPF), haremos un breve estudio sobre algunos delitos que, aunque están fuera de las condiciones antes descritas, por la afectación causada, podrían perfectamente ser resueltos con la aplicación de un criterio de oportunidad. Todos los delitos que se citarán a continuación se encuentran tipificados en el CPF.

1. Los delitos contra la patria definitivamente no son candidatos a beneficiarse de un criterio de oportunidad. Quien comete este tipo de delitos invariablemente causa un daño considerable y muy significativo que no sólo puede dañar a una persona o grupo de personas, sino a todos los mexicanos en general.
2. Espionaje, por la cuantía de los años de prisión que contempla, puede no ser propicio para un criterio de oportunidad. Sin embargo, en este tipo de delitos puede darse el supuesto de que el presunto responsable proporcione información sobre delincuentes de mayor valía o de aquellos que sus actividades generan un verdadero daño significativo para la sociedad en general.
3. Sabotaje, una vez más la cuantía de la pena en prisión excede el límite marcado por el CNPP. Pero existen delitos de sabotaje que en realidad no dañan significativamente ni a los particulares ni a los intereses del Estado, terminan siendo más bien de manifestación. Es cuestión de que el ministerio público realice una verdadera ponderación sobre el daño causado por el presunto responsable y el costo que generaría tenerlo preso si se aplicara la pena máxima permitida de 20 años. Por ejemplo, cerrar una vía carretera por unas horas, aunque los alcances pudieran ser amplios dependiendo de la

carga vehicular que por ahí circule, mantener durante 20 años a un grupo de personas en prisión es costosísimo y nada práctico. Por pena aplicable excede lo permitido para el criterio, sin embargo, por el daño causado que resulta desproporcional al costo de enjuiciamiento y sentencia, fácilmente podrían ser resueltos algunos de estos delitos. Nuevamente se requiere de ponderación.

4. Discriminación, este delito no excede en cuanto a pena correspondiente, sin embargo, está encuadrado también como delito al libre desarrollo de la personalidad, y como tal no pudiera verse beneficiado por la aplicación de un criterio. Pero si recordamos el ejemplo, existen casos absurdos de discriminación que en realidad no generan un daño permanente en las personas. Siendo prácticos y valorando el daño causado al discriminado, si este no es significativo y el daño puede repararse a satisfacción de la víctima, el delito en mención puede ser resuelto con un criterio de oportunidad.
5. Violación de correspondencia. Sus características le permiten ser resuelto por un criterio de oportunidad.
6. Desobediencia y resistencia de particulares. Le es aplicable.
7. Oposición a que se ejecute alguna obra pública. Le es aplicable.
8. Quebrantamiento de sellos. Le es aplicable.
9. Del peligro de contagio. Le es aplicable.
10. Revelación de secretos, el revelar secretos como tal no tiene problema para beneficiarse de un criterio de oportunidad. El problema se da cuando se revelan imágenes desprendidas de una comunicación particular (la pena de prisión se incrementa a más de cinco años). No obstante, el daño causado por esta acción tampoco es medible por lo que si se realiza una ponderación pudiera el ministerio público estimar que no fue significativo el daño. Sólo en los casos que proceda claro está.
11. Acceso ilícito a sistemas y equipos de informática. Aplicable.

12. Delitos de corrupción, La pena aplicable a este delito excede el máximo marcado por el CNPP. Pero, si el daño causado por el acto de corrupción no dañó la integridad de persona alguna, puede solamente requerirle la devolución del producto del acto de corrupción, destituirle de su cargo y multarle tal como marque la ley. Obviamente quedaría incapacitado para fungir como funcionario público, pero no por un tiempo, sino de por vida. Si lo cometió una vez, lo volverá a hacer, las personas difícilmente controlan las pequeñas “dosis de poder” que se les confiere al encontrarse detrás de un escritorio burocrático.
13. Tráfico de influencia, igual su pena se excede, pero si sólo se le destituye, se le requiere lo obtenido ilegalmente y su respectiva multa. Además de incapacitarlo para laborar en el sector público, pudiera resultar más que suficiente y resolver con criterio de oportunidad.

Pudiéramos analizar todo el contenido del CPF, sin embargo, no es el objetivo de la presente investigación. Lo que se buscó con este breve ejercicio fue el hecho de poner sobre la mesa posibles soluciones a delitos que en su naturaleza son sencillos y sin tanto problema para resolver. No se trata de ser moralista y de decir “castiguemos a todos los que no acatan al pie de la letra las leyes” ni de ser en exceso liberal para sostener que “todos los delitos pueden resolverse con justicia alternativa”.

Lo que tenemos en el criterio de oportunidad como herramienta de la justicia alternativa, es una posibilidad de concluir situaciones que no tiene caso llevar a juicio, tanto por los excesivos costos que genera, como porque el daño que causaron no es en realidad significativo y/o trascendental. Aún falta mucho en la investigación para determinar con bases numéricas el beneficio que supone el incremento en el uso de esta herramienta y de esta manera poder saber si el costo beneficio es rentable, si tenemos un principio de Pareto en puerta y si vale la pena asumir el riesgo de la discrecionalidad conferida al ministerio Público de la Federación con la reforma penal del 2008.

CAPÍTULO III

3.APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN OTROS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA.

3.1 Marco legal del criterio de oportunidad en Argentina.

A lo largo de la historia, podemos encontrar ciertas similitudes en los contenidos de las legislaciones de un país y el resto del mundo. En el caso particular de México, se aprecian similitudes con países de América latina tales como Argentina, Perú y Colombia. A continuación, realizaremos una breve síntesis sobre la concepción y el uso de la figura jurídica del criterio de oportunidad o su equivalente en los países citados.

En Argentina, la *CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA*, en su artículo 120¹²⁴ contiene el mandato de que será el órgano independiente del Ministerio Público el encargado de promover la actuación de la justicia:

El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República.

Corroborado en su artículo 5° del *Código Procesal Penal*:

Acción pública

Art. 5° - La acción penal pública se ejercerá por el Ministerio fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley.

En México ese mandato lo encontramos en nuestra CPEUM, artículo 21:

La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función. El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La

¹²⁴ *CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA*, Boletín oficial de la república de Argentina, última reforma 15 de diciembre 1994, Disponible en: https://www.pjn.gov.ar/02_Central/ViewDoc.Asp?Doc=50974&CI=INDEX100 Consultado el 12 de febrero de 2018

ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial. La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

Así, en ambos países, el inicio de la procuración de justicia, corresponde a un organismo gubernamental, ambos denominados Ministerio Público. El funcionamiento del sistema penal en México lo describe la SECRETARÍA TÉCNICA DEL CONSEJO DE COORDINACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL (SETEC)¹²⁵

El proceso penal ordinario comprende, en general, dos etapas: Instrucción: etapa previa que tiene por objeto establecer la verdadera existencia del delito y reunir todos los elementos del juicio que permitan fundar una acusación contra el presunto culpable. La instrucción es escrita, pública para las partes y secreta para los terceros. Está a cargo de un juez penal de instrucción o puede ser delegada por éste a un fiscal del Ministerio Público, aunque en todas aquellas medidas de prueba o de coerción que afecten garantías constitucionales, el fiscal debe abstenerse de actuar ya que son privativas del juez (por ejemplo: indagatorias, allanamientos, detenciones, autos de mérito, procesamiento y falta de mérito). Por lo tanto, ocurrido el delito, el Juez de Instrucción inicia un expediente que refleja la investigación, la cual es impulsada por el fiscal, que decide sobre la continuación de la instrucción. Durante la investigación se recaban las pruebas necesarias y se toma declaración al imputado. Alcanzadas las pruebas, se evalúan y se decide el procesamiento o sobreseimiento del acusado. Plenario: a partir del momento en que el fiscal solicita que se eleve el caso a juicio, el Tribunal Oral será el encargado de llevar adelante el juzgamiento. Desde 1992, con la reforma del Código Procesal Penal, se introdujo esta segunda etapa de juicio oral y público, que se realiza ante un tribunal compuesto por tres jueces. La misma refiere a la sustanciación pública de la causa criminal. Durante el desarrollo del juicio se presentan las pruebas reunidas en la etapa de instrucción, se escucha a testigos y al acusado, y el tribunal en pleno decide si condena o absuelve al imputado. Desde el inicio del proceso, el imputado debe contar con asistencia letrada. Si no puede afrontar el gasto de un abogado particular, el Estado le proveerá un abogado defensor. El Código Penal no se refiere a las contravenciones, razón por la cual cada provincia puede hacerlo dentro de su órbita, igual que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por intermedio de órganos competentes. Las contravenciones han sido incorporadas como

¹²⁵ Podrá encontrar toda la información pertinente sobre esta Secretaría en su sitio WEB: <http://www.setec.gob.mx/>

competencia de la Ciudad de Buenos Aires al Código Contravencional de la Ciudad, por lo que existen jueces de faltas encargados de su aplicación con un procedimiento oral y sumarísimo. Algunas provincias se han dictado sus respectivos códigos de faltas. El sistema también prevé la posibilidad de realizar dos procedimientos alternativos al proceso penal común: el juicio abreviado o la suspensión a prueba, que sólo proceden cuando el fiscal entiende, en ocasión de requerir la elevación a juicio, que podría corresponder una pena privativa de libertad inferior a 6 años. Para llevarlos a cabo, debe contarse con la conformidad del imputado y su defensa. El procedimiento varía en las provincias que tienen facultades para definir sus propios sistemas de enjuiciamiento. Un ejemplo es la Provincia de Córdoba, donde viven más de tres millones de personas, y que incorporó en 1940 la oralidad para la etapa de juicio en las causas criminales. En 1998, entró en vigencia una nueva reforma procesal penal que buscó especialmente, fortalecer el carácter contradictorio del proceso, introdujo la utilización de jurados en algunos casos, y transfirió la función de investigación a un Ministerio Público. Así, el actual procedimiento incluye fundamentalmente dos etapas: una de instrucción, escrita, a cargo de un fiscal de instrucción y, en algunas circunstancias, a cargo de un juez; y una segunda etapa de juicio oral, que se puede realizar, según el caso, ante un tribunal colegiado, unipersonal o con jurado.¹²⁶

En América Latina los juicios de carácter penal han sido orales mucho antes que en nuestra República. En Argentina por ejemplo, el juicio oral fue instaurado desde 1992¹²⁷, dieciséis años antes que en México, con ello, se pretende humanizar a la justicia, terminar con los expedientes de miles de fojas, se busca que las partes tengan un mayor contacto con los jueces y autoridades intervinientes del proceso. Contempla también la aplicación de criterios de oportunidad. En general, al reformar sus códigos de procedimientos penales, lo que buscan los países latinoamericanos incluido México, es: agilizar la impartición de justicia, terminar anticipadamente los procesos para evitar gastos innecesarios y enfocarse en los casos de mayor trascendencia y afectación a la sociedad y el Estado.

¹²⁶SECRETARÍA TÉCNICA DEL CONSEJO DE COORDINACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL, Disponible en:

<http://portal.setec.gob.mx/> consultado el 6 agosto 2017

¹²⁷<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm> “La Constitución argentina estipula que el juicio penal debe ser un juicio oral y público con participación de jurados. En el procedimiento penal federal argentino, el juicio oral y público fue instaurado en 1992 con el nuevo Código Procesal Penal Federal, mediante la ley 23.984 que introdujo la etapa de debate y creó los tribunales orales con competencia criminal.

La aplicación en Argentina de criterios de oportunidad se da con el objeto de:

Así mismo el Fiscal deberá procurar racionalizar y otorgar eficacia a sus intervenciones pudiendo aplicar criterios de oportunidad, en cualquier etapa del proceso. Los criterios de oportunidad priorizan otras soluciones por sobre la aplicación de la pena, tales como reparación de la víctima que hoy se plantea como el tercer fin del derecho penal, resocialización del autor, suspensión del juicio a prueba, rehabilitación etc.¹²⁸

EL *CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA* en su artículo 59 inciso 5¹²⁹, establece que la acción penal se puede extinguir entre otras cosas por la aplicación de criterios de oportunidad. Lo mismo que en la legislación mexicana, Argentina contempla el principio de oficiosidad en su artículo 71¹³⁰. Sin embargo, la aplicación de los criterios de oportunidad se da como excepción a la regla, como una solución a la necesidad que se tiene de resolver los casos cuyo daño causado es irrelevante y en los que la investigación de los mismos significaría más perjuicio que beneficio al Estado.

¹²⁸ Modelo del sistema procesal penal acusatorio en Argentina

<https://portal.pgjuarajuato.gob.mx/PortalWebEstatal/Archivo/normateca/6.pdf>

¹²⁹ *Código Penal de la Nación Argentina*, , Boletín oficial de la república de Argentina, 1984 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#10> actualizada con la promulgación de la Ley No. 27147 sancionada el 10 de junio de 2015 y promulgada el 17 de junio del mismo año. Ley completa disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/248179/norma.htm>

ARTICULO 59.- La acción penal se extinguirá:

- 1) Por la muerte del imputado;
- 2) Por la amnistía;
- 3) Por la prescripción;
- 4) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada;
- 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 7) Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes.

¹³⁰ ídem. ARTÍCULO 71.- Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

- 1) Las que dependieren de instancia privada;
- 2) Las acciones privadas.

Actualizada con la promulgación de la Ley No. 27147 sancionada el 10 de junio de 2015 y promulgada el 17 de junio del mismo año. Ley completa disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/248179/norma.htm>

El abogado Matías Bailone¹³¹ en su nota realizada al fallo de la suprema corte de Justicia de Mendoza, *La regulación provincial de criterios de oportunidad persecutoria penal y el debate de su constitucionalidad*¹³². Al respecto expone:

- Hace alusión al contenido del artículo 26 del Código Procesal Penal de Mendoza, en donde podemos encontrar la definición para el criterio de oportunidad en esa provincia.

Artículo 26 - Principio de 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, previa autorización del superior jerárquico, el representante del ministerio público podrá solicitar que se suspenda, total o parcialmente, de la persecución Penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando:

- 1) La lesión al bien jurídico protegido fuera insignificante;
- 2) Se haya producido la solución del conflicto, lo que se acreditara sumariamente. En caso de delitos originados en conflictos familiares, intervendrán los mediadores, tanto para la solución del mismo, como para el control de ella;
- 3) En los casos de suspensión del juicio a prueba;
- 4) En el juicio abreviado;
- 5) En los supuestos de los parágrafos siguientes.

a toda persona que se encuentre imputada, o que estime pueda serlo, si durante la sustanciación del proceso, o con anterioridad a su iniciación:

- a) Revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el enjuiciamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación;

¹³¹Editor de las revistas jurídicas electrónicas www.iuspenalismo.com.ar y www.losderechoshumanos.com.ar. Actualmente se desempeña como Abogado en el libre ejercicio de la profesión. Asesor jurídico ad honorem del Observatorio de Derechos Humanos de la Provincia de San Luis, dependiente de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, Asesor jurídico del Honorable Senado de la Nación Argentina y profesor universitario y de enseñanza media. Mayor información está disponible en: <http://derechopenal.tripod.com/matiasbailonecv2006.htm>

¹³² *La regulación provincial de criterios de oportunidad persecutoria penal y el debate de su constitucionalidad*, Fallo Comentado: Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Argentina, sala 2ª, 19/09/2005- Fiscal v. Sosa Morán, Juan F. y otros. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2007/07/doctrina33325.pdf> consultado el 18 de marzo del 2018

b) Aportare información que permita secuestrar los instrumentos a los efectos del delito, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes del mismo; se dispondrá:

1. Su libertad, con los recaudos del Artículo 280 de este Código, a cuyo efecto deberá considerarse la graduación Penal del Artículo 44 y pautas de los Artículos. 40 y 41 del Código Penal argentino;

2. En caso de disponerse su prisión preventiva, se lo internara en un establecimiento especial, o se aplicara el Artículo 300;

3. El tribunal pedirá al Poder Ejecutivo la conmutación o su indulto, conforme a las pautas del apartado uno que antecede.

A los fines de la suspensión o prosecución de la persecución Penal se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización delictiva, o evitar el daño, o la reparación del mismo.

Bajo tales supuestos el tribunal podrá suspender provisionalmente el dictado de su prisión preventiva.

La solicitud de todo lo aquí dispuesto deberá formularse por escrito ante el tribunal, el que resolverá lo correspondiente, según el tramite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio de la investigación.

Podemos observar que tanto en la legislación mexicana, como en la de Argentina se le considera al principio de oportunidad como una salida alterna a la resolución de conflictos en materia penal, se concibió principalmente con la finalidad de no saturar el uso de recursos judiciales en delitos insignificantes.

- Menciona que incluso entre los doctrinarios que lo rechazan se reconoce la necesidad de dar pronta resolución a los casos en que la afectación es mínima y cuyo proceso resultaría indignante.
- El debate que dio motivo al fallo en comento, surge a raíz de la interrogante de que si el criterio de oportunidad es constitucional o no en la Argentina.
- Se refiere a la legislación penal como desmesurada en cuanto al establecimiento de tipos penales. Al parecer del mismo modo que en nuestro país, se tiene la idea de que mientras más se tipifiquen los supuestos de hecho como conductas antijurídicas, esto funcionará como paliativo encaminado a la disminución de la comisión de delitos.

- El principio de oportunidad confiere al Ministerio Público un poder político que le permite de alguna manera combatir el poder absoluto acusador de que goza el Estado. Cuidando en todo momento que esa discrecionalidad conferida no se convierta en arbitrariedad, auxiliada esta idea por la regulación en la aplicación de los principios de oportunidad.
- En general comenta los principios del derecho que, para esa situación en particular, sustentan la constitucionalidad de la existencia del criterio de oportunidad. Entre ellos, el principio de mínima intervención y el de proporcionalidad.
- La nota que el autor realiza al fallo resulta especialmente emblemática debido a que queda de manifiesto que el daño causado (100 pesos argentinos) resulta irrisorio comparado con el gasto que representa un juicio para el Estado. En la resolución emitida por la Corte se puede apreciar en la argumentación del fallo, la necesidad por considerar la constitucionalidad de la aplicación de los criterios de oportunidad y se dice por qué son beneficiosos para la procuración de justicia. A continuación, un pequeño extracto del fallo en comentario:

En la medida en que no se nieguen ni modifiquen, derechos sustanciales, el Ministerio Público, titular de la acción penal y en relación a este aspecto dinámico ya aludido, puede disponer de márgenes de decisión propia sobre cuándo, cómo y en qué supuestos lleva adelante el ejercicio de la acción penal.

- Sobre esta base, el código procesal penal, ha implementado válidamente mecanismos que imprimen movimiento a la acción penal y así resulta válida y legalmente sustentable, la posibilidad de que la persecución penal "se suspenda total o parcialmente, que se la limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho" - (cfm. Art. 26 C.P.P.).-

Esto es en definitiva, la regla del art. 26 del C.P.P.: principio de oportunidad, como la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para "perseguir y castigar" (Cafferata Nores, "Cuestiones actuales sobre el proceso penal", 2• edición actualizada. Editores del Puerto, Pág. 38.).-

Se parte del principio de legalidad como punto inicial para la persecución penal, pero se impone la salvaguarda de los mecanismos previstos en la ley procesal penal local, como el principio de oportunidad, que opera a modo de excepción de las reglas contenidas en el art. 8 y concordantes del rito penal: dicho en otros términos, principio de legalidad (oficialidad) como regla y principio de oportunidad como excepción.- Esta posición, me coloca a favor del denominado principio de oportunidad reglada, y en palabras del autor antes citado, comparto el criterio que: " sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad, que se encuentran previstas en la legislación penal, cuya aplicación en el caso concreto se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado, a veces también de la víctima y requiere el control del órgano jurisdiccional (sobre si el caso es de los que la ley autoriza abstractamente a tratar con criterios de oportunidad, y sobre si amerita concretamente dicho tratamiento". (Cafferata Nores, obra citada, pág. 41).- Como colofón de lo que vengo desarrollando, evoco un precedente de la Corte Federal: "Las leyes locales no pueden ser invalidadas sino en aquellos casos en que la Constitución Nacional concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo poder, o en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las Provincias, o cuando hay directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas, fuera de cuyos casos, es incuestionable que las Provincias retienen una autoridad concurrente con el Congreso" (CSJN. 3 - 131). - El otro aspecto que debe ser abordado, es el referido a la posible contradicción existente entre normas sustantivas (art. 274 Código Penal) y el art. 26 del rito penal. Hago más las argumentaciones del Dr. Dante Vega, quién expresa: " a nuestro entender, es cierto que en un sistema en donde impere la oficialidad y la legalidad en la promoción y ejercicio de las acciones penales sin admitirse otras excepciones que las previstas en el propio Código Penal -, el agente fiscal que solicitaba la suspensión de la persecución penal argumentando criterios de discrecionalidad política y el Juez que lo concedía podían incurrir en el tipo referido. Pero a partir de la sanción del art. 26 del C.P.P., el art 274 del Código Penal, jamás podría atrapar conductas del Fiscal, la de su Superior ni la del Juez que implementan el principio de oportunidad por una simple razón de coherencia en el ordenamiento jurídico en general que no puede facultar por un lado lo que prohíbe el otro. Contra esto no se podría argumentar que la ley procesal está creando una causal de atipicidad o de justificación porque en realidad éstas ya están previstas en el Art. 34 inc. 4• del Código Penal.

(Legítimo ejercicio de un cargo); y en este entendimiento "orden normativo" no significa orden normativo sustantivo, sino en general, esto es, comprensivo de las normas sustanciales y procesales. ("Estudios Sobre el Nuevo Código Procesal Penal de Mendoza, Lavado Diego Jorge, Vega, Dante Marcelo, Ediciones Jurídicas Cuyo, Pág. 109, 110). - Por las razones expuestas, y opinión concordante del Sr. Procurador General, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto, y, en consecuencia, corresponde declarar la constitucionalidad del inc. 1° y 2° del Art. 26 del C.P.P. (Ley 6730 y sus modificatorias). -

RESUELVE: 1°) Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de fs. 190/193, interpuesto por el Dr. Pablo Salinas, en favor de Juan Rafael Sosa Morán, Héctor Edgardo Hernández Norton, Humberto Segundo Novoa Martínez, Raúl Andrés Hernández Norton, Juan Bautista Contreras Martínez.- 2°) Revocar la resolución de fs. 178/187 en su dispositivo n° 1) en tanto declara la inconstitucionalidad del art. 26 incs 1° y 2° Ley 6730 , y dispone su no aplicación al presente caso., declarando la constitucionalidad de los incisos 1° y 2° del art. 26 del Código Procesal Penal (Ley 6730 y sus modificatorias).- 3°) Remitir las presentes actuaciones al Tribunal interviniente a fin de que prosiga la causa según su estado.- 4°) Imponer las costas por su orden, y regular los honorarios del Dr. Pablo Salinas, en la suma de Pesos mil quinientos (\$1500). -(arts. 557, 560 y concordantes del C.P.P. Ley 6730 y sus modificatorias).- Notifíquese.- ¹³³

En resumen, en la Argentina, el criterio de oportunidad, como en México, surge de la necesidad de no saturar más su sistema procesal penal. Se legisla en aras de conseguir un mayor índice de resolución en materia de conflictos de carácter penal. Se trata también de una excepción al principio de legalidad, se trata de una discrecionalidad reglada, aunque con un voto más de confianza al organismo del ministerio público. Voto que analizaremos en líneas posteriores. A continuación, expondremos las generalidades de esta figura jurídica en el Perú.

3.2 Marco legal del criterio de oportunidad en Perú.

En líneas anteriores hemos citado el fundamento legal de la existencia del criterio de oportunidad en la república de Argentina, así como algunas de las

¹³³ Ídem.

generalidades para su aplicación. A continuación, enunciaremos bajo qué marco jurídico existe esta misma figura jurídica en el Perú. En su artículo 159, la *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ*¹³⁴, concede entre otras, la atribución para ejercitar la acción penal, ya sea de oficio o a petición de parte. De tal modo que como en México y Argentina, corresponde al ministerio público el inicio del ejercicio de la acción penal. El argumento es similar, la necesidad de incluir en la legislación un principio de oportunidad a pesar de que se contrapone al principio de legalidad, se debe a la ineficiencia de este método. Debido a que al iniciarse procesos indiscriminadamente sin tomar en cuenta la dimensión del daño causado, solamente ralentiza el proceso penal y para nada permite una satisfactoria administración de justicia.

También se manifestó resistencia respecto de su implementación debido a que venía a exhibir el deficiente funcionamiento del sistema penal peruano. La doctrina en general lo percibe como una limitación discrecional que faculta al ministerio público para decidir regladamente sobre cuáles casos iniciar acción penal. La función del principio de oportunidad en Perú,

...supone el reconocimiento de culpabilidad por parte del acusado y la facultad del Ministerio Público para alcanzar acuerdos con el acusado, evitando todo un camino probatorio e instrucción o al menos un juicio contradictorio. Así pues, el objeto del principio de oportunidad se fija en el acortamiento del proceso de tal modo que arribe a una casi inmediata o pronta finalización del proceso.

¹³⁴*CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ*, Artículo 159, Archivo digital de la legislación del Perú, Última reforma el 1 de mayo del 2013, Disponible en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx>
Artículo 159°. - Corresponde al Ministerio Público: 1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho. 2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia. 3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad. 4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función. 5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. 6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla. 7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

El *NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL* de Perú en su artículo 122¹³⁵ establece la facultad del ministerio público para la aplicación de los criterios de oportunidad:

Artículo 122 Actos del Ministerio Público. - 1. El Ministerio Público, en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias, y formula Requerimientos. 2. Las Disposiciones se dictan para decidir: a) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones; b) la conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación; c) la intervención de la Policía a fin de que realice actos de investigación; d) la aplicación del principio de oportunidad; y, e) toda otra actuación que requiera expresa motivación dispuesta por la Ley.

Así mismo, el inciso 1 del artículo 2 del *NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL* determina en qué casos podrá el ministerio público aplicar los principios de oportunidad¹³⁶:

Artículo 2.

Principio de oportunidad. - CONCORDANCIA: R. N° 1470-2005-MP-FN (Reglamento de la aplicación del principio de oportunidad) 1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.

b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 21, 22 y 25 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando

¹³⁵*NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, Artículo 2º*, Archivo digital de la legislación del Perú, 22 de julio 2004, Perú, Disponible en: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cod_procesal.pdf

¹³⁶ Ídem.

se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

En el caso del Perú existe un reglamento para la aplicación de principio de oportunidad, a continuación transcribimos una tabla¹³⁷ publicada por el gobierno peruano, en donde resumidamente podemos apreciar en qué casos particulares procede la aplicación de tal principio.

Principio de Oportunidad.

Base Legal: Reglamento de Aplicación del Principio de Oportunidad: Resolución N° 1470- 2005-MP-FN y Resolución N° 2508-2013-MP-FN Código Procesal Penal: Art. 2° incisos 1, 2, 3, 4 y 5; Art. 350.1.e Ley 30076

Documentos a elaborar: Acta de Negociación.

Aspectos Generales de Aplicación Casos de aplicación del Principio de Oportunidad

a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.

b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14°, 15°, 16°, 21°, 22°, 25° y 46° del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

Aplicación en delitos contra el Medio Ambiente.

¹³⁷Comisión especial de implementación del Código Procesal Penal, *Protocolo de principio de oportunidad*, Perú, 2014, disponible en: <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a62e1f80443d430b8dafddeb309de3e9/Protocolo+de+principio+de+oportunidad.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a62e1f80443d430b8dafddeb309de3e9>

El Fiscal podrá también abstenerse de ejercer la acción penal, luego de la verificación correspondiente, en los casos en que el agente comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D, 307-E del Código Penal, suspenda sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable, comunicando este hecho al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante instrumento de fecha cierta. Si la acción penal hubiera sido promovida, se aplican, en lo pertinente, las mismas reglas establecidas en el presente artículo.

Partes Legitimadas.

Fiscal

Imputado

Abogado defensor

Agraviado Tercero Civil Responsable.

Impedimentos de aplicación.

Respecto a los supuestos b) y c) no se puede aplicar el Principio de Oportunidad cuando el delito es cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo. No procede la aplicación del principio de oportunidad cuando el imputado:

a) tiene la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal;

b) sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de su última aplicación, siempre que se trate, en todos los casos, de delitos de la misma naturaleza o que atenten contra un mismo bien jurídico;

c) sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio dentro de los cinco años anteriores a la comisión del último delito; o,

d) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido con anterioridad al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio y no haya cumplido con reparar los daños y perjuicios ocasionados o lo establecido en el acuerdo reparatorio. En estos casos, el Fiscal promueve indefectiblemente la acción penal y procede conforme a sus atribuciones. Lo dispuesto en el numeral 9º es aplicable también para los casos en que se hubiere promovido la acción penal.

Procedimiento.

1. El Fiscal de oficio emite una disposición promoviendo la probable aplicación del Principio de Oportunidad, citando al imputado a fin de que manifieste su consentimiento (personalmente o por escrito con firma legalizada) al respecto, en el plazo de 10 días calendario a partir de la expedición de dicha disposición.
2. En caso el imputado no concurra personalmente al despacho fiscal, o no manifieste por escrito su consentimiento, se continuará con la investigación.
3. Si el imputado manifiesta su conformidad, el Fiscal en el plazo de 48 horas procederá a citar a la Audiencia única de Principio de Oportunidad, la misma que deberá llevarse a cabo dentro de los 10 días calendario siguientes a la citación.
4. El Fiscal deberá citar al imputado, al agraviado y al tercero civil si lo hubiera. Si una o todas las partes no concurren, el Fiscal dejará constancia en el acta respectiva, señalando en ese momento fecha para una segunda y última citación, la que no podrá exceder de 10 días calendario
5. Si en la segunda citación inasistiere el agraviado, el Fiscal podrá determinar razonablemente el monto de la reparación civil¹ que corresponda. Si no asistiera ninguna de las partes, el Fiscal dispondrá la continuación de la investigación.
6. En caso las partes asistan a la audiencia única y el agraviado manifieste su conformidad, el Fiscal procurará que las partes se pongan de acuerdo respecto al monto de la reparación civil, forma de pago, plazo, el o los obligados, y cualquier tipo de compensación, si correspondiera y así se acordara.
7. En caso las partes arriben a un acuerdo, el Fiscal emitirá una disposición fiscal continuando con el trámite de aplicación del PO, indicando el monto de la reparación civil, la forma, el plazo de pago, el o los obligados.
8. Cuando el agraviado presente en la audiencia no estuviera conforme con la aplicación del principio de oportunidad o no hubiese asistido a la misma, el Fiscal podrá continuar con el trámite iniciado, estableciendo el monto de la reparación civil, la forma, el plazo de pago, y el o los obligados, elevando en consulta los actuados a la Fiscalía Superior Penal de turno; o, si lo considera dar por concluido el trámite. En este último caso continuará con la investigación.
9. En caso el agraviado o el imputado no estén conformes con el monto de la reparación civil o el plazo para su pago, el Fiscal podrá establecerlos. Para tal efecto, cualquiera de las partes podrá interponer el recurso de apelación contra el extremo objeto de desacuerdo.

10. No será necesaria la referida audiencia si el imputado, el agraviado y el tercero civil de ser el caso, llegan a un acuerdo y este consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente.
11. El plazo de pago de la reparación civil no excederá de nueve meses.
12. Si el o los obligados no cumplieren con el pago íntegro de la reparación civil dentro del plazo máximo acordado, el Fiscal dispondrá lo conveniente.
13. En caso el pago de la reparación civil ha sido establecido en cuotas, ante el incumplimiento de una de estas se requerirá al imputado el cumplimiento de su obligación, bajo apercibimiento de dar por concluido el trámite y disponer lo conveniente.
14. Satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá la disposición fiscal de abstención del ejercicio de la acción penal.
15. Si el Fiscal considera imprescindible para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conducta previstas en el artículo 64 del Código Penal, solicitará la aprobación de la abstención al Juez de la Investigación Preparatoria, el que resolverá previa audiencia de los interesados. (Art. 2º.5 CPP.)
16. Si la acción hubiera sido promovida, el Juez de Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento con o sin las reglas fijadas en el numeral 5) hasta antes de formularse la acusación. Esta resolución no será impugnada, salvo en cuanto al monto de la reparación civil, si esta es fijada por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas si estas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la condición jurídica del imputado.

Como podemos apreciar, en Perú existe suficiente información proporcionada por el Estado en lo que al principio de oportunidad respecta. El reglamento para su aplicación es muy basto en cuando a explicar a qué se refiere la ley exactamente con lo que debe considerar el ministerio público para su correcta observancia.¹³⁸

¹³⁸Resolución de la fiscalía de la nación N° 1470-2005-mp-fn, *Reglamento de aplicación del principio de oportunidad*, 3 de abril 2013, Perú. Disponible en: <http://logamjurista.blogspot.mx/2013/04/reglamento-de-aplicacion-del-principio.html>

Incluso en cada Ley existe la correlación de contenidos para cada tema en particular.

Cuentan incluso con una “Guía práctica: el uso de salidas alternativas y mecanismos de simplificación procesal penal bajo el Nuevo Código Procesal Penal¹³⁹” emitida por el poder Judicial de Perú en donde abordan al principio de oportunidad como una salida alternativa. En este documento encontramos una interesante acepción sobre lo que de fondo pretende obtener el principio de oportunidad viéndosele como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos en materia penal. Que puede ser aplicable no sólo para el Perú sino para todas las legislaciones de Latinoamérica¹⁴⁰

Lógica de las salidas alternativas y mecanismos de simplificación procesal

a. Mínima repercusión social. -

Teniendo en cuenta este criterio, es posible solucionar el conflicto, sin el uso formal del proceso penal o simplificando las etapas del proceso común.

b. Simplificación de la solución. -

Se sustenta en la existencia de una causa con elementos de convicción suficientes, donde la solución rápida al conflicto penal por las partes, es aceptada socialmente.

c. Racionalización de la persecución penal. -

Obedece a la insuficiencia de recursos por parte del Estado, para perseguir todos los casos denunciados.

d. Economía procesal. -

Uso adecuado de los recursos en la persecución penal, conforme a la necesidad e importancia del caso.

e. Respeto al debido proceso. -

Siendo importante preservar el equilibrio eficacia-garantías, al reducirse las garantías del imputado ante la asunción de culpabilidad, su control resulta necesario.

f. Uso racional del plazo. -

Se sustenta en que el plazo razonable, resulta ser equivalente al plazo funcional o necesario para superar el conflicto penal.

¹³⁹Comisión especial de implementación del Código Procesal Penal, *Guía práctica: el uso de salidas alternativas y mecanismos de simplificación procesal penal bajo el nuevo código procesal penal*, Perú, disponible en:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9e0ef28040999e919ec8de1007ca24da/gu%C3%ADa+pr%C3%A1ctica+-+uso+de+salidas+alternativas.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9e0ef28040999e919ec8de1007ca24da>

¹⁴⁰ Ídem. Diapositiva número 15.

g. Diseño de política criminal. -

El Estado no puede desconocer el éxito obtenido en otros países respecto al uso de salidas alternativas y mecanismos de simplificación procesal.

Busca exactamente lo mismo que el gobierno mexicano y el argentino, buscan beneficiar a la sociedad a través de procesos más rápidos y eficientes con un nivel de satisfacción mayor al obtenido con la realización de juicios, incluso ahora que estos últimos se llevan a cabo de manera oral, lo cual presumiblemente reduce significativamente el tiempo de espera del imputado para recibir sentencia ya sea absolutoria o condenatoria. Lo que la aplicación de los principios o criterios de oportunidad nos ofrece en México, Argentina y Perú es, dar una solución rápida a conflictos penales cuya trascendencia es irrisoria y en los que el daño causado puede ser perfectamente reparado a satisfacción de la víctima sin afectar de más al responsable. Todo lo anterior en observancia del derecho vigente y siempre respetando los derechos humanos de las partes involucradas. En los tres países se cuenta con mecanismos de inconformidad tanto para la víctima como para el imputado.

De fondo, los requisitos son similares en las tres legislaciones: que se trate de primo delincuentes, que el daño causado no sea trascendente, que el daño causado no afecte el interés público del Estado, que la pena correspondiente no exceda los seis años de prisión o cinco en el caso de México, que la pena resulte intrascendente respecto al daño sufrido por el imputado derivado de la comisión del delito en cuestión, que tanto la víctima como el imputado estén de acuerdo en que el caso sea resuelto por esa vía y lo más importante, que el daño ocasionado haya sido reparado.

3.3 Marco legal del criterio de oportunidad en Colombia.

En Colombia, como en la mayoría de los países latinoamericanos, el proceso penal para la resolución de conflictos en materia penal, se lleva a cabo mediante juicios orales. Estos últimos fueron instaurados en enero de 2005 al publicarse la entrada en vigor del entonces nuevo *CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL*

¹⁴¹sancionado el septiembre del año 2004. En lo que respecta al marco legal del criterio de oportunidad colombiano tenemos lo siguiente.

El artículo 250 de la *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA*¹⁴² establece que la Fiscalía General de la Nación es la encargada de iniciar la acción penal y ordena también que deberá suspender el proceso si el caso particular es susceptible de aplicársele un principio de oportunidad:

Artículo 250. Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 2. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

Mientras que en México la regulación de la figura del criterio de oportunidad se reduce a su mención en un párrafo del artículo 21 constitucional, un artículo en el Código Nacional de Procedimientos Penales (256), y unos lineamientos emitidos por la Procuraduría (ahora Fiscalía) General de la República (que pretenden regular su aplicación para evitar que el ministerio público caiga en arbitrariedades al momento de su observancia); en Colombia, en su *CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL*¹⁴³ existe un capítulo destinado a determinar las pautas que debe seguir la fiscalía General de la Nación para su correcta aplicación:

¹⁴¹*Código de Procedimiento Penal*, Actualizaciones de la Ley 906 de 2004, Colombia.

Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion30901.pdf>

¹⁴²*Constitución Política*, Última actualización el 8 de agosto 2019, Colombia

Disponible

en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

¹⁴³ LEY 906 DE 2004 correspondiente al Código de Procedimiento Penal (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004) Libro II, Título V, Arts. 321-330, disponible en:

Artículo 321. *Principio de oportunidad y política criminal.* La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.

Artículo 322. *Legalidad.* La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código.

Artículo 323. *Aplicación del principio de oportunidad.* Modificado por el art. 1, Ley 1312 de 2009 La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

Artículo 324. *Causales.* Modificado por el art. 2, Ley 1312 de 2009, Modificado por el art. 40, Ley 1474 de 2011. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y, además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.
2. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.
3. Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible solo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.
4. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.
5. Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.
6. Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.

7. Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

9. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

10. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.

11. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

12. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

13. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

14. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

15. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

16. INEXEQUIBLE. Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas. Corte Constitucional Sentencia C-673 de 2005

17. Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.

Parágrafo 1°. En los casos previstos en los numerales 15 y 16, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización.

Parágrafo 2°. La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis (6) años será

proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto.

Parágrafo 3°. INEXEQUIBLE. Modificado por el art. 25, Ley 1121 de 2006. En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo. Corte Constitucional Sentencia C-095 de 2007

Artículo 325. *Suspensión del procedimiento a prueba.* Modificado por el art. 3, Ley 1312 de 2009 El imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa.

Presentada la solicitud, el fiscal consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de justicia restaurativa establecidos en este código. Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad.

Parágrafo. El fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal.

Artículo 326. *Condiciones a cumplir durante el período de prueba.* Modificado por el art. 4, Ley 1312 de 2009 El fiscal fijará el período de prueba, el cual no podrá ser superior a tres (3) años, y determinará una o varias de las condiciones que deberá cumplir el imputado, entre las siguientes:

1. Residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.
2. Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.
3. Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.
4. Someterse a un tratamiento médico o psicológico.
5. No poseer o portar armas de fuego.
6. No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.

7. La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.
8. La realización de actividades en favor de la recuperación de las víctimas.
9. La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.
10. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.
11. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.
12. La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales.

Durante el período de prueba el imputado deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad.

Vencido el período de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal ordenará el archivo definitivo de la actuación.

Artículo 327. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. Modificado por el art. 5, Ley 1312 de 2009 El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, siempre que con esta se extinga la acción penal. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-979 de 2005

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano y contra esta determinación no procede recurso alguno. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-209 de 2007.

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

Artículo 328. La participación de las víctimas. En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación.

Artículo 329. Efectos de la aplicación del principio de oportunidad. La decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decide, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderán a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.

Artículo 330. *Reglamentación.* El Fiscal General de la Nación deberá expedir un reglamento, en el que se determine de manera general el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la ley.

El reglamento expedido por la Fiscalía General de la Nación deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado.

En Colombia, igual que en Argentina y Perú, el proceso penal observa el principio de legalidad y el principio de igualdad que juntos resultan en el hecho de que se debe investigar todo conocimiento de un crimen sin que para ello medie discriminación alguna. Lo que sucede ahora con la figura del principio de oportunidad, es que la autoridad está facultada para discriminar, para elegir (tomando en cuenta los reglamentos para ello autorizados). Se ha aceptado al principio de oportunidad como la excepción a la regla, como la particularidad dentro de la generalidad del principio de legalidad. El principio de oportunidad en América latina se hace necesario derivado del congestionamiento del sistema penal en cada país.

En las décadas delos 80 y 90 se da en Latinoamérica un movimiento reformador que pretendía convertir los juicios a un sistema de juicio oral, contemplando así la figura del principio de oportunidad con el propósito de proporcionar una salida rápida a los casos de bagatela y /o de menor trascendencia para la sociedad , atendiendo de paso con ello al principio de proporcionalidad, buscando de facto no crear una mayor consecuencia al imputado que el daño que él hubiere causado con la falta cometida. Es menester analizar un poco más sobre el objetivo de la instauración del criterio o principio de oportunidad en estos países de américa latina, y si acaso, deducir si los logros obtenidos han sido los pretendidos al inicio de las reformas.

3.4 Objetivo de la inclusión del criterio de oportunidad en la legislación de Argentina, Perú y Colombia.

Tomando en cuenta lo antes expuesto al respecto del criterio de oportunidad, podemos afirmar que el objetivo primario del citado criterio, o principio como le denominan en estos países latinoamericanos, es el de disminuir la carga procesal,

dar celeridad a la resolución de conflictos penales, disminuir la población carcelaria. Ello conseguido con la pronta resolución de los delitos que causen poca lesividad social, es decir, que su comisión, no sea trascendente para la sociedad y las víctimas en particular de cada caso.

En cada legislación extranjera, la misma figura jurídica recibe nombre diferente, incluso su carácter procesal y alcance jurídico varía y depende del motivo que le dio origen, o de la finalidad para la que fuera instituida. Tal es el caso de la discrecionalidad conferida al Ministerio Público (en México y Argentina) o Fiscal (en Colombia y Perú) para ejercer o no la acción penal en algunos delitos específicos que para ese efecto consideran las legislaciones de cada país enunciado. En México se le denomina criterio de oportunidad, contenido en el artículo 21, 7° párrafo de la CPEUM. En Argentina se le denomina criterio de oportunidad y se encuentra legislado en El *CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA* en su artículo 59 inciso 5. En Perú se le denomina principio de oportunidad y lo podemos encontrar legislado en el artículo 122, numeral 2, inciso d, en El *NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL*. Por último, en Colombia se le denomina principio de oportunidad, incluido en el artículo 250 de la *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA*.

De igual manera, si bien, sus propósitos son similares, lo son también las definiciones que en cada nación se le otorgan:

- Criterio de oportunidad, México. Por todo lo ya expuesto, y atendiendo a lo contenido en los ordenamientos legales que lo contemplan, podemos definir al criterio de oportunidad como una excepción al principio de legalidad, de acuerdo a éste, el ministerio público tiene la obligación de investigar todo delito de que tenga conocimiento. Sin embargo, un criterio de oportunidad le permite discriminar entre todos ellos y decidir sobre cuáles es posible aplicar la excepción y no ejercer acción penal, sino proceder a la resolución inmediata del delito en cuestión observando para ello ciertos requisitos contenidos en ley y asegurándose de que exista una reparación del daño y el consentimiento de ambas partes. Facultad del ministerio público que le

permite prescindir de iniciar acción penal en contra de una o varias personas responsables de la comisión de un delito.

- Principio de oportunidad, Argentina. *Es la posibilidad o atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en diversas razones de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la ya iniciada, o de limitar su extensión objetiva y subjetiva o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar.*

144

- Principio de oportunidad, Perú. *Es la institución procesal que permite al representante del Ministerio Público abstenerse del ejercicio de la acción penal en los casos previamente establecidos en nuestro ordenamiento procesal penal.*¹⁴⁵

- Principio de oportunidad. Colombia. *El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.*¹⁴⁶ En esta misma reforma menciona la aplicación del principio de oportunidad a delitos que superan la pena privativa de libertad considerada para la aplicación de este beneficio. Ordena que sea responsabilidad del Fiscal General de la Nación (en México el equivalente al Procurador, ahora Fiscal General de la República) *La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida*

¹⁴⁴ Caffarella Nores José I. El principio de oportunidad en el derecho argentino, teoría. Realidad y perspectiva en Nueva doctrina Penal. Ed. Del puerto FRL. 1996/a. Disponible en: https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-busquedasDB.pl?tipoAccion=BUSQUEDA_AVANZADA&autor=Cafferata%20Nores,%20Jos%C3%A9%20I.

¹⁴⁵ Benavides Vargas, Rosa Ruth, *El principio de oportunidad*, Corte superior de Justicia Lambayeque, Perú, Disponible en: https://nanopdf.com/download/el-principio-de-oportunidad_pdf

¹⁴⁶ LEY 1312 DE 2009 (julio 9) Diario Oficial No. 47.405 de 9 de julio de 2009. Disponible en: https://normograma.info/crc/docs/pdf/ley_1312_2009.pdf

*por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para el efecto.*¹⁴⁷

En resumen, podemos observar que, en las cuatro nociones sobre la definición de la figura jurídica, objeto de estudio de la presente investigación, la aplicación de un criterio de oportunidad (o Principio) implica la abstención del ejercicio de las facultades procesales del ente público para ello destinado en cada país. Todas implican el uso de cierta discrecionalidad, pero ceñida en todo momento a lo dispuesto por las leyes vigentes en cada nación. Se trata de una discrecionalidad reglada, no absoluta. Una vez que enunciamos brevemente la definición que en cada país consideran, podemos dar paso a citar cuáles fueron los objetivos particulares de cada uno para implementar la aplicación de ésta figura jurídica.

Objetivo del criterio de oportunidad en México: este lo podemos encontrar en la exposición de motivos del legislador al respecto de la Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública. Básicamente se trata de buscar una economía procesal que permita canalizar los recursos humanos y financieros del Estado hacia la resolución de los delitos de mayor trascendencia y afectación tanto para la sociedad como para el Estado

Criterios de oportunidad. El deber de racionalizar y de generar una política coherente de persecución penal es ya ineludible como directriz para la eficaz administración de recursos públicos, sortear los problemas económicos y maximizar hasta el máximo los recursos disponibles y la consecución de los objetivos político-criminales deseados. 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 de persecución penal se ven precisados a perseguir, en virtud de una mal entendida inderogabilidad de la persecución penal, que provoca costos constantes de persecución en asuntos que no lo ameritan. En esa tesitura es que se considera necesario conferir al Ministerio Público la facultad para aplicar 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. Es claro que los criterios de

¹⁴⁷ Ídem.

oportunidad no serán aplicables cuando se trate de intereses públicos de capital importancia. Asimismo, se preserva la posibilidad de impugnación del no ejercicio de la acción penal ante las autoridades judiciales.¹⁴⁸

En efecto, consideramos del mismo modo que la Cámara de origen, que 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 de persecución penal se ven precisados a perseguir, en virtud de una mal entendida Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información Subdirección de Archivo y Documentación 35 inderogabilidad de la persecución penal, que provoca costos constantes de persecución en asuntos que no lo ameritan. En virtud de ello es que se considera necesario conferir al Ministerio Público la facultad para aplicar 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.¹⁴⁹

Objetivo del principio de oportunidad en Argentina. Doctrinalmente, podemos enunciar los del Dr. Julio B. J. Maier:

- La descriminalización de hechos punibles, en un intento por evitar la aplicación del poder penal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte necesaria su aplicación”.
- La eficiencia del sistema penal en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método social, en procura del descongestionamiento de una justicia penal sobresaturada de casos, que no permite, precisamente, el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema, y como intento válido de revertir la desigualdad que, por selección natural provoca la afirmación rígida del principio de legalidad.¹⁵⁰

En México y Argentina el propósito del criterio de oportunidad consiste en disminuir el trabajo tanto oneroso como infructuoso para el Estado al ocuparse de

¹⁴⁸Cuaderno de apoyo reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (Proceso legislativo) (18 de junio de 2008) Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> p. 145

¹⁴⁹ Ídem. P. 294-295

¹⁵⁰ B.J. Maier, Julio, “Derecho Procesal Penal” Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto SRL, Bs. As. 1999, 2da. Edición, 1ra. Reimpresión, p. 836 y 837.

delitos de bagatela que no son trascendentes, busca también con esta figura, contribuir en la medida de lo posible al descongestionamiento de su sistema penal y optan por la justicia alternativa al considerar que pudiere brindar mejores resultados a menor costo. Pretende con su aplicación, obtener beneficios directos para el Estado, no considera el bienestar de la víctima como parte del objetivo a perseguir.

Según la jurista peruana Rosa Ruth Benavides Vargas, la finalidad del criterio de oportunidad en Perú, se puede clasificar de la siguiente manera:

a) Descriminalización, frente a la concurrencia de hechos punibles calificados como “bagatela” el *jus-puniendi* suspende su ejecución a fin de alcanzar mejores resultados que los efectos que podrían causar la imposición de una pena, es decir se considera los criterios de utilidad de sanción y políticas preventivas especiales y generales, dejando proscrita el absolutismo o retribución como efecto de aplicación de pena.

b) Resarcimiento a la víctima; se permite resarcir el daño a la víctima evitando dilaciones de tiempo resultando esta pronta y oportuna, evitando además que el procesado sea sometido a los efectos de una persecución en instancia jurisdiccional.

c) Eficiencia del sistema; la aplicación del Principio de Oportunidad debe permitir reducir la sobre carga laboral en instancia jurisdiccional dejando que el órgano judicial conozca conductas delictuosas graves donde resulte necesario hacer uso de las medidas coercitivas facultadas por ley, así mismo debe evitarse el sobre poblamiento de internos en centros penitenciarios como ocurre en la actualidad en los diversos lugares del País.

En el caso del Perú, la aplicación del criterio de oportunidad, pretende claramente agilizar el proceso penal en los casos que es posible hacerlo de acuerdo a su legislación. Descriminalizar, al resolver de manera inmediata los delitos de bagatela. Considera el bienestar de la víctima como parte de la finalidad de la aplicación de esta figura jurídica. Así como una mayor efectividad de su sistema penal, al ocuparse de procesar sólo aquellos delitos graves que lesionan el bienestar general de la población, trayendo esto aparejado la reducción de la población penitenciaria al ser menos los casos llevados a juicio.

El objetivo de la implementación del criterio de oportunidad en Colombia, pretende fomentar la celeridad procesal al no investigar delitos de poca lesividad. Farid Antonio Bejarano y Johanna Castro Gómez en su trabajo, *El principio de oportunidad en el derecho comparado*,¹⁵¹ se refieren a que los fines del principio de oportunidad están directamente relacionados con proporcionar una celeridad procesal al no investigar todos los delitos sin considerar su grado de lesividad. Comentan que indudablemente es mejor reconocer que esta selección sobre cuáles delitos investigar existe, y se aplica en la práctica; por lo cual conviene más a la sociedad que la ley regule la forma “correcta” de proceder para aplicar esta discrecionalidad en la selección de delitos susceptibles de ser procesados. Se debe proteger los derechos de las víctimas al momento de la aplicación del principio de oportunidad¹⁵²

Se considera también a los derechos de los probables responsables al procurar no exponerlos a una situación penal desmedida, fuera de proporción, tomando en cuenta los efectos que en un imputado producen el ser enjuiciado y encarcelado, aunque sea por un breve período. Ésta situación tal y como ocurre en otros países, deja a los imputados sentenciados, con una etiqueta de criminal, lo cual difícilmente le permitirá reincorporarse a la vida productiva en sociedad, por lo menos no legalmente. Al respecto Carlos Alberto Mojica y Juan Carlos Vásquez Rivera:

Entonces el principio de oportunidad aparece como el instrumento viable y novedoso para lograr la disminución en la elevada carga laboral de la Rama Judicial y la exagerada congestión en los centros penitenciarios, pretendiendo promover, bajo las formas novedosas y premisas propias del derecho conciliatorio, que el derecho penal no sólo llegue a sus destinatarios, sino que cumpla con la necesaria realización de justicia. Otros aspectos considerados como esenciales para la aplicación del principio de oportunidad son el interés social y la utilidad pública, bajo el supuesto de

¹⁵¹Bejarano, Farid Antonio y Castro Gómez, Johanna, *El principio de oportunidad en el derecho comparado* Disponible en: <http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/416/El%20principio%20de%20oportunidad%20en%20el%20derecho%20comparado.pdf?sequence=1>

¹⁵² En el artículo 328 del Código de Procedimiento Penal determina al Fiscal a velar por los intereses de las mismas al momento de aplicar el principio de oportunidad.

encontramos con delitos que, por su insignificancia, su escaso impacto social o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público. En este punto, la finalidad a la cual apunta el principio de oportunidad sería, en primer lugar, degradar o eliminar del sistema penal, dada su escasa importancia, ciertos delitos para los que se establecen penas irrisorias, privativas de la libertad; y en segundo lugar, descongestionar la administración de justicia, cuyos órganos jurisdiccionales se encuentran abarrotados de expedientes, muchos de los cuales carecen de relevancia político-criminal, permitiendo de este modo el reordenamiento racional de los recursos disponibles, para lograr de esta manera la mayor eficiencia y eficacia del sistema; eliminando la apertura de procesos inútiles, la imposición de penas privativas de la libertad y el desgaste del aparato jurisdiccional, en procesamiento de delitos de bagatela; desviando de esta manera recursos que deben emplearse en el procesamiento de conductas delictivas de verdadero impacto social.¹⁵³

Una vez enunciados los objetivos de la implementación del criterio de oportunidad en las legislaciones comentadas, estudiaremos el carácter procesal de la figura jurídica en estudio.

3.5 Carácter procesal del criterio de oportunidad en México.

Antes de iniciar con el presente apartado, debemos tener claro, ¿qué es el proceso? *Los órganos jurisdiccionales federales han definido al proceso como el conjunto de actos desarrollados por el órgano jurisdiccional, las partes interesadas y los terceros ajenos a la relación sustancial, cuya finalidad consiste en aplicar una ley o disposición general al caso concreto controvertido para darle solución correspondiente*¹⁵⁴.

Así pues, con carácter procesal nos referimos a los alcances que puede llegar a tener la aplicación de la figura jurídica del criterio de oportunidad, momento en que debe aplicarse y en qué situación queda el imputado.

En México, la facultad conferida al ministerio público, consiste en una discrecionalidad reglada, no es abierta como en algunos sistemas anglosajones.

¹⁵³ Carlos Alberto Mojica, Juan Carlos Vásquez Rivera, *El principio de oportunidad*, Colombia, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2010. P. 29 -30

¹⁵⁴ Raúl Bebolla, Rocío y Robles Rangel, Paola Edith. *Teoría General del proceso* p. 13. Disponible en: <http://www.escatop.ipn.mx/Documents/2017/GENERAL-PROCESO.pdf>

Sin embargo, a diferencia de éste último, en el que el imputado puede ser beneficiado de un acuerdo con el fiscal sin necesidad de juicio, y al mismo tiempo resultar en sentencia condenatoria. Tal situación no es el caso de México, puesto que aquí el imputado puede tener la certeza jurídica de que su asunto tendrá la naturaleza de cosa juzgada¹⁵⁵, es decir, que extingue la acción penal y una vez que reúna los requisitos para ese efecto señalados por las leyes correspondientes quedará en libertad.

Si se trata de hacer una valoración respecto del fundamento de los criterios legislativos para la aplicación de los criterios de oportunidad en nuestro nuevo sistema de justicia penal, se podría decir que ésta se caracteriza, en primer lugar, por el reconocimiento (honestidad) de las carencias económicas, materiales, en recursos humanos y de diversa índole para brindar atención a todos los asuntos del orden penal que, con independencia de su relevancia, son denunciados. Esto conecta con una consecuencia inmediata y que tiene que ver con los resultados que, en términos de eficacia y efectividad, se espera que se reflejen en el desarrollo de nuestro sistema de procuración y administración de justicia. Al mismo tiempo, no debe desecharse la garantía de seguridad jurídica que impregna, como es lógico, a la aplicación de los criterios de oportunidad, siendo que, desde el momento en que se resuelva la cuestión por esta vía alternativa, el imputado o acusado tendrá la certeza de que, una vez que cumpla con los 90 requisitos que establece nuestro sistema reglado, ya no será sometido a la justicia penal con motivo del asunto resuelto. En resumen, la aplicación del criterio de oportunidad conlleva la extinción de la responsabilidad penal del autor o partícipe.

En esta medida, la certeza jurídica no sólo opera respecto del imputado o acusado, en el sentido de que queda liberado de la represión penal, sino también respecto de la víctima u ofendido por el delito, pues, de uno u otro modo, con o sin deficiencias, los legisladores que han pretendido desarrollar la exigencia del párrafo séptimo del artículo 21 de la Constitución general, han procurado garantizar que a la víctima se le repare el daño causado por el delito y que se le otorgare la posibilidad, con la vigilancia y asesoría del ministerio público, de optar por este mecanismo

¹⁵⁵*Código Nacional de Procedimientos Penales*, Artículo 257 primer párrafo, Óp. Cit.

alternativo que, dicho sea de paso, le podría evitar la dura carga y re-victimización que genera el seguimiento de un procedimiento penal.¹⁵⁶

Para la aplicación de un criterio de oportunidad, la autoridad debe ceñirse a lo dispuesto por la Ley, lo contenido en el artículo 256 del CNPP y a los lineamientos emitidos por la Procuraduría (ahora Fiscalía) General de la República. Así también, el penúltimo párrafo del artículo 256 del mismo código señala que el criterio de oportunidad se puede aplicar en cualquier momento y hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio. Cuando el caso en cuestión amerite la aplicación de un criterio de oportunidad, esto debe notificársele a la víctima:

Las determinaciones del Ministerio Público sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal deberán ser notificadas a la víctima u ofendido quienes las podrán impugnar ante el Juez de control dentro de los diez días posteriores a que sean notificadas de dicha resolución. En estos casos, el Juez de control convocará a una audiencia para decidir, en definitiva, citando al efecto a la víctima u ofendido, al Ministerio Público y, en su caso, al imputado y a su Defensor. En caso de que la víctima, el ofendido o sus representantes legales no comparezcan a la audiencia a pesar de haber sido debidamente citados, el Juez de control declarará sin materia la impugnación.

La resolución que el Juez de control dicte en estos casos no admitirá recurso alguno.

3.6 Carácter procesal del criterio de oportunidad en Argentina, Perú y Colombia.

En Argentina. *Se apertura un procedimiento de prueba que detiene la acción penal, cumplido el período de prueba satisfactoriamente se declara extinguida la acción penal, para lo cual debe haber: 1) consentimiento de imputado; 2) reparación del daño, y 3) No haber cometido un delito anterior.*¹⁵⁷

En Colombia. De acuerdo al artículo 323 de la Ley 906 de 2004, *La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal,*

¹⁵⁶ Merino Herrera, Joaquín. Ochoa romero, Roberto Andrés. Rosas Bárcena, Xiomara Anahí. *EL PROCESO DE APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD* México, INACIPE, Gobierno Federal, Disponible en: <http://148.202.89.14/laboratoriojuiciosorales/sites/default/files>

¹⁵⁷ Óp. Cit. Benavides Vargas, Rosa Ruth.

en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad¹⁵⁸. En el artículo 324 de la misma ley, enlista los supuestos en los que se puede aplicar un principio de oportunidad y que ya hemos enunciado en líneas anteriores. En el artículo 327 establece que el juez de control deberá notificar a la víctima de la decisión de aplicar un principio de oportunidad dentro de los 5 días siguientes a la determinación de la fiscalía. En el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal, contenido en la ley 906 de 2004 establece que la aplicación de un principio de oportunidad, extinguirá la acción penal¹⁵⁹.

En el mismo Código, artículo 175 establece que la fiscalía no podrá exceder de treinta (30) días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación para aplicar el principio de oportunidad.

3.7 Aplicación del criterio de oportunidad en el proceso penal español.

“La meta del proceso penal debería ser investigar la verdad (material, lo que realmente ha ocurrido), para obtener siempre una sentencia justa y castigar al verdaderamente culpable”¹⁶⁰

En España, igual que en México, existe el principio de igualdad ante la Ley que indica que todos los españoles gozarán de los mismos derechos y obligaciones ante la Ley y que nadie podrá ser discriminado por cuestiones sociales, religiosas o personales.¹⁶¹ En el artículo 124, primer párrafo de la Constitución Española establece que la investigación de los delitos le corresponde al ministerio fiscal y que tiene como misión la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos (*...“por derechos de los ciudadanos” en el proceso penal cabe entender, tanto el derecho a una pronta reparación de la víctima, como el del encausado a su reinserción social.*¹⁶²) y del interés público (En el proceso penal por “interés público”

¹⁵⁸ Óp. cit. Ley 1312 de 2009

¹⁵⁹ Código de Procedimiento Penal, Artículo 77, Óp. Cit.

¹⁶⁰ Gómez Colomer, Juan Luis, *El Proceso Penal Español*, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A. 1993, p. 7

¹⁶¹ *CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA* Artículo 14, disponible en: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

¹⁶² Gimeno Sendra, José Vicente, *EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL M.F.* p. 4 Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicacion%20%20Gimeno%20Sendra%20Vicente%20.pdf?idFile=fa89e13f-c94d-4012-87b8-81f89e9c4849 consultado el 2 de marzo 2019

hay que entender el “*ius puniendi (sic)* del Estado, para cuya aplicación es necesario el descubrimiento de la verdad material)¹⁶³ tutelado por la Ley.¹⁶⁴

De igual manera, en su *Ley de enjuiciamiento criminal*, establece la obligación al ministerio fiscal (en México ministerio público) de iniciar todas las acciones penales que conforme a derecho considere pertinentes, haya o no, acusador particular y dejando de lado aquellas que correspondan a querrela privada.¹⁶⁵ En el Estado Español actualmente no se aplica el criterio de oportunidad. No existe como tal la figura del criterio de oportunidad, aunque se han realizado intentos por integrarla a su legislación. Existen antecedentes sobre su intención de incluirlo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM). A saber, tenemos, por ejemplo. Principio de oportunidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado por el Consejo de Ministros el 22 de julio de 2011. Proponía la inclusión limitada del principio de oportunidad. Es decir, otorgaría una discrecionalidad reglada al ministerio fiscal. El investigado no podría solicitar la aplicación de un principio de oportunidad por el mero hecho de encontrarse en los supuestos para ello previstos, permaneciendo así, intacta la autonomía del poder de decisión del ministerio fiscal, que, según el anteproyecto, debería ser acorde a los objetivos de la política criminal vigente. Consideraba varios supuestos de posible aplicación del principio de oportunidad:

El Anteproyecto introducía dos modalidades comunes de oportunidad, el archivo por oportunidad (art. 149) y el archivo con condición (art. 150); y tres supuestos adicionales de oportunidad, el archivo para facilitar la investigación de una organización criminal (art. 152), el archivo por colaboración activa contra una organización criminal (art. 153) y los supuestos especiales por razón de peligro para la seguridad nacional (arts. 155 y 156).¹⁶⁶

¹⁶³ Ídem.

¹⁶⁴ *CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA*, Artículo 124.1 Óp. Cit.

¹⁶⁵ *LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL*, Artículo 105. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=1&p=20151006&acc=Elegir>

¹⁶⁶ Vaquero López, Carlos, Principio de oportunidad y mediación. Alternativa viable y necesaria, *Revista de Mediación* Año 6. Nº 11. 1er semestre 2012, España, 2012, disponible en: <http://www.ammediadores.es/nueva/wp-content/uploads/2014/12/11.1-Principio.pdf>

Con todo ello, se buscaba dar mayor certeza jurídica y agilidad en el proceso, dado que existe ya el recurso de la mediación, sin embargo, a decir del autor, ésta es difícil de conseguir por todos los requisitos que generalmente resultan difíciles de cumplir. También, mediante acuerdo de Consejo de Ministros, del 2 de marzo del 2012 se creó una comisión institucional para elaborar el anteproyecto de una nueva LECRIM, mismo que se presentó ante la legislatura, pero no tuvo trascendencia. Esta comisión se crea derivada de la necesidad de dar mayor agilidad al proceso penal y del razonamiento que “no todo conflicto social exige, necesariamente una respuesta judicial”¹⁶⁷. Resaltaba en hecho de que se seguían rigiendo por una Ley vigente desde 1882 y que sólo el orden penal reúne un 70% de la litigiosidad en España. En el citado anteproyecto se consideraba el supuesto de conceder al ministerio fiscal la atribución de aplicar el principio de oportunidad a los casos que se encontraran en el margen de las siguientes consideraciones: cuando el delito no sea grave y no afecte interés público alguno, cuando la causa hubiera sido suspendida, cuando la sanción resulte irrelevante en relación a otra obtenida de proceso distinto, cuando el imputado sea miembro de una organización delictiva y coopere con la autoridad para la investigación en contra de su organización, cuando el imputado con su colaboración ayude a investigar delito de extorsión o amenazas, cuando el imputado con su colaboración facilite la investigación de delito cometido por funcionario público.

El jurista José Vicente Gimeno Sendra aborda otro intento de implementación del principio de oportunidad en la legislación española, en su artículo *EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL M.F.*¹⁶⁸ En él hace referencia al Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, el cual prevé hasta seis nuevas causas de motivos de sobreseimiento por razones de oportunidad.¹⁶⁹ Y argumenta ampliamente el por qué

¹⁶⁷ Acuerdo de Consejo de Ministros, por el que se crea una Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, 13 de marzo 2012, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-3570

¹⁶⁸ Gimeno Sendra, José Vicente en *EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL M.F. P. Óp. Cit. In totum*

¹⁶⁹ 1. Cuando el delito sea de escasa gravedad y no exista un interés público relevante en la persecución, atendidas todas las circunstancias. Si el delito se imputare a una persona jurídica, cuando ésta carezca de toda actividad y patrimonio y esté incurso en causa legal de disolución, aunque no se haya disuelto formalmente.

sería legal a nivel constitucional la inclusión del principio de oportunidad en la resolución de los conflictos. Refiere que lo contenido en el artículo 124.1 constitucional sobre los intereses de los ciudadanos, se verían certeramente protegidos. Con la aplicación de este principio se puede proporcionar a la víctima la reparación del daño inmediata y al investigado se le puede garantizar la rehabilitación social después de la comisión de la conducta antijurídica.

En el sistema penal español, el principio de oportunidad estaría invariablemente ligado al principio de legalidad, en contrapunto o complementariamente, depende del punto de vista y la corriente doctrinaria desde donde se le analice. Generalmente, el principio de oportunidad se percibe como una excepción a la regla, fuera de la legalidad. Como ya dejamos precedente, en América Latina, el principio de oportunidad se maneja como oportunidad reglada. Se concede la atribución al ministerio público, pero para ejercerla debe observar ciertos lineamientos, reglamentos, y leyes que le sean aplicables. A diferencia de países como los Estados Unidos de Norteamérica en donde la discrecionalidad del fiscal es absoluta y tiene incluso la capacidad de negociar las penas aplicables a cambio de confesión firmada.

Se puede menoscabar la idea de que el principio de oportunidad cae en la ilegalidad con el argumento de que el ministerio público o fiscal, debe acatarse a los

2. Cuando la causa hubiera sido suspendida, conforme al artículo siguiente, por un plazo otorgado al encausado para la satisfacción de condiciones aceptadas por el mismo y dichas condiciones hubieran sido cumplidas satisfactoriamente.

3. Cuando la sanción que pudiera llegar a imponerse al encausado por el hecho sea irrelevante a la vista de la condena que le haya sido impuesta en otro proceso o que le pueda llegar a ser impuesta en el mismo proceso.

4. Cuando el autor o participe en el hecho punible pertenezca a una organización o grupo criminal y sea el primero de los responsables en confesar el delito, si ha prestado plena colaboración con la Administración de Justicia y la misma ha sido de suficiente relevancia a criterio del Fiscal General del Estado.

5. Cuando e (*sic*) autor o participe en un delito leve o menos grave denuncie un delito de extorsión o amenazas condicionales relativas al mismo y el sobreseimiento facilite la persecución de la extorsión o las amenazas.

6. Cuando un particular denuncie un delito de cohecho o tráfico de influencias del que sea autor o participe y el sobreseimiento del delito cometido por el particular facilite la persecución del delito cometido por un funcionario público.

Artículo completo disponible en:
https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicacion%20%20Gimeno%20Sendra%20Vicente%20.pdf?idFile=fa89e13f-c94d-4012-87b8-81f89e9c4849

requisitos establecidos legalmente para la aplicación del principio de oportunidad. Al estar contenido en la Ley el hecho de poder no ejercer acción penal bajo ciertas circunstancias, está entonces atendiendo cabalmente el principio de legalidad. La Ley otorga la potestad al ministerio público o fiscal, la posibilidad de no ejercer la acción penal, más no establece la obligatoriedad de iniciar la acción penal, sólo le establece el hecho de iniciar investigaciones. De manera general, el principio de oportunidad se percibe como una forma rápida de resolver un conflicto con el uso de la discrecionalidad del ministerio público o fiscal, que incluye acuerdos y la reparación del daño. Su beneficio es a todas luces mayor que el perjuicio que pudiere causar por la posible “afectación” al principio de legalidad ya mencionado.

En la mayoría de los países de la unión europea así lo consideran y se aplica el principio de oportunidad, es Alemania quien ha legislado más al respecto. En los artículos 153 y 154 de la StPO (*Strafprozeßordnung/ Código Procesal Alemán*) legisla el principio de oportunidad reglado. *Esto permite al ministerio público no investigar los asuntos de poca importancia o el archivo del caso. A partir de la reforma del 9 de diciembre de 1974 el ministerio público cuenta con el monopolio para iniciar acción penal, no existiendo la acción particular ni la acción popular (como en el caso de España). En Alemania el ministerio público goza de la confianza absoluta en su institución.*¹⁷⁰

En Alemania incluso, la mayoría de sus casos se resuelven ya mediante negociaciones sin llegar siquiera a formalizar el proceso penal como tal. Se ha expandido una cultura de la mediación de la pena y de la pronta resolución de conflictos en gran parte del territorio de la Unión Europea. La doctora Barbara Huber en su ponencia dada en un Simposio en Argentina en 2008¹⁷¹ aborda el tema de la

¹⁷⁰Extracto del *Código Procesal Alemán (Strafprozeßordnung)*, disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4407-reflexiones-sobre-la-aplicacion-del-principio-de-oportunidad-en-el-proceso-penal-y-su-ejercicio-por-ministerio-fiscal/>

¹⁷¹ En el Simposio germano-argentino sobre «Criminalidad, Evolución del Derecho Penal y Crítica al Derecho Penal en la actualidad», celebrado en la Universidad de Buenos Aires, Argentina, del 13 al 15 de diciembre de 2007. Traducción del Prof. Dr. JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Jaume I de Castellón, España. Disponible en: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11990/Ultimas.pdf?sequence=2>

negociación de la pena y remite al lector a la década de los 90's. Se refiere a los delitos penales económicos, reforzando con ello la idea de que los delitos patrimoniales son sin excepción reparables y no hay porque trascender al proceso penal, al juicio. Según datos proporcionados por la doctora, sólo el 7% de los casos penales ingresados llegan a juicio, resolviéndose mediante la aceptación del imputado de su culpabilidad y la consecuente reducción o anulación de la pena aplicada. Lo importante, es desahogar el sistema.

Ante tal situación, no podemos afirmar que exista una ausencia del principio de legalidad, dado que se está atendiendo de facto la necesidad de resolver las controversias de tipo penal. No se vulneran derechos porque atendiendo a lo enunciado por Gimeno Sendra, se protege el interés público al ejercer el *ius puniendi* y al mismo tiempo se protegen los intereses de los ciudadanos, de la víctima al repararle el daño, y del presunto responsable al garantizarle la reinserción en la sociedad, al no ser necesaria su reclusión en establecimiento penitenciario, evitando con ello los altos costes generados al Estado. Derivados del proceso en sí, de la manutención del sentenciado en prisión y, posterior a la conclusión de su condena, del coste social al no poder reinsertarse con éxito a la población económicamente activa, por lo menos no formalmente, dados sus antecedentes penales. Aunque recordemos que nos referimos a la cultura alemana y europea, y cada sociedad tiene sus particulares directrices de conducta no escritas.

En la unión europea se busca no sólo unificar políticas territoriales y socioeconómicas. Tienen un proyecto más ambicioso a saber: se pretende la creación de un *CORPUS JURIS* único, que permita homogeneizar los procesos y procedimientos penales. Sin embargo, una idea así, requiere de mucha planeación previa, de muchas consideraciones atendiendo los vestigios de usos y costumbres que acaso prevailezcan en cada Estado. En octubre del 2017 se acordó el establecimiento de la Fiscalía Europea¹⁷², como es natural, no todos los Estados estuvieron de acuerdo, oponiéndose algunos al establecimiento de un órgano

¹⁷² Bachmaier Winter, Lorena, "La fiscalía europea: retos independientes, en Bachmaier Winter, Lorena. *La fiscalía europea*, España, Editorial Marcial Pons, 2018, p. 13

supranacional para la persecución penal. En su concepción original, el texto de propuesta para el *CORPUS JURIS* proponía una institución que actuaría dentro de una jurisdicción supranacional con autonomía de normas procesales, y dejando solamente el juicio a la legislación de la nación que correspondiese. Es decir, la etapa de investigación preliminar o aquella que sirviera para determinar el ejercicio de la acción penal, le correspondería al *CORPUS JURIS* y a partir de la etapa de instrucción a juicio ya dependería de cada Estado en particular. Por la naturaleza y alcances que pretende el proyecto, se infiere que será lento el proceso de aceptación entre los Estados miembros, a título personal se antoja no práctico, dado que no es simple centralizar los inicios de investigación para determinar si se ejerce o no la acción penal. En todo caso, lo práctico sería un Código único en cuanto a tipificación de delitos y procedimientos procesales y que cada Estado ejerza las funciones de investigación y juicio si procede.

“La solución de los conflictos es uno de los fines del derecho, y si ello se logra a través de acuerdos amistosos entre las partes, esto no debiera inquietar a nadie”¹⁷³

En la antigüedad el proceso penal era iniciado y sentenciado por un mismo personaje. En la Alemania de la época de mediados del siglo XIX¹⁷⁴ se iniciaron las bases para constitucionalizar el procedimiento judicial público como derecho fundamental. Se separa al acusador del juez y surge la figura del ministerio público, quien fungiría como parte acusadora y se enfrentaría a una defensa durante el juicio oral. Entre otras facultades asignadas a la recién figura creada, se le asignó la de la disposición de la acusación, se le daba la prerrogativa de renunciar a la persecución penal en casos menores.¹⁷⁵ Se les concedió el monopolio de la acusación, pero no la obligación de hacerlo oficiosamente.¹⁷⁶ En Alemania, se da el primer paso en el

¹⁷³ Laveaga, Gerardo, ABC del nuevo sistema de justicia penal en México, México, Gobierno Federal de México en colaboración con la Procuraduría General de la República y el INACIPE, 2011, p. 11

¹⁷⁴ Perron, Walter y López-Barajas Perea, Inmaculada. “El Ministerio Fiscal-Director de la Investigación en el proceso penal alemán”, en Gimeno Sendra, Vicente. *El ministerio fiscal-director de la instrucción*, España, Editorial IUSTEL, 2006 1ª Edición, p. 75

¹⁷⁵ Lamadrid Luengas, Miguel Ángel. *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal*. Tesis doctoral. P. 61-129. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=principio%20de%20oportunidad&filtros.DOCUMENTAL_FACET_MATERIA=18&inicio=1

¹⁷⁶ Esto fue en las décadas de los 50y 60 del siglo XIX.

uso de la discrecionalidad con el Decreto General prusiano en 1854¹⁷⁷, el cual establecía que era obligación del ministerio público investigar las conductas delictivas de que tuviera conocimiento, pero también le señalaba el cuidado que debía tener al no perseguir acciones apenas sancionables. GÓMEZ COLOMER afirma que el principio de legalidad en Alemania, no se aplica de forma absoluta dado que el fiscal no está obligado a investigar todas las infracciones al derecho penal de que tenga conocimiento. Señala la existencia de razones de conveniencia basadas en la prevención general y específica, con objeto de disminuir los efectos procesales de dicho principio¹⁷⁸

El miedo que ha existido desde siempre es otorgarle poder desmedido al ministerio público para que autónomamente decida sobre el ejercicio de la acción penal. Ante esta situación es recomendable elevar el nivel de conocimiento y experiencia de los titulares de esta institución, a fin de minimizar los casos de injusticia, negligencia por desconocimiento o en el peor de los casos, por abuso de autoridad. Se dio un caso en el estado de Morelos, en México, sobre la detención de un joven que muere en oficinas de la policía¹⁷⁹, y en la audiencia para vincular a proceso, se aprecia la falta de pericia del ministerio público, misma que pudo haber

¹⁷⁷ Perron, Walter y López-Barajas Perea, Inmaculada. "El Ministerio Fiscal-Director de la Investigación en el proceso penal alemán", en Gimeno Sendra, Vicente. *El ministerio fiscal-director de la instrucción*, Óp. Cit. P. 75-78

¹⁷⁸ Apud Ovejero-Becerra, Santiago Guibert, *El ministerio fiscal en el siglo XXI*. España, Editorial Tirant lo Blanch, 2017, p. 55

¹⁷⁹ El caso ocurre en el estado de Morelos en México en 2017, sobre un joven que detuvo la policía del mando único en el municipio de Cuernavaca, según las notas periodísticas lo detuvieron por robo. En detención, el joven muere, presentando lesiones físicas en todo el cuerpo. Sin embargo, el informe del médico forense indica que la causa de la muerte es indeterminada. En audiencia ya con la juez a la que se le turno el caso, ésta reprendió duramente a la fiscalía y específicamente a los agentes del ministerio público encargados de integrar la carpeta de investigación. Debido a que la carpeta y la solicitud de vinculación a proceso estaba llena de faltas de fondo. A decir de la juzgadora, exhibía a todas luces la incompetencia de quien había integrado la carpeta (en el mejor de los casos), porque el asunto se prestaba también a malas interpretaciones del carácter de corrupción y a pensar que a propósito se entregó una investigación preliminar deficiente con miras a que los imputados obtuvieran su libertad lisa y llana. No obstante, la Juez decide no vincular a proceso, deja en libertad a los probables responsables con el apercibimiento de que solicitará se formule una nueva carpeta para vincular a proceso de forma correcta. Solicita nombres del personal del ministerio público responsable de esa deficiente carpeta de investigación y solicita a la fiscalía se determine responsabilidad o destitución si procede. Y además instruye se remita oficio a la comisión de derechos humanos para que investigue el caso por posible tortura. En este particular caso más o menos reciente (la audiencia se da en el 2018) podemos apreciar la falta de preparación con que contaba el ministerio público responsable o la posible presencia de un acto de corrupción descarado.

terminado en un caso de impunidad. El asunto fue puesto en manos de ministerio público diferente a espera de una correcta integración de la carpeta de investigación para vincular a proceso eficientemente, sobre un caso sólido y bien fundado. De ahí la importancia de que los agentes del ministerio público sean personas capacitadas con el perfil necesario para tratar correctamente cada caso que se les presente. La modernidad de que ahora gozan los delincuentes suele superar la capacidad humana, económica y tecnológica de las autoridades, entre ellos, las del ministerio público.

En la actualidad, con el devenir de la modernidad, y ahora la globalización, las conductas antijurídicas han ido en aumento. Esta situación se puede combatir de varias formas: investigando oficiosamente cada supuesto de hecho delictivo, con la reducción en la gravedad de tipificación de conductas delictivas, con la efficientización del funcionamiento del sistema procesal penal, o, en el peor de los casos, la indiferencia ante tal situación. En tratándose del primer supuesto, sucedería lo que ya conocemos, la saturación del sistema penal por el número creciente de manera constante de casos a investigar. Situación que definitivamente contribuiría al incremento de la congestión de mismo sistema penal, incremento de población carcelaria, incremento en los costos pagados por el Estado en la tarea de administrar justicia, las cifras se elevarían sin tope.

El segundo supuesto implica despenalizar ciertas conductas leves que pueden ser sancionadas administrativamente¹⁸⁰, puede conducir a una disminución en la carga procesal, pero también puede ocasionar un alza de casos en el ámbito administrativo, habría que analizar costos. En Alemania se ha dado una descriminalización de ciertos delitos, limitando el derecho penal a delitos que si afectan gravemente a la sociedad en su conjunto. Le dan importancia a la cuantía del bien jurídico protegido por la norma infringida¹⁸¹. Esto nos deja con el supuesto deseable, el tercero, un óptimo funcionamiento del sistema penal es parte de lo que

¹⁸⁰ Delitos como, por ejemplo: de tránsito, defraudación fiscal, robo sin violencia, todos los delitos patrimoniales. Si es material, se puede pagar y si se puede pagar es daño reparable.

¹⁸¹Lamadrid Luengas, Miguel Ángel. *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal*. Tesis doctoral. Óp. cit. P. 356

buscan todos los sistemas jurídicos. Con la aplicación del principio de oportunidad en los países que ya lo hacen se logra un abatimiento del número de casos llevados a proceso, el ministerio público o fiscal funge como juez antes de llevar el conflicto formalmente ante un juez y de esta manera se disminuye considerablemente la carga procesal.

En la unión europea, existe un interés común en implementar mecanismos que favorezcan la optimización del proceso penal. Como ejemplo tenemos las recomendaciones que el Comité de Ministros hace a los Estados miembros del Consejo de Europa. Una de ellas, la recomendación N° R(87) 18 emitida el 17 de septiembre de 1987¹⁸², aborda el tema del principio de oportunidad y al respecto enuncia:¹⁸³

- El principio de oportunidad debería ser adoptado o extenderse su aplicación en los casos en los cuales lo permita el contexto histórico y las constituciones de los Estados miembros; de no ser posible, se deberían prever otras medidas que respondan a la misma finalidad.
- La facultad de renunciar o de poner término al procedimiento penal ya iniciado debería ser establecida legalmente.
- La decisión de renunciar solamente debería adoptarse cuando la autoridad que lo aplica disponga de indicios suficientes de culpabilidad.
- El principio debería ser aplicado partiendo de bases generales como el interés público.
- Se debe inspirar en el principio de igualdad de todos ante la ley y el de individualización de la justicia penal, teniendo en cuenta la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción; personalidad del denunciado y la condena que pudiera imponérsele; los efectos de esta condena sobre el denunciado; y la situación de la víctima.
- El archivo podrá ser puro y simple o sometido a determinadas condiciones.
- En consentimiento con conocimiento de causa y libre del denunciado es necesario en todos los casos que se prevea un archivo bajo condición.
- La suspensión será temporal o definitiva.

¹⁸² En esta recomendación se establece que es posible optimizar los procedimientos judiciales mediante: la racionalización de los medios asignados, la utilización del principio de oportunidad, el aprovechamiento de procedimientos sumarios, transacciones extrajudiciales y de procedimientos simplificados para las infracciones consideradas leves, la simplificación del proceso ordinario.

¹⁸³ Recomendación (87) 18, p.2

- En los archivos bajo condición, la suspensión será definitiva desde que conste el cumplimiento de las obligaciones impuestas: La decisión de archivo solo será equiparada a una decisión jurisdiccional cuando el presunto delincuente haya reconocido su culpabilidad.
- En la medida de lo posible, deberá notificarse al denunciante la decisión de archivo.
- La víctima deberá tener la opción de tener la reparación ante un tribunal civil o penal.
- La notificación al sospechoso no sería necesaria si la decisión tiene forma de un archivo simple.

Existe, en el manejo del principio de oportunidad dos conceptos jurídicos indeterminados, la culpabilidad mínima y la falta de interés público. Para determinar la primera es necesario analizar el fin de la norma y lo que busca proteger. En caso de daño a personas se debe considerar que la conducta no hubiere causado dolores considerables ni hubiere atentado contra la integridad corporal; y en tratándose de daño material, que la conducta no hubiere llegado a destruir el bien. Se realiza un análisis de las circunstancias del hecho, del responsable y de la víctima. Se confirma que falten elementos agravantes y se compara el caso con otros similares en aras de asegurarse que el daño causado es inferior al causado por la media del tipo de conducta de que se trate. En el caso del interés público, se presume que existe cuando el daño trasciende de la víctima a su entorno, cuando se ve afectada pues, la armonía jurídica y la paz. También se debe analizar el perfil psicológico del responsable, si representa un peligro latente para la sociedad o el Estado; si es corregible o no, y en general, su buena o mala conducta en sociedad. Y que el daño causado no haya producido efectos significativos en lo social y que los producidos hayan sido subsanados mediante la reparación del daño.

La finalidad de la aplicación del principio de oportunidad atendiendo los conceptos de culpabilidad mínima y falta de interés público en punir, es la de conseguir una economía procesal; se busca no invertir en el costoso trabajo de investigación penal en aquellos delitos que pueden ser resueltos sin juicio. En lo tocante a los criterios y reglas que debe observar el ministerio público o fiscal antes de aplicar un principio de oportunidad, no se considera óptimo que éstos sean

tajantes, porque su propia subjetividad es lo que enriquece su naturaleza. El hecho de que no estén perfectamente especificados, le proporciona al ministerio público la facilidad de argumentar su decisión basado en las directrices para ello establecidas. Además, es humanamente imposible prever y legislar sobre todas las variantes de conducta antijurídica posibles.

Así pues, el objeto de la aplicación del principio de oportunidad en los Estados dónde se aplica, es la disposición del ejercicio de la acción penal, de iniciar o no la acción penal sobre un conflicto. Generalmente, lo deseable es que el ministerio público actúe en beneficio de la sociedad, observando en todo momento el cumplimiento de los objetivos de la política criminal vigente, y lo más importante, no afectar negativamente a la víctima ni al investigado (imputado). En Alemania, el único legitimado para aplicar el principio de oportunidad, es el ministerio público, y no requiere aprobación del tribunal. En México le corresponde al ministerio público, pero debe aprobarlo el Fiscal General (antes Procurador). En Argentina, Perú y Colombia el ministerio público o fiscal lo ejerce libremente también sin que una autoridad distinta tenga que intervenir. Esto es lo natural, porque si tomamos en cuenta que el objeto de instituir la aplicación de los principios de oportunidad es la de ayudar a la descongestión del sistema penal, y en consecuencia a que los jueces tengan el tiempo necesario para ocuparse de casos verdaderamente graves. Es necesario que el sistema penal respalde a los funcionarios del ministerio público al brindarles la atribución completa. Dado que, si ya se les ha otorgado la potestad para decidir sobre el ejercicio de la acción penal, no es necesario involucrar a un tercero porque esto derivaría en una carga procesal pero ahora ubicado en el tribunal (en el caso de Alemania) y en las oficinas de la Fiscalía General (en el caso de México) y los jueces no verían paliada su necesidad de disminución de carga procesal.

A diferencia de México, en Alemania, la aplicación de un principio de oportunidad mediante el archivo, no se considera cosa juzgada. Así las cosas, si durante el tiempo que el delito tenga vigencia, es decir, antes de que suceda la prescripción penal, se descubren nuevos elementos de prueba, el ministerio público

tiene la facultad de reabrir el caso. El asunto queda archivado por el tiempo directamente relacionado a la pena que le hubiere correspondido. Una vez transcurrido éste, se extinguirá la posibilidad de ejercer acción penal, pero por prescripción de la pena, no por considerarse cosa juzgada.

El principio de oportunidad se encuentra legitimado al estar contenido en las leyes vigentes alemanas, de México y algunos países de América latina. Su aplicación se da de la siguiente manera: cuando el ministerio público o fiscal tiene conocimiento del ilícito, procede a las investigaciones preliminares, en caso de confirmarse el hecho delictivo, ahonda en las indagaciones para integrar la carpeta de investigación. En este lapso, el ministerio público deberá evaluar la conducta antijurídica y determinar: el supuesto de hecho, el presunto responsable, si la conducta es acreedora de una pena, si la conducta merece ser sancionada con una pena, si el responsable es imputable, si el delito merece ser procesado y por último la pena que merece. Antes de pasar a vislumbrar la pena correspondiente, el ministerio público deberá determinar si el hecho merece ser resuelto mediante proceso de juicio o si es susceptible de aplicársele el beneficio de un principio de oportunidad.

3.7.1 Por qué adoptar el principio de oportunidad en España y el mundo en general.

El proceso penal fue creado como un sistema represor, castigador, con miras a intimidar a los posibles delincuentes y a usarlos de ejemplo sobre las posibles consecuencias que tendría la comisión de conductas antijurídicas. A lo largo de la historia, el ser humano se ha organizado en comunidades, sociedades con entes creados para facilitar su convivencia en grupo. Sin embargo, el ser humano es tan diverso como polifacético, somos predecibles en algunas situaciones, pero no en todas. Nadie puede adivinar la reacción que tendrá una persona determinada en x situación y tampoco se puede aseverar que otras personas reaccionarán de la misma manera en igualdad de circunstancias. En siglos pasados, los castigos impuestos eran bárbaros, sin tomar en cuenta los derechos humanos (que además

ni siquiera existía el concepto como tal), eran crueles, y la pena de muerte era algo generalizado¹⁸⁴.

Al día de hoy se aplica aún en muchos más Estados de los que me gustaría saber y la aplican por delitos absurdos derivados del autoritarismo religioso y político. Se aplica pena de muerte, por ejemplo: por homosexualidad, diferencias de creencias religiosas, ejercicio de la libertad de expresión, relaciones fuera del matrimonio. También existe pena de muerte en donde prevalece la democracia, como es el caso de Estados Unidos de Norteamérica, que por un lado es capaz de negociar penas a cambio de confesiones, y por otro, condena a muerte por delitos graves. Existen grandes juristas como el Doctor Luis A. Arroyo Zapatero que se pronuncian en contra de la pena de muerte y busca a través de su obra, fomentar una cultura humanista y de respeto a la vida humana.¹⁸⁵Aunque, si bien en España la pena de muerte fue abolida con la constitución de 1978 en el artículo 15, deja abierta la posibilidad de aplicar la pena capital en tiempos de guerra. Más tarde el 1995 con la modificación a la Ley Orgánica 11/1995¹⁸⁶, de 27 de noviembre del Código Penal militar (de España) se prohíbe la pena capital aun en tiempos de guerra, en teoría queda abolida por completo. Su propósito y fin fue expresamente el de abolir la pena de muerte establecida para tiempo de guerra. Sin embargo, el

¹⁸⁴ En la actualidad, la pena de muerte se impone en la mitad de los países del mundo. China encabeza la lista reuniendo en su haber más ejecuciones que el total del resto de países que la aplican. Le siguen Irán, Arabia Saudí, Irak y Estados Unidos (por número de ejecuciones). Los métodos más utilizados son: arma de fuego, decapitación, ahorcamiento e inyección letal. En doce países se aplica la pena de muerte por homosexualidad. En diez países se aplica por blasfemia. Puede encontrar información más detallada en: <https://www.farodevigo.es/noticias-hoy/pena-de-muerte/dia-pena-muerte.html>

¹⁸⁵ Arroyo Zapatero, Luis A. La experiencia de la abolición de la pena capital en Gran Bretaña, En: Rodríguez Yagüe, Cristina (editora). Gallardo Vaamonde, Luis (coordinador). *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, España, Universidad de Castilla-La Mancha, 2013 p. 471-502. El Doctor Luis Arroyo cuenta con innumerables escritos sobre el tema en cuestión.

Para un mejor entendimiento sobre la corriente de pensamiento del Dr. Arroyo puede consultar el contenido de su blog jurídico en el sitio de la UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA en el siguiente enlace <https://blog.uclm.es/luisarroyozapatero/breve-cv-2/>

¹⁸⁶ Modificación publicada el 28 de noviembre de 1995. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-25714>

texto constitucional no ha sido cambiado, está vigente el texto “salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”¹⁸⁷

Con el paso del tiempo, los castigos se han ido humanizando, ahora se castiga la integridad psicológica más que al cuerpo. Resulta subjetiva la idea de castigar psicológicamente a los sujetos, no obstante, lo que ahora se busca con el delincuente es “quebrarlos”¹⁸⁸ (por lo menos en México) desmoralizarlos a tal punto que si en algún momento llegan a salir de prisión, al recordar los castigos y las vejaciones de las que fueron objeto, se lo piensan más de dos veces antes de volver a delinquir. Existen delincuentes que incluso llegan a suicidarse antes de permitirse volver a prisión.

Recapitulemos, en sus inicios, el principio de legalidad representaba la garantía de igualdad ante la ley al investigar todos y cada uno de los delitos que se cometían no importando la cuantía del daño causado, circunstancias en que se cometía el delito, situación socioeconómica del delincuente, situación general de la sociedad. No obstante, con el avance de los tiempos, de las costumbres y el devenir de nuevas necesidades, dadas las nuevas formas de organización de la sociedad, los delitos también evolucionaron. Surgieron nuevas conductas antijurídicas aún más graves de las que se castigaban en el siglo XIX, por ejemplo. Por citar algo podemos hablar del caso de México, en relación a los narcotraficantes. En las décadas anteriores a los 90’s los narcotraficantes no mataban a los familiares de ellos entre sí, existía un “respeto”, cierto “código de honor”. En la década de los 90’s surge el delito del secuestro con mucha fuerza¹⁸⁹, delito que se ha mantenido hasta la actualidad y cada vez con características más crueles e inhumanas.

¹⁸⁷ *CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA*, Artículo 15 Óp. Cit. Incluso la Unión Europea considera esencial la abolición de la pena de muerte, ésta constituye una de las condiciones para la adhesión de los Estados miembros. También la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 7 de junio de 2016, establece en su artículo 2 sobre “Derecho a la vida” que

1. Toda persona tiene derecho a la vida.
2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.

¹⁸⁸ Término utilizado en México para decir que alguien está desmoralizado, sin conservar valor en sí mismo como ser humano y sin importarles ya pelear por defender sus derechos o ideales. Con esto los encaminan por donde conviene.

¹⁸⁹ Puede encontrar más datos de referencia al respecto en: http://www.mexicodenuncia.org/?page_id=103

Dicho lo anterior, podemos observar que la autoridad tiene demandas más imperantes que la de la resolución de un robo a un establecimiento comercial, por citar un ejemplo de delitos de bagatela. Siempre que no haya afectación física de alguna persona, el daño es reparable. En este escenario, el principio de legalidad en vez de hacer de catalizador hacia la igualdad, funge como facilitador para generar un cuello de botella. Los casos que llegan son infinitos, no cesan nunca y muchos de ellos son susceptibles de ser resueltos sin juicio. Aquí es dónde se debe auxiliar del principio de oportunidad, como ya se mencionó en líneas anteriores, el citado principio puede perfectamente funcionar como colaborador para que se dé el principio de legalidad. Porque si bien no se dará proceso legal a todas las conductas antijurídicas, si se le dará solución mediante un mecanismo legal distinto del proceso judicial formal. Se otorgará una solución supervisada por la autoridad y a conformidad de los afectados.

¿Qué es lo que hace que percibamos como eficiente o ineficiente el funcionamiento de un sistema penal? Podría responderse tan sencillo como: “que el Juez dicte sentencia condenatoria para los culpables y absolutorias para los inocentes” ... Cosa más simple, sin embargo, no es asunto fácil. En el caso de México, el todo se convierte en un círculo vicioso. La criminalidad daña al progreso empresarial, al pedir cuotas a los establecimientos comerciales para dejarles trabajar “en paz”, les cobran para protegerlos de ellos mismos. Esto origina que muchos establecimientos cierren, lo que ocasiona que los empleos que generaban se pierdan. Los desempleados no logran ubicarse todos en un nuevo trabajo. Muchos de ellos aunado a su desempleo no cuentan con preparación académica suficiente (aunque en México ninguna es suficiente) y van a parar a las filas de la delincuencia organizada.

¿Por qué mencionar este tipo de delitos si en general el principio de oportunidad sólo se podría ocupar de los delitos menores y patrimoniales? Simple, si se aplica el principio de oportunidad a mayor número de casos de bagatela, mayor será el recurso humano y económico con el que la autoridad cuente para combatir este tipo de delitos trascendentales y que de verdad laceran a la sociedad en su

conjunto. La percepción de la seguridad que se tiene de México, se da no sólo en el país, trasciende fronteras¹⁹⁰ y los estudiosos del Derecho internacional así lo perciben.

*Por lo que yo puedo ver en México imperan unas circunstancias de criminalidad y de impunidad que no solo produce incontables víctimas mortales y de todo tipo, sino que se convierte en el mayor freno al desarrollo y el progreso social y económico...*¹⁹¹

Los problemas que la criminalidad causa son diferentes en cada país, varía en función de la situación económica, la cultura, posicionamiento geográfico; y cada uno de ellos hace lo propio por combatir a la delincuencia. Dados los antecedentes sobre intentos de reforma a la LECRIM, queda claro que el legislador español está consciente de la importancia sobre la inclusión del principio de oportunidad en España. La Unión Europea en su mayoría lo aplica también. Notamos que es Alemania quien más ha avanzado en la resolución de conflictos a través de una no bien vista negociación penal libre y que no está determinada en la Ley su operatividad. Sin embargo, si atendemos estrictamente al que debiera ser el objetivo primordial del derecho penal que es el de resolver casos y administrar justicia tanto a víctimas como a inculpados. Mientras uno u otro no se quejen de que se han violentado sus derechos fundamentales (ahora derechos humanos), la pauta a seguir está marcada. La justicia alternativa y restaurativa llegó para resolver a largo plazo el problema del congestionamiento penal y la saturación de los establecimientos penitenciarios. Solo hace falta puntualizar legal y concienzudamente las directrices que promuevan una eficientización de la repartición de justicia hacia las tres partes involucradas: víctima, inculpadado y Estado.

¹⁹⁰ Esta pudiera parecer una percepción muy personal vista desde un miembro de la sociedad mexicana con ingresos y estilo de vida promedio. Sin embargo, la misma percepción de la seguridad en México tiene el Doctor Luis Arroyo Zapatero. Reconocido jurista español que estudia el fenómeno jurídico alrededor del mundo.

¹⁹¹Arroyo Zapatero, Luis Alberto, *El ministerio fiscal en España. Posibles utilidades en el momento mexicano*, México, INACIPE, 2019, p. 18

Es buen momento para decantarme a favor de la libre aplicación del criterio/principio de oportunidad. No como un artífice mercenario de la administración de justicia, sino como una herramienta que contribuya a alcanzar los objetivos que pretende la política criminal de cada Estado, que invariablemente se enfocan en la reducción de la criminalidad y un aumento en los índices de procuración de justicia, así como una disminución del congestionamiento del sistema penal y una considerable disminución en los costes económicos que ello representa, situación que demostraremos en el capítulo V.

CAPÍTULO IV

4. OPERATIVIDAD DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD Y LOS BENEFICIOS DE SU APLICACIÓN.

4.1 Política criminal y el criterio de oportunidad.

Hemos ahondado en capítulos anteriores sobre las bondades que significa la aplicación de los criterios de oportunidad. Como cualquier figura jurídica que recién se implementa, ésta necesita ciertos cambios estructurales, funcionales y adaptaciones a la legislación. Como hemos analizado ya, la instauración del criterio de oportunidad en México responde a la necesidad de coadyuvar en el objetivo de la despresurización del sistema penal mexicano y de contribuir a los fines de la política criminal proyectada en el plan nacional de desarrollo.

La criminalidad es un problema trasnacional. Cada Estado dentro de sus posibilidades económicas y estructurales busca incansablemente el combatir este problema social que lacera no solo a los intereses del estado, sino al de los individuos de manera particular al verse afectados cotidianamente por los sucesos delictivos que día a día acontecen.

Para empezar, dejaremos claro que entendemos por política criminal.

Disciplina que se ocupa de las formas o medios a poner en práctica por el Estado para una eficaz lucha contra el delito, y a cuyo efecto se auxilia de los aportes de la Criminología y de la Penología» (Franz VON LISZT). Es el conjunto sistemático de principios en los que se inspira la actuación del Estado para organizar la lucha contra la criminalidad.¹⁹²

Aunque en Cuba el régimen político y económico es distinto al capitalismo que rige a casi todo el mundo, su concepción de política criminal es en esencia la misma que para el resto del mundo.

Política criminal. Política del Estado y de los grupos dominantes para enfrentar la cuestión criminal. El núcleo de la Política Criminal es la lucha contra el crimen, no

¹⁹² Enciclopedia jurídica disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/pol%C3%ADtica-criminal/pol%C3%ADtica-criminal.htm>

debiendo quedar restringida al área judicial o del Derecho Penal, sino que debe extenderse a los medios preventivos y represivos del Estado. Objeto. Su objeto es la política que lleva a cabo el Estado y la Sociedad para enfrentar tanto la criminalidad convencional como la no convencional, así como la nacional, internacional y transnacional, ya que entre ellas se da una interdependencia creciente que es preciso tener en cuenta en los procesos de criminalización y descriminalización; también entraña la consideración de la comunidad, el delincuente y la víctima, así como las llamadas políticas penitenciarias y otras que tengan relación con el tema criminal, las cuales deben estimarse como parte de la misma.

- Los principales objetos de la Política Criminal pueden resumirse como sigue:
- La máxima eliminación de las penas cortas de prisión y el frecuente uso de la multa;
- La aplicación de la condena condicional donde fuere practicable;
- La ejecución de medidas educativas para jóvenes delincuentes;
- La atención primordial a la naturaleza del criminal y de sus motivaciones;
- La consideración del Estado Peligroso;
- La profilaxis de la inclinación criminal en desarrollo (habitualidad y aprendizaje criminal);
- Formación profesional del personal penitenciario y del de la administración del Derecho Penal;
- La recepción de medidas de seguridad para aquéllos supuestos en que lo aconseje el estado mental o la posibilidad de readaptación o corrección del delincuente.¹⁹³

A pesar de tratarse de un régimen socialista, se hace la transcripción debido a que dentro de los objetivos de su política criminal tiene por objeto eliminar las penas cortas, considera la educación de los jóvenes como medida preventiva y no su encarcelamiento como medida restaurativa. Considera importante el atender las causas que motivaron al delincuente a cometer el ilícito y algo muy importante, le

¹⁹³Política Criminal, Cuba, Editorial-Poligráfica Félix Varela, 2004, disponible en: https://www.ecured.cu/Pol%C3%ADtica_criminal

da importancia a la formación del personal que atiende a la población penitenciaria y a quienes administran el derecho penal.

Por su parte, en Colombia, la política criminal se maneja como la respuesta que el Estado debe generar para responder a las conductas que causan perjuicio social con la finalidad (como los otros Estados) de garantizar la protección de los intereses del Estado y los derechos de sus gobernados. Su política criminal está de acuerdo que el derecho penal no es la única respuesta para frenar las conductas lesivas de las personas, se le debe dar importancia al aspecto social al permitir el acceso general de las personas a las oportunidades que el Estado proporciona para beneficiarse de bienes y servicios suministrados por el mismo¹⁹⁴. La Corte Constitucional en la sentencia C-646 de 2001 la define de la siguiente manera:

“Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito (cita suprimida). También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además, puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica”¹⁹⁵

¹⁹⁴ Política criminal del estado colombiano, *in totum*, Disponible en: [http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/politica%20criminal%20\(1\).pdf?ver=2017-03-09-180338-790](http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/politica%20criminal%20(1).pdf?ver=2017-03-09-180338-790)

¹⁹⁵ Ídem.

En Argentina se manejan conceptos similares en lo que a política criminal se refiere:

La política criminal es el sistema de decisiones estatales que en procura de ciertos objetivos, define los delitos y sus penas y organiza las respuestas públicas tanto para evitarlos como para sancionarlos estableciendo los órganos y los procedimientos a tal fin y los límites en que tales decisiones se deberán encausar. La política criminal de un Estado, como parte de su política general, lleva ínsita una concepción filosófica e ideológica política determinadas. Será distinta su orientación conforme la escala de valores que se priorice, o que el modelo de Estado sea democrático o totalitario. Todo cuerpo normativo destinado a organizar la vida de una comunidad debe atender a la evolución de la misma y a las exigencias del momento histórico en el que pretende tener vigencia.¹⁹⁶

La política criminal del Perú busca funcionar de forma integral luchando por combatir la criminalidad no sólo el Estado, sino que pretende involucrar a los ciudadanos. Buscan dar una nueva formación educativa a los niños a través de un programa de fiscales escolares cuya finalidad es enseñar a los estudiantes cuáles conductas no deben llevar a cabo. Otro de sus programas consiste en mantener a los jóvenes ocupados en actividades comunitarias lo que ayuda a disminuir la posibilidad de caer en actividades delictivas. Otra característica que vale la pena destacar, es que realizan auditorias constantes a su personal, así como fortalecimiento y capacitación a la Policía Nacional con el fin de evitar en la medida de lo posible la impunidad.

Cuenta con un Consejo Nacional de Política Criminal encargado de planificar, articular, supervisar y dar seguimiento a la política criminal del Estado. Lo preside el Ministro de Justicia y Derechos Humanos y está conformado por las más altas autoridades del sector público, tales como el Fiscal de la Nación, el Presidente del Poder Judicial y el Defensor del Pueblo. Define a su política criminal de la siguiente manera:

Es el conjunto de medidas que adopta el Estado para hacer frente a la criminalidad en una sociedad. Por lo tanto, constituye la estrategia del Estado para combatir, prevenir y sancionar la delincuencia, respetando siempre los derechos fundamentales.

¹⁹⁶ Política criminal de Argentina, disponible en: <https://argentina.leyderecho.org/politica-criminal/>

El Consejo Nacional de Política Criminal está encargado de analizar el fenómeno social del delito y de aprobar las medidas para combatirlo, contribuyendo a reducir los índices de la delincuencia. También centra su labor en el sistema penitenciario, realizando acciones destinadas a mejorar la situación carcelaria de las personas privadas de libertad con el objeto de lograr su reinserción social.¹⁹⁷

Como podemos observar, en los conceptos y acepciones citadas, la generalidad es que la política criminal de un Estado pretende no sólo hacer frente al delito con firmeza, busca también combatir el delito desde su origen. Como en el caso del Perú la cual me parece que es el camino para resolver o por lo menos disminuir el tema de la alta incidencia en la criminalidad. El contar con programas sociales educativos y de ocupación en actividades productivas, que, si bien no dejan beneficio personal de inmediato, si contribuirán a la larga a que las conductas delictivas disminuyan, el contar con una niñez y juventud educada en la empatía de deber “hacer el bien” nos proporciona la esperanza, si acaso, de que en su edad adulta serán empáticos con sus conciudadanos y no caerán fácilmente en ilícitos como viene sucediendo actualmente.

La política criminal de México se encuentra en transición, el sistema penal mexicano en los últimos años mutó de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio garantista. El viejo sistema se caracterizaba entre otras cosas por ejercer el principio de legalidad al máximo en donde todos los delitos por insignificantes que fueran en cuanto a valía de lo dañado, debían ser investigados y los responsables eran llevados a proceso sin tener otra alternativa. Como parte medular de la reciente política criminal, surge el nuevo sistema penal en donde la justicia restaurativa es la opción disponible entre otros mecanismos para dar salida de manera expedita a los asuntos delictivos de poca trascendencia. Así como nuevas figuras jurídicas que fungen como instrumento para dar soluciones alternativas a los conflictos en materia penal sin necesidad de llevar a juicio todos los supuestos de hecho delictivos

¹⁹⁷ Mayor información sobre este consejo se puede obtener en: <https://www.minjus.gob.pe/consejo/>

Al respecto, la Procuraduría General de la República emitió el comunicado 680/18, sobre el cual el Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales Alberto Elías Beltrán habló en la XXXIX Asamblea Plenaria de la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, en Acapulco, Guerrero. Proporcionando algunos detalles importantes como el de que se identifican ocho mercados prioritarios en su política criminal. Siendo estos los delitos económicos y financieros, narcotráfico, lavado de activos, tráfico de armas, crimen organizado, delitos ambientales, contrabando y corrupción. Y consideran a los delitos patrimoniales; contra la salud; violación a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; del Código Penal Federal; leyes financieras; y cometidos por servidores públicos como de baja complejidad y susceptibles de resolverse con los nuevos mecanismos alternativos de solución de controversias.¹⁹⁸

Sin analizar de fondo en qué exactamente consiste la política criminal y dada la transición que en estas fechas estamos viviendo por el cambio de presidente de la República, tomaremos la información supra enunciada emitida por la procuraduría en junio del 2018. Los delitos de poca complejidad han venido siendo tratados en su mayoría como delitos graves, los delitos graves deben ser investigados con el responsable (si lo tienen identificado) en prisión preventiva, esta situación contribuye a la saturación del sistema procesal penal y en consecuencia del sistema penitenciario. Los delincuentes responsables de los delitos llamados de poca complejidad, (en su mayoría) no son delincuentes experimentados o de alta peligrosidad, en realidad la lesión que causan a los bienes jurídicos no es trascendental.

Después de cierto tiempo en prisión preventiva (que además la purgan en compañía de delincuentes peligrosos) los delincuentes que no eran peligrosos o lesivos, ahora lo son, así que en resumen en lugar de contar con un establecimiento penitenciario que sirva para rehabilitar a los delincuentes y de verdad puedan ser

¹⁹⁸Toda la información disponible en: <https://www.gob.mx/pgr/prensa/comunicado-680-18-politica-criminal-y-plan-de-persecucion-penal-de-la-pgr-identifica-ocho-mercados-como-prioridad?tab=> Consultado el 30 de agosto del 2018.

reinsertados a la vida en sociedad, contamos con escuelas de criminalidad en las cuales no es necesario aprender por elección, lo hace por supervivencia.

La forma para no tener que lidiar con problemas consecuencias de algo, en este caso con las consecuencias de vivir con altos índices de criminalidad, es evitar en primera que los problemas surjan. En este caso particular, lo ideal sería evitando que se cometan los ilícitos, pero como no todo puede ser perfecto a la primera, diremos que entonces la solución a corto y mediano plazo es la que menciona la PGR (ahora Fiscalía) en su política criminal, es decir, que los delitos de poca complejidad por sus alcances y naturaleza se resuelvan con los mecanismos alternativos de solución de controversias. Si evitamos que ese tipo de delitos lleguen a juicio, entonces tendremos a un sujeto que antes se dedicaba a la pirotecnia buscando encajar en otro tipo de actividad, si llevamos a prisión a ese mismo sujeto, cuando salga podría ser un experto en explosivos que causen daño masivo.

Lo que se pretende hacer notar con las líneas anteriores, es que el costo que le genera a la sociedad a largo plazo es mayor, el costo que se genera al Estado por mantener un sentenciado en prisión es muy oneroso y como hemos notado a lo largo de los años, no es nada productivo en realidad, no para la sociedad en su conjunto. Si fomentamos un incremento en el uso de los criterios de oportunidad como solución inmediata a los delitos de poca complejidad, tendríamos una disminución considerable en la carga procesal. En el presente capítulo analizaremos los alcances, beneficios y desventajas de utilizar esta figura jurídica y en el capítulo posterior detallaremos a fondo los costos que el uso de la aplicación de los criterios de oportunidad puede generar a nivel social, económico y procesal.

4.2 Interés público afectado por el criterio de oportunidad.

Recapitulando un poco, recordaremos que el tema que nos ocupa es el uso de la discrecionalidad en la aplicación de la figura jurídica del criterio de oportunidad, recordemos también que una de las limitantes para su aplicación es la de que no debe afectar el interés público. Empezaremos pues este apartado ahondando un poco en lo que es considerado el interés público.

Si atendemos al significado palabra por palabra, interés proviene del latín *interesse* que significa importar. También podemos decir que es el provecho o utilidad que se obtiene de algo. O que es la motivación o el empeño que alguien pone al realizar alguna actividad en particular,

Público, La palabra público o pública deriva de dos conceptos latinos: primero, publicar, que significa hacer algo visible al pueblo y segundo, república, que se refiere a “cosa del pueblo”. Por lo tanto, público se relaciona con todo aquello que es libre y gratuito.¹⁹⁹ Público puede indicar todo lo que pertenece al Estado o a su administración como, por ejemplo, servicio público, transporte público, espacio público o función pública que se definen de libre acceso y conocimiento destinado para todos los ciudadanos. Lo público es contrario a lo privado.²⁰⁰

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM lo define como:

I.- Es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado.²⁰¹

II.- Las numerosas y diversas pretensiones y aspiraciones que son tuteladas por el derecho se pueden clasificar en dos grandes grupos. En el primero se incluyen las pretensiones que tienden a satisfacer las necesidades específicas de los individuos y grupos sociales; dichas pretensiones constituyen el “interés privado”, y tienen la característica de que al ser satisfechas se producen beneficios solamente para determinadas personas. Por el contrario, en el segundo grupo se encuentran las pretensiones que son compartidas por la sociedad en su conjunto, y cuya satisfacción origina beneficios para todos los integrantes de una colectividad. Estas últimas pretensiones son garantizadas mediante la actividad constante de los órganos del Estado, y para referirse a ellas se utiliza la expresión “interés público”.

La protección otorgada al interés público tiene mayor alcance jurídico que la tutela concedida a los intereses privados. En efecto, el interés público es protegido por el

¹⁹⁹ El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM Tomado de <https://www.significados.com/publico/>

²⁰⁰ *Ídem*.

²⁰¹ Resaltado intencionalmente al considerarse el concepto central de lo que es el interés público.

Estado, no solo mediante disposiciones legislativas, sino también a través de un gran número de medidas de carácter administrativo que integran una actividad permanente de los poderes públicos, dirigida a satisfacer las necesidades colectivas. En cambio, en relación al interés privado, el Estado se limita a crear las condiciones propicias para que los particulares satisfagan sus pretensiones mediante su propio esfuerzo.²⁰²

En resumen y basado en lo anterior podemos afirmar que el interés público predomina sobre el interés privado dado que sus objetivos van más allá de los intereses individuales, y a diferencia del interés privado que sólo produce beneficios personales, el interés público busca un bien común. La protección del interés público se consigue poniendo en marcha los tres poderes del Estado a través de disposiciones legales y de constantes medidas administrativas encaminadas a proteger el bienestar de la mayoría. Es pues, el Estado, el responsable permanente de vigilar que se cubran las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad.

Tratándose de un concepto jurídico indeterminado tanto por su creación como por su aplicación²⁰³ no podemos afirmar que su aplicación estará sujeta a una precisión inequívoca. Por el contrario, un concepto jurídico indeterminado, deja espacio a la interpretación. Pretendiendo al mismo tiempo limitar o controlar la acción administrativa. Con la finalidad de otorgar al juzgador diversificación en la resolución que pudiere emitir, pero apegándose en todo momento al derecho vigente.

Para García de Enterría “se trata de conceptos con los que las leyes definen supuestos de hecho o áreas de intereses o actuaciones perfectamente identificables, aunque lo hagan en términos indeterminados que luego tendrán que completarse en el momento de su aplicación”²⁰⁴ El interés público es lo contrario al

²⁰² Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1172/7.pdf>

²⁰³ Huerta Ochoa, Carla, El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2375/8.pdf> p.132 consultado el 3 diciembre 2018.

²⁰⁴ *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 89, enero-marzo 1996 pp. 82-83 disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2375/8.pdf>

interés privado, es decir, deja de ser un interés individual para convertirse en un interés colectivo protegido por el Estado y éste último está constituido por y para el pueblo. Analizando un poco más, el interés público es la representación generalizada del interés privado, es el todo que representa a los individuos

Derivado de lo anterior se puede decir que interés público es todo aquello que le importa al Estado, todo lo que puede generar un provecho o utilidad a la población en general. Cualquier situación que con su comisión pueda causar algún daño a los intereses de los particulares en su conjunto, provocará un daño al interés público del Estado.

En la misma indeterminación del concepto de interés público podemos observar tanto ventajas como desventajas. La ventaja de un concepto jurídico indeterminado es que proporciona la libertad al juzgador para optar por una resolución diversa a la generalizada, siempre y cuando atienda las necesidades de la víctima en el sentido de repararle el daño sufrido en su bien jurídico vulnerado y por supuesto apegado en todo momento al derecho positivo que le aplique. La desventaja consiste en lo vago del concepto en sí mismo, no dejando claro al alcance que pudiere tener.

Una vez que dejamos sentado lo que entendemos por interés público, veamos ahora de qué manera pudiere verse afectado con la aplicación de un criterio de oportunidad, A propósito de, el artículo 256 del CNPP establece: *No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público.* Si bien el mismo artículo en su fracción II condiciona la aplicación de la figura jurídica a que se traten de delitos patrimoniales, en la realidad podemos apreciar que no se utiliza el criterio de oportunidad para resolver este tipo de controversias, por el contrario, han subido los índices de imputados procesados por delitos patrimoniales menores que bien podrían resarcir el daño mediante acuerdo con la víctima.

Se considera que en lugar de que la aplicación de un criterio de oportunidad cause una lesión al interés público es, al contrario, el hecho de no aplicarlo genera detrimento del interés público, al emplearse recursos humanos y financieros en juicios inútiles a delincuentes menores, recursos que pueden ser canalizados para el combate de la delincuencia organizada, por ejemplo. En sí el no buscar resolver de facto los incidentes que bien pueden pasar por infracciones, no por delitos, ocasiona un grave detrimento al interés público. No se satisfacen necesidades tales como: acceso a la justicia de manera pronta y expedita, certeza jurídica, paz social, entre otras. Además del menoscabo que sufre el erario público con el uso inadecuado de los recursos humanos y financieros.

En este punto es menester traer a colación los delitos fiscales, el mismo párrafo citado menciona que no se aplicará un criterio de oportunidad los delitos fiscales. Sin embargo, los delitos fiscales son delitos patrimoniales cometidos sin violencia todos ellos, y es esa una de los requisitos que un supuesto de hecho delictivo debe reunir para ser beneficiado por la aplicación de un criterio de oportunidad. Aparece aquí una vez más la necesidad de evaluar si se da peso al requisito de que cumple con ser un delito de contenido patrimonial cometido sin violencia o si se le da más peso al hecho de que por tratarse de un delito que atenta contra el Estado se le considera que afecta gravemente el interés público. Es del dominio público por ejemplo lo que ha pasado con un ex gobernador acusado de diversos delitos graves y de los cuales sólo recibió prisión preventiva por un corto tiempo y al final del proceso una sanción irrisoria que incluso sus abogados defensores podrían disminuir. Y digo sanción porque el costo que tiene que pagar no se proporciona en lo más mínimo al daño que causó al interés público de su entidad federativa.

¿Porque lo menciono? Sólo como un ejemplo, si en lugar de estar investigando delitos de bagatela, designaran recursos para una mayor capacitación de las responsables de integrar las carpetas de investigación. La ineptitud de algunas autoridades, eso sí que “afecta gravemente el interés público”. Pareciera que mi discurso va de un lado a otro sin definirse por un uso u otro del criterio de

oportunidad. Mi inclinación es completamente en pro del descongestionamiento de la vía penal. Se pueden aplicar los criterios de oportunidad bien localizados a los delitos que no causen afectación trascendente y sobre todo si la víctima se encuentra satisfecha con la reparación del daño. Sin embargo, es inconcebible que delincuentes que causan una mayor lesividad a la sociedad como es el caso del exgobernador en comento se vean beneficiados por tales “dádivas”.

Analizando en cifras tenemos que el número de agencias del ministerio público estatales por cada 100 mil habitantes en las distintas entidades federativas, es de 2.6 por entidad, existiendo una amplia diferencia entre Chiapas con 13 agencias y Yucatán con cero²⁰⁵, por otra parte la percepción que la población tiene de la efectividad tanto del ministerio público como la de los jueces, deja mucho que desear dado que los jueces cuentan con una percepción del 43.1 % en algo efectivos y sólo con un 12.3 % los perciben como muy efectivos. Por cuanto a los agentes del ministerio público la percepción que tiene la población de ellos es del 40.8% como algo efectivo contra un muy escaso 9.2 % de muy efectivo²⁰⁶. Estas cifras demuestran que la renovación debe hacerse desde dentro del sistema para que figuras de nueva implementación (por lo menos en la legislación mexicana) tengan un ambiente favorable para una mayor efectividad.

4.3 Límites en la aplicación del criterio de oportunidad desde la protección de los bienes jurídicos.

Al referirnos al término de *bien jurídico* sabemos que estamos hablando de todo aquello que las normas jurídicas buscan proteger. Algunos de los bienes jurídicos más preciados son la vida, la libertad, la dignidad. Un bien jurídico para ser protegido por una norma debe adquirir el carácter de fundamental, el cual obtiene a través de la percepción generalizada de que es necesario para el

²⁰⁵ *Recursos e infraestructura de instituciones de seguridad pública y justicia*, México, INEGI, 2015, Disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/recursos/> consultado el 15 de octubre de 2018

²⁰⁶ *Percepción sobre el desempeño de las autoridades de seguridad pública y justicia*, México, INEGI, 2018, disponible en : <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/percepciones/> consultado el 15 de octubre de 2018

desarrollo individual y colectivo²⁰⁷. Existen además diversas apreciaciones sobre la naturaleza y el origen del término bien jurídico, algunas inclinándose al derecho iusnaturalista y otras al positivista.

Al respecto el *Diccionario Jurídico Mexicano* refiere:

Bien jurídico. I. Objeto de protección de las normas de derecho. El concepto bien jurídico fue utilizado por Ihering, tratando de diferenciarlo de derecho subjetivo en cuya concepción individualista no cabía la nueva idea del derecho penal, como protector de la sociedad y no sólo del individuo.

El bien jurídico en la teoría iusnaturalista, se encuentra implícito dentro del derecho natural, pues deriva de la voluntad emanada de Dios o de la racionalidad humana. En una teoría positivista –en el sentido de no tomar en cuenta el derecho natural- el bien jurídico es arbitrariamente fijado por el legislador de acuerdo a su propio criterio.

El legislador observa la realidad social y dependiendo de su ideología determina cuáles son los objetos a proteger. Puede determinar que sean la vida, la libertad, la seguridad, la honra, la propiedad, etc. La forma de proteger los bienes jurídicos determinados por el legislador es mediante el uso de la sanción que puede ser civil o penal. Así el legislador establece que cuando una persona comete un acto ilícito que consiste en violar los bienes jurídicos de otra (la vida, la libertad, la seguridad, etc.) le será aplicada una sanción que consiste en irrogar coactivamente un mal, es decir, privarlo de un bien (de su vida, de su libertad, de su propiedad, etc.).

El legislador puede jerarquizar los bienes jurídicos, determinando cuáles tienen más valor sobre otros y, en consecuencia, cuáles prevalecen en caso de confrontación.²⁰⁸

Se hace referencia a un factor importante: la observación. A través del tiempo, las sociedades le asignaron un valor a cada uno de sus bienes, determinando con el tiempo cuál de ellos era más importante. Como resultado, hoy en día le damos el carácter de fundamentales a algunos bienes, prevaleciendo por encima de todos ellos el de la vida. Cada sociedad en su respectiva época le asignó un valor determinado al bien jurídico. Así por ejemplo en los países musulmanes las mujeres

²⁰⁷ Díaz-Aranda, Enrique. *LECCIONES DE DERECHO PENAL PARA EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA EN MÉXICO*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 2016. P. 35. disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3805/7.pdf>

²⁰⁸ Énfasis añadido por considerarse idea medular.

no cuentan con algunos derechos que en la cultura occidental son derechos básicos.

A propósito de este tipo de situaciones, las controversias por determinar qué derecho prevalece sobre otro se dan no sólo de un tipo de sociedad a otra, sino también dentro de un mismo sistema. Con la finalidad de evitar estas confrontaciones de derechos es que se realiza una valoración tacita en importancia de los bienes jurídicos protegidos por las normas. Incluso en México, los bienes fundamentales se encuentran protegidos por el máximo ordenamiento que tenemos la *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*.

El propósito de este apartado estriba en delimitar la aplicación de los criterios de oportunidad cuando éste último afecta o lesiona aún más a un bien jurídico tutelado por una norma. ¿A qué nos referimos? Por citar un ejemplo pondremos el supuesto de un delito de defraudación fiscal por un monto menor a los cien mil pesos. En este caso y de acuerdo al *CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN* en su artículo 108 fracción primera, al imputado le corresponde pena privativa de libertad de 3 meses a dos años. En este caso en particular se considera que no se pueden aplicar los criterios de oportunidad, primero por tratarse de un delito fiscal, segundo porque el delito en cuestión afecta el interés público del Estado al atentar directamente contra los ingresos del Estado.

De verdad se está atentando contra los intereses del Estado al tratarse de ingresos federales, sin embargo, el derecho del Estado de recibir el ingreso por parte del contribuyente no es más importante que el Derecho que tienen sus hijos por ejemplo a una vida digna (entiéndase por vida digna a la que proporciona vivienda, educación, salud, alimentación). Para este caso particular y tomando en cuenta que el delito se cometió sin violencia, que se trata de un delito patrimonial y que el contribuyente en realidad no representa un riesgo para la sociedad, se debe considerar la aplicación del beneficio del criterio de oportunidad.

En el caso del robo, por ejemplo, notamos lo contrario, existen infinidad de delincuentes de bagatela que se dedican a los pequeños robos y que ya en conjunto si causan un grave daño a la sociedad en general. El artículo 370 del Código Penal

Federal²⁰⁹ señala que este tipo de delito cuando no excede de 500 veces el salario mínimo, es decir \$51,340²¹⁰ pesos mexicanos la pena privativa de libertad sería de un máximo de 4 años. Esto coloca a este delito en el supuesto de que le puede ser aplicado un criterio de oportunidad. Entonces tenemos aquí una disyuntiva, por una parte, el iniciar procesos por robos de mil pesos por ejemplo si se trata de un robo a transeúnte es bastante ridículo en comparación con lo que esto implica.

Sin embargo, el no iniciar proceso en contra de estos incidentes, ya en conjunto si se vuelve significativo. En cifras del INEGI²¹¹ por ejemplo en el año de 2017 se reportaron 3755 incidencias por cada cien mil habitantes de robo parcial de vehículos. Si consideramos que en México ese mismo año el número de habitantes era de 129.2 millones de personas, tenemos un total de 4,851,460 casos de robo parcial de vehículo. Es difícil cuantificar exactamente el monto en pesos de estos robos, sin embargo, la cantidad de ilícitos cometidos, es en sí misma alarmante ya.

Entonces, ¿podemos decir que la aplicación de los criterios de oportunidad en el supuesto de robo parcial de vehículo debe aplicarse para proteger el bien jurídico del patrimonio del Estado? o debemos afirmar que ¿la aplicación de los criterios de oportunidad para este tipo de delito causa detrimento el patrimonio de los particulares? Este tipo de análisis breve nos lleva a un callejón sin salida, por un lado, tenemos el patrimonio del Estado afectado por la iniciación de juicios que en su costo mismo rebasan el daño que el imputado causó a la víctima y por el otro tenemos el costo que las víctimas deben absorber para reponer el objeto robado.

En esta situación en particular entran en juego diversas variantes que derivan en subjetividades que no pueden ser siempre las mismas. Puede ser el caso de que

²⁰⁹*Código Penal Federal*, Artículo 370, Óp. cit. “Cuando el valor de lo robado no exceda de cien veces el salario, se impondrá hasta dos años de prisión y multa hasta de cien veces el salario. Cuando exceda de cien veces el salario, pero no de quinientas, la sanción será de dos a cuatro años de prisión y multa de cien hasta ciento ochenta veces el salario”.

²¹⁰ Se toma como base la cantidad de \$102.68 pesos, cantidad vigente para la república mexicana al año 2019 publicada por la Comisión nacional de Salarios Mínimos. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/426395/2019_Salarios_Minimos.pdf consultado el 2 febrero 2019

²¹¹*Incidencia delictiva*, INEGI, 2018, disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/incidencia/> consultado el 3 de noviembre 2018

el vehículo esté asegurado y entonces el juzgador decide que la compañía aseguradora está para cubrir este tipo de eventualidad. Volvemos al mismo dilema entra ahora en juego el bien jurídico de la certeza jurídica que no se le está garantizando a la aseguradora entonces al dejarle a ella el costo del ilícito. El agente del ministerio público debe ser una persona capaz y razonable a tal nivel que deberá contemplar ésta y muchos otros tipos de variantes antes de aplicar la figura jurídica en estudio.

Recordemos que la primera intención de la aplicación de los criterios de oportunidad, lo que el legislador plasmó en la intención de motivos, fue que se busca reducir la carga de juicios iniciados en el sistema penal mexicano. Al fijarse ese objetivo como el principal, se puede apreciar que se busca proteger al patrimonio del Estado, sin embargo, no debemos dejar de lado los derechos de los otros involucrados. Se debe contar con un juicio razonable por parte del agente del ministerio público al momento de evaluar la controversia y decidir si se ejerce acción penal o no y en caso de si hacerlo, justificar también por qué se procedió de esa manera.

La limitante de la aplicación de los criterios de oportunidad visto desde la protección de los bienes jurídicos consiste en que se debe vigilar en todo momento el no dañar a otros bienes jurídicos de manera más onerosa en aras de proteger un bien jurídico que podría ser de menos valía que el primero. Lo que determinará los alcances y límites de la aplicación del criterio de oportunidad, será la asertividad con la que el agente del ministerio público maneje la discrecionalidad conferida para el ejercicio de su función.

4.4 Atribuciones del Ministerio Público de la Federación respecto de la aplicación del criterio de oportunidad.

El tema de importancia en este apartado se enfocará en la discrecionalidad conferida al Ministerio Público de la Federación. Un aspecto importante y por demás polivalente, es la cultura del mexicano en general, por ejemplo, se tiene la creencia que para avanzar hay que trazar. Es un pensamiento primario que sólo denota la idea que no se puede lograr algo bueno sin cometer algún tipo de ilícito. Guardando

las debidas proporciones aplica en todos los distintos niveles socioeconómicos. Podríamos tomar en cuenta también el pensamiento de algún sociólogo que cree que el ser humano es agresivo por naturaleza y no necesariamente bueno e indefenso²¹². O el de los criminólogos con sus teorías diversas sobre que la criminalidad está condicionada por el entorno que los rodea, el núcleo familiar donde crecieron, la sociedad donde viven, o los más audaces que piensan que la criminalidad está condicionada por el aspecto físico (resulta absurdo pensar que por ser “feo” eres más propenso a ser criminal).

Lo cierto es que, la mayoría de los mexicanos podemos apreciar en el día a día el incremento de la criminalidad y la violencia, en ocasiones con conocimiento de causa de primera mano, es decir, nos hemos visto afectados por la delincuencia en nuestra persona o en algún familiar o amigo cercano, cada vez es más real, ya no es sólo el leer o escuchar alguna noticia criminal, sino que ya podemos dar razón nosotros mismos de algún hecho delictivo todos los días en todos lados.

Nos vimos bombardeados con programas de televisión, series, largometrajes y demás en dónde la imagen del delincuente ya es la de alguien “no tan malo”. Incluso los grandes narcotraficantes son un tipo de héroe local en sus comunidades de origen en donde son los que proporcionan la infraestructura para darle vida a las comunidades, generan empleos, construyen escuelas, son presidentes municipales, etcétera.

Es decir, nuestra cultura ha sido contaminada, el grueso de la población crece pensando que delinquir es lo más rentable. Crecen con la idea de “vivir bien” aunque vivan poco. Las cifras de robo, homicidio, secuestro, por enunciar algunos

²¹²Sigmund Freud en: Peñaloza, Pedro José, Coordinador. *Múltiples miradas de la criminalidad*, México, INACIPE, 2016, p. 1 “El ser humano no es una criatura tierna y necesitada de amor que sólo osaría defenderse, si se le atacara, sino, por el contrario, es un ser entre cuyas disposiciones instintivas también debe incluirse una buena proporción de agresividad. Por consiguiente, el prójimo no le representa únicamente un posible colaborador y objeto sexual, sino también motivo de tentación para satisfacer en él su agresividad, para explotar su capacidad de trabajo sin retribuirlo, para aprovecharlo sexualmente sin su consentimiento, para apoderarse de sus bienes, para humillarlo, para ocasionarle sufrimientos, martirizarlo y matarlo”

se han incrementado en la última década de manera alarmante²¹³. La criminalidad ha permeado desde las comunidades más humildes hasta las esferas de élite de la sociedad mexicana.

Por otro lado, el ejercicio de la acción penal se ha incrementado, delitos que no representaban mayor problema ahora son considerados delitos graves, el *ius puniendi* está perdiendo el carácter de *ultima ratio* trayendo con ello una saturación tanto en el sistema penal como en los establecimientos penitenciarios, sin mencionar el gasto que esta situación genera al Estado. Hemos enunciado ya en repetidas ocasiones que, como un intento de dar solución a la saturación judicial, entre otras cosas, se creó la figura jurídica del criterio de oportunidad, la cual se ejerce a través de una discrecionalidad conferida al ministerio público de la federación desde la misma CPEUM y semi regulada en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

La política criminal palpable para el manejo de la violencia que predomina en la actualidad, es la de encontrar soluciones mediáticas a corto plazo, que si bien, no representan una solución permanente, si proporcionan al dirigente en turno una “pantalla” para que en ese momento puedan quedar bien con sus militantes y seguir buscando el favor del proselitismo. El autor Gerardo Covarrubias lo separa en 3 tipos de problemas:

1. Problema político: donde el funcionario de turno debe invertir en una política que dará sus frutos probablemente cuando él ya no se encuentre en funciones. Es decir, debe invertir en algo que no le va a traer beneficios en términos de capital político (al menos no de manera inmediata).

2. Problema policial: cierta cultura institucional de los organismos policiales considera que los problemas de seguridad pública se resuelven con soluciones “policiales” (más policías y patrullas), y que el rol del ciudadano se restringe a la denuncia.

²¹³ Las cifras exactas se pueden consultar en los diversos informes de INEGI disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/incidencia/>

3. Problema social: y por último, el más grave de todos, la profunda desconfianza ciudadana respecto de sus policías y autoridades, lo que se refleja que en las encuestas, los responsables de la administración y procuración de justicia obtengan niveles de confianza inquietantemente bajos²¹⁴

En apartados anteriores hemos comentado ya, respecto de la percepción en general de la seguridad que tienen los mexicanos y la confianza que les brindan las instituciones gubernamentales. Ambos niveles distan mucho de lo que debe proporcionar un gobierno eficiente. EL Ministerio Público de la Federación no es la excepción. Por eso la mayoría de las víctimas de delitos ambulatórios no denuncian. No se tiene confianza ni en la institución ni en el elemento humano que debiera brindar el servicio. Los que han tenido la necesidad de acudir a levantar una denuncia por algún delito sufrido, saben de primera mano del suplicio que esto representa.

Primero, vamos con la esperanza de que no haya más gente esperando para hacer el trámite; segundo, rogamus porque las personas que nos brinden el servicio estén de buen humor y nos atiendan con buena cara (sin despotismo, negligencia, autoritarismo y/o groserías). Tercero, rogamus porque el trámite sea ágil en sí mismo, sin tener que esperar a que el servidor público “atienda” otros asuntos mientras nos atiende a nosotros. En mi búsqueda de información encontré que existen incluso diversos sitios en internet en donde algunos usuarios dan consejos a otros de cómo ir a levantar una denuncia ante el MPF sin morir en el intento, en esta narración en particular se puede palpar la frustración de la víctima y el desinterés por parte de los servidores públicos²¹⁵.

¿Te robaron el celular y quieres denunciar? Así es la pesadilla de ir al **MP**

El robo de celular es cada vez más común en la CDMX. Te damos consejos por si tienes que pasar por esta engorrosa.

²¹⁴ Covarrubias, Gerardo. “Cultura y violencia. Un vínculo ambivalente”, En Peñaloza, Pedro José, Múltiples miradas de la criminalidad, ÓP. CIT. P. 6-7

²¹⁵Gaona, Pavel, *¿Te robaron el celular y quieres denunciar? Así es la pesadilla de ir al MP*, Vice, México, 2018, disponible en: https://www.vice.com/es_latam/article/neaqa8/vice-te-robaron-el-celular-y-quieres-denunciar-asi-es-la-pesadilla-de-ir-al-mp

Vas en la calle y a punta de pistola te bajan el celular. Vas en el metro o Metrobús y entre los empujones que son el pan de cada día, de repente te das cuenta de que te bolsearon y que ya no llevas el teléfono. Variantes del robo hay muchas, aunque en sustancia el delito es el mismo: una rata se siente con derecho de quedarse con algo que con mucho trabajo pagaste o que, de hecho (¡auch!), ni siquiera has terminado de pagar. El robo a celulares es un delito bastante común en la Ciudad de México y que encima va en aumento. Según datos de la Fiscalía capitalina, en la CDMX a diario se reciben en promedio 35.1 denuncias de robo de equipos celulares, contra las 11.6 que se recibían en 2014. Estas estadísticas, por supuesto, sólo hablan de los robos que son denunciados. Los números dejan fuera a todos capitalinos afectados que, ya por falta de tiempo o por evitar un trámite engorroso, no acuden a denunciar y dejan el delito en las tinieblas de lo invisible. ¿Pero de verdad es tan terrible el trato en los Ministerios Públicos como dicen? Tuve que vivir en carne propia la experiencia de hacer algo tan simple como la denuncia de un robo para poder dar fe de esto.

Primer Round: “uy no, joven, aquí no le toca”

Cuando llamé al call center para dar de baja mi línea, el agente me dijo: "caballero, tiene usted un seguro de protección contra robo o pérdida". "¿Qué necesito para hacerlo válido?", pregunté todavía esperanzado, sin saber lo que me esperaba. "Tiene que ir a un MP y ya con el acta de robo, sólo lo presenta en un centro de atención, paga su deducible y le dan un equipo idéntico al que le robaron". Sonaba tan sencillo que valía la pena intentar.

Le pregunté que, si mi caso procedía, porque yo había dejado el teléfono en un taxi y no sabía si eso era propiamente un robo. Ante mi duda me respondió que sí, pues la persona al no devolverlo y apagarlo, estaba quedándose de manera deliberada con algo que no le pertenecía. Me animó diciéndome que diariamente recibían casos así. Saliendo de mi trabajo nocturno me dispuse a hacer mi denuncia. En mi lógica (¡ja!), si acudía a un MP de madrugada era más fácil que me atendieran, debido a que habría poca gente.

Decidí preguntarle al primer policía que encontré en la calle a dónde debía dirigirme. "Ah mire, joven, tiene que ir directamente al MP de la Delegación Cuauhtémoc, ahí lo van a atender". Optimista y sonriente, le di las gracias al poli.

Ya ahí eran aproximadamente las 3 de la mañana. Antes de mí había dos personas. No somos tantos, pensé. Después de esperar alrededor de 45 minutos, al fin me tocaba mi turno. Le describí mi caso a una señorita de chamarra afelpada color rosa que vorazmente engullía una guajolota: todo un cliché viviente de espécimen burocrático. "A ver déjeme ver, joven, porque creo que no le toca venir aquí".

Voceó un par de veces por un walkie talkie de esos que ya sólo se ven en películas ochenteras y me confirmó que no, que ahí no me tocaba: que tenía que ir a la agencia

del MP que estaba en República de Uruguay y Brasil (en la parte del Centro escabrosa y no remodelada por Carlos Slim, para que se den una idea). Aun así, con lo que me quedaba de buenos modos, le di las gracias y decidí tomar un taxi rumbo a mi nuevo destino.

Al filo de las 4 de la mañana llegué a la otra agencia. Parecía cerrada. Toqué la puerta de cristal y me abrió un poli. “Uy no, joven, se nos cayó el sistema y ahorita no estamos recibiendo a nadie. Además, creo que aquí no le toca. A usted le corresponde ir a la calle de Victoria esquina con Luis Moya”. Casi se me va la boca de lado del coraje. “Vale muchas gracias, voy para allá”, le respondí.

“Oiga, pero trae el IMEI de su equipo, ¿verdad? Porque sin eso no le van a querer levantar su acta”. En efecto: no lo llevaba. “Mire joven, le voy a ser franco: ya mejor dé el teléfono por perdido. Como mucha gente engaña diciendo que se lo robaron, en los MPs (*sic*) ya no les dan el acta de robo. Si acaso le van a dar la de extravío, pero esa no le va a servir para el seguro. Yo mejor no se desgaste y no vaya. Y le digo: sin el IMEI ni le van a hacer caso. Váyase a su casa y descanse. Ya mejor déjelo”. Tomé su consejo a medias: me iría a descansar, sí, pero al día siguiente volvería por la revancha.

Segundo round: “Deme para el chesco y le pongo la firma y el sello que le hacen falta”

Ya al otro día en el MP de la Calle de Victoria y Luis Moya, sorprendentemente había poca gente. Ahí pude ubicar en un mapa grandote que, en efecto, los hechos habían ocurrido en su jurisdicción. Luego de más o menos una hora de espera, me hicieron relatar los hechos una y otra vez, supongo que en la búsqueda de alguna incongruencia que delatara que estaba falseando mi declaración. En la computadora, el servidor público transcribía lo que yo le iba contando:

— “... y entonces me hagaré (*sic*) el bolsillo y me di cuenta de que ya no llevaba (*sic*) el teléfono”.

—“Ehmmm, perdone que lo interrumpa, hay un par de errores, espero no me lo tome a mal. “Agarré” se escribe sin “h” y “llevaba” es con “v”.

—“Ah sí es cierto, jeje, bueno, al final le arreglamos, jeje”.

Terminó de tomar mi testimonio y me preguntó por qué “me había tardado tanto en denunciar; si eso se hace de inmediato”. Ya sintiendo que me iba a explotar la vena de la frente de acordarme de mi periplo de la madrugada, le conté que lo había intentado unas horas, primero directamente en la Delegación y después en el MP de República de Brasil. “Oiga joven, pero eso que le hicieron está mal, ¿eh? En cualquier agencia del MP le deben levantar su acta, no le pueden alegar que ahí no le toca. Es más mire...” y acto seguido me enseñó un folleto en el que claramente decía que en cualquier agencia del MP de la CDMX te pueden levantar el acta. Me sentí frustrado, engañado y timado por haber dado tantas vueltas a lo pendejo.

—“Mire, veo que no está usted mintiendo. Sí le voy a dar su acta. Nada más que lo que le van a pedir en el seguro es que lleve el sello y la firma de aquí de la agencia, y para eso se tiene que hacer un pago de Derechos en la Tesorería. Puede ir a la Mega Comercial Mexicana o a un Soriana y ahí paga y luego regresa para que yo se lo firme y se lo selle”.

— “Ok, voy, no me tardo”, dije al borde del síncope.

—“No, espérese, ¿para qué da tanta vuelta? Mira, ¿te puedo tutear, verdad? Ya no pierdas tiempo, mejor dame ahí nada más para el refresco y yo te la sello y te la firmo”.

— “No, muchas gracias”, dije perplejo y me dirigí al Soriana de Chabacano.

Una hora y media después regresé con mi orden pagada y al flamante funcionario que quería para el chesco no le quedó de otra que firmarme y sellarme el acta.

Tercer Round: “esta acta está incompleta”

Ya con acta en mano, pensé que nada podía salir mal. Fue mi error, mi fantasía, como diría Edith Márquez. Llegué al Centro de Atención a Clientes en donde compré el teléfono anterior y donde suelo pagar mis facturas, con la ilusión de que algún trabajador me recordara y me trataran con algo de piedad. Eran ya casi las 5 de la tarde y no quería pasar por más eventos desafortunados.

Para empezar, el lugar estaba llenísimo. Me anotaron en lista de espera y resultó que había más de 30 personas antes que yo. Pasó media hora, una hora. Eran las 6 de la tarde cuando gracias a un mareo me di cuenta de que no había “desayunado”. Pero me aguanté como los grandes. Al fin llegó mi turno y una señorita con cara de pocos amigos revisó mi acta y me espetó: “esta acta está incompleta, le falta una hoja y así no la podemos aceptar. La va a tener que validar mi gerente, regrese en dos semanas a ver si sí procedió”.

Encabronadísimo le arrebaté la hoja. Me acordé que un amigo me había recomendado ir a otro CAC y en efecto, como por arte de magia, en el de la Glorieta de Cibeles me atendieron en minutos y no me pusieron ningún pero. Eso sí: pagué mis 7,000 pesotes de deducible, pero al menos no eran los más de 20 mil varos que me había costado el equipo. En unos minutos ya tenía teléfono de nuevo.

Al final hubo “final feliz”, si lo quieren ver así.

Por eso aquí van algunos consejos prácticos si has sido víctima de robo de celular en la CDMX:

—Reporta de inmediato ante tu operador telefónico, así evitarás que hagan mal uso de tu línea, como extorsiones o llamadas que engrosarán tu factura. Recuerda que al cancelar la línea debes de hacerlo por ROBO. Algunos asesores son mañosos y tratarán de enredarte para que lo des por extraviado, y en esos casos no procederá tu reclamo cuando quieras hacer válido el seguro.

—Acude al MP con el número de IMEI. Si eres una persona prevenida (como no fue mi caso), antes de que te lo roben manda mensaje a *#06# y aparecerá tu IMEI en pantalla y guarda el número que te aparezca. Si ya te lo robaron (y obviamente no puedes viajar en el tiempo para seguir este consejo preventivo) consulta tu IMEI en la caja de tu equipo. Recuerda que el IMEI es INDISPENSABLE para levantar el acta ante el MP.

—Ve bien comido o lleva una mochila con agua o algo de comida. En serio: los tiempos de espera en las agencias del Ministerio Público y en los CACs son infames. Los trámites se sienten doblemente engorrosos si no has comido.

—Si te niegan el servicio porque "ahí no te toca" diles que no es cierto, que conoces tus derechos y que en la Ciudad de México tienes derecho a iniciar tu proceso en cualquier agencia del MP de tu demarcación.

—Evita actos de corrupción. Seguro "para que no des más vueltas" te harán el ofrecimiento de que les des para el refresco. Seamos congruentes: ¿queremos un México mejor? No solapemos estas "microcorrupciones".

—Si vas a hacer válido tu seguro, pregunta en tus redes de amigos en qué CAC atienden bien, rápido y con buen modo. Facebook sirve para más que postear memes o quejarnos del clima: también podemos consultar esa #InformaciónQueCura entre nuestros contactos.

—Si ya tienes teléfono nuevo neta contrata un seguro. No es lo mismo pagar un deducible que pagar de chingadazo otro equipo. Checa con tu operador qué te cubren, algunos hasta te los hacen válidos si se te estrellan en la peda y cubren hasta dos robos por año.

¡Suerte y paciencia con la visita al MP!

En su mayoría los delitos menores sólo se denuncian si necesitamos el documento para validar algún seguro o justificar alguna inasistencia. La realidad es que es tan bajo nuestro nivel de confianza en esa institución, que cuando denunciemos no lo hacemos con la idea de que recibiremos reparación del daño, sino por los motivos supra enunciados.

Con la reforma penal derivada de la reforma constitucional de junio del 2008 se le otorga una atribución al ministerio público, la discrecionalidad para la aplicación de los criterios de oportunidad. En el primer capítulo dejamos sentado ya, qué entendemos por discrecionalidad administrativa y jurídica, también establecimos que la discrecionalidad en sí es un rasgo humano, todos los días en

nuestra cotidianeidad debemos tomar decisiones discrecionales que determinan el rumbo de nuestro actuar y nuestra vida en general. También nos percatamos que algunos autores están a favor de la excepción a la regla que significan los criterios de oportunidad y otros se escandalizan alegando que va contra el principio de legalidad y oficiosidad.

Ahora veremos cómo es que se espera que el ministerio público de la federación actúe al ejercer la citada atribución. ¿Es un sueño posible el pensar que la autoridad puede de verdad trabajar en nuestro beneficio respetando en todo momento las leyes y sobre todo los derechos humanos de cada una de las personas que se encuentran en situación de controversia por el motivo del que se trate? Lo que se espera de una institución gubernamental es precisamente eso, que estén a nuestro servicio para vigilar y garantizar la protección de nuestros derechos humanos. Aún se encuentra en un estado de transición derivado de las reformas de la última década, nuevas atribuciones mayor expectativa en sus resultados, el siguiente extracto describe acertadamente cuál es la posición actual del ministerio público:

El reto a nivel institucional es que se convierta en una figura que dinamice el proceso penal, desarrolle trabajos multidisciplinarios, establezca altos niveles de trabajo colaborativo con la policía y los servicios periciales, represente a la sociedad y lleve este trabajo al ámbito judicial. Además, en el sistema penal acusatorio contará con nuevas facultades para decidir y resolver problemas jurídicos, ya sea por las vías alternativas de solución de conflictos penales, la mediación entre las partes, la aplicación correcta del principio de oportunidad y sus criterios, así como el desarrollo de destrezas para efectos de la litigación oral.²¹⁶

Es un trabajo arduo y difícil el que esperamos realice el ministerio público en nuestro país. Sin embargo, no debemos dejar de lado el hecho de que, a pesar del derecho vigente, nos seguimos rigiendo por usos y costumbres, por llamarlas de alguna manera. Debemos reeducarnos, no caer en “moches” como dice el nuevo

²¹⁶ Sierra Pacheco, María y Bringas Calvario, Lucina, Introducción a la función *ministerial*, INACIPE, disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/stories/investigacion/descargas/CAPITULO%203%20Introduccion%20a%20la%20funcion%20ministerial.pdf>

presidente de México. Si bien el anterior presidente de la república mexicana en algún momento parafraseando a López Portillo dijo²¹⁷ que “la corrupción somos todos”, debió tomar la frase en su forma original y tratar de buscar eso precisamente, hacer que todos seamos parte de la solución. No vamos a tener resultados positivos de la aplicación de nuevas normas, no importa que tan buenas intenciones tenga el legislador al elaborar leyes que busquen terminar o disminuir la criminalidad y la corrupción en sí misma. Si la media de los ciudadanos no cambiamos nuestra forma de pensar, si seguimos permitiendo las injusticias siendo parte de ellas.

Como el ejemplo del ciudadano que le fue robado su teléfono celular, no cayó en la tentación de sobornar al funcionario para que le regalara el sello que necesitaba. A veces pareciera que es más fácil saltarse los procedimientos y cómodamente repartir dinero para acceder a la justicia. Pero, no todos contamos con los recursos para obtener justicia y es ahí donde el problema inicia, si dejáramos de contribuir a que los funcionarios piensen que debemos pagar extra porque se nos brinde el servicio para el cual fueron contratados, entonces paulatinamente tendremos el servicio que de verdad merecemos. Tendremos el servicio y punto.

Debemos considerar que los funcionarios de carrera en el poder judicial, traen formación del viejo sistema y es difícil de por sí enseñar ideas nuevas a los jóvenes, mucho más a los viejos. Es del conocimiento público las constantes violaciones a derechos humanos que se dan por parte de autoridades judiciales y el ministerio público no es la excepción. En los últimos años existen varias recomendaciones emitidas por la *Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH)*²¹⁸ dirigidas principalmente a funcionarios judiciales en dónde efectivamente podemos apreciar un actuar fuera de la ley, sin seguir como tal un protocolo de actuación, lo que origina violación de los derechos humanos de los delincuentes. Los presuntos responsables si son responsables de los delitos imputados, sin embargo, al no

²¹⁷ El señor presidente en ese entonces dijo “La solución somos todos”.

²¹⁸ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Informe de recomendaciones en general*, disponible en: http://www.cndh.org.mx/Recomendaciones_Informes

proceder los funcionarios como la ley indica, estos anulan procesos penales que si deberían tomar curso y terminar en sentencia condenatoria.

El punto es que en realidad ahora no esperamos gran cosa de nuestros funcionarios. Aunque es de reconocer que recientemente, con la llegada al poder de un candidato de izquierda, se tienen grandes expectativas sobre lo que un buen gobierno debiera hacer. No importa las buenas intenciones de quien llegue al poder si no se hace un cambio de mentalidad desde los funcionarios operativos. Porque son ellos los que en realidad se encargan de administrar justicia en nuestro país. Las leyes son aprobadas, las instrucciones son dadas, pero las acciones son ejecutadas en el margen de una ilegalidad permitida y alimentada por la mayoría de la población.

Es el reto que tiene la institución del Ministerio Público de la Federación, conducirse dentro el margen de la ley, siendo imparcial con todos sin importar el recurso económico de cada uno y sin inmiscuir ideologías de índole personal. Con este asunto en particular podemos caer fácilmente en contradicción, he sostenido en líneas anteriores que la aplicación de la discrecionalidad se ve irremediabilmente condicionada por la situación personal de cada juzgador, por la preparación que recibieron, por el momento emocional que atraviese cada uno de forma personal. No obstante, esa influencia debe ser palpable lo menos posible. La naturaleza de la discrecionalidad del ministerio público en la aplicación de los criterios de oportunidad debe ser así también, apegada a derecho y justa para las partes involucradas, siempre buscando beneficiar a la víctima en la reparación del daño, pero sin ser excesivo en la sanción o castigo pretendido para el presunto responsable en aras de fomentar la buena convivencia y de no generar más onerosidad al Estado por situaciones que no merecen trascender más allá de un resarcimiento del daño y de una consecuencia perfectamente solventable por parte del responsable.

Además de lo anterior, lo deseable es que los funcionarios públicos sean personas profesionalmente capacitadas, que sean individuos con el perfil necesario y suficiente para hacer frente a las necesidades que actualmente la sociedad

demanda en materia de administración de justicia. Deben contar con capacidades medibles en competencias por la interacción que tienen con diversas disciplinas en el ejercicio de sus funciones. La idea es que las controversias se resuelvan de manera administrativa, sin llegar a necesitar el aparato judicial.

4.5 Control judicial del criterio de oportunidad.

Primero debemos enunciar qué entendemos por control judicial:

(Procedimiento Penal) Medida restrictiva de la libertad que obliga al inculpado a someterse a una o más obligaciones seleccionadas por el juez de instrucción entre las previstas por la ley, de conformidad con las necesidades de instrucción o por razones de seguridad. El control judicial fue instituido por la ley del 17 de julio de 1970, a fin de permitir la reducción de los casos de detención.²¹⁹

El principio de oportunidad como tal, no es la generalidad, sino que se constituye como una excepción a la regla, se encuentra constantemente en conflicto con el principio de legalidad como ya abordamos en el capítulo primero (es éste principio el que proporcionalmente ha contribuido también a la saturación de la carga procesal penal). Sin embargo, a pesar de que los criterios de oportunidad fungan como una excepción paliativa a corto plazo en el propósito del descongestionamiento de la vía penal, en México es un procedimiento controlado, reglado. Tenemos entonces que el control judicial y administrativo del criterio de oportunidad se conforma por los mecanismos judiciales o administrativos, instrumentados para dirigir y vigilar la justa e imparcial aplicación de los criterios de oportunidad, así como para fiscalizar la discrecionalidad conferida al ministerio público y de ese modo evitar que la figura jurídica instituida para el beneficio del Estado y los sujetos del derecho, se convierta en un instrumento de corrupción, injusticias y arbitrariedades.

Abordamos ya también el hecho de que es imposible aplicar el principio de legalidad al cien por ciento, esto por la insuficiencia de recursos materiales y humanos que caracteriza a los organismos judiciales vigentes, en consecuencia, la

²¹⁹ Enciclopedia jurídica, Control judicial, México, 204, disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/control-judicial/control-judicial.htm>

discrecionalidad se viene practicando desde siempre empezando por los elementos policiales, ya que son ellos quienes de primera instancia deciden si vale la pena por ejemplo presentar a un infractor ante el ministerio público y de ahí derivar en alguna medida precautoria, apertura de investigación o dejarlo en libertad .

Derivado de ello, el criterio de oportunidad surge no solo para agilizar el proceso penal, sino para dar legalidad y circunscribir los límites del manejo de la discrecionalidad en cuestión. Y así en concordancia con el principio de igualdad ante la ley, se les da a todos los presuntos responsables que se encuentren en los supuestos autorizados por la propia ley, la oportunidad de verse beneficiado con un criterio de oportunidad. Así como también a la víctima, la posibilidad de que el daño causado a su bien jurídico tutelado sea reparado de manera inmediata.

Se habló ya también de que existen los criterios de oportunidad libres y los criterios reglados. El caso de los criterios de oportunidad libres son los que podemos apreciar en función en el sistema penal estadounidense en dónde los fiscales pueden incluso negociar cargos y condenas. Y solo llevan a proceso aquellos casos que tienen mayor probabilidad de éxito de recibir sentencia condenatoria, de la misma manera pueden desestimar o los casos que consideren intrascendentes y que no causen una afectación mayor a la sociedad.

Como ya se manifestó, el control judicial se da como medio de control y vigilancia en la justa aplicación de las leyes. Para el caso del criterio de oportunidad su control judicial lo encontramos, en los artículos 131 fracción XIV, 256 257 y 258, así como en los numerales 183, 185, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207 y 418 todos del Código Nacional de Procedimientos Penales. Así como los lineamientos emitidos por la Fiscalía General de la República para su aplicación, cuyo contenido se analizó al inicio del capítulo primero del presente trabajo de investigación. Con lo anterior, se busca regular la aplicación de los citados criterios con la finalidad de dar las mismas posibilidades a los presuntos responsables que se encuentren en similitud de circunstancias bajo el mismo supuesto de hecho delictivo.

A grandes rasgos el control consiste en que los hechos delictivos deben reunir ciertos requisitos para considerarse candidatos a beneficiarse con la aplicación de

un criterio de oportunidad. El criterio de oportunidad sólo podrá ser aplicado por el ministerio público hasta antes de la apertura a juicio, una vez iniciada esa etapa, no podrá ser aplicado. La víctima debe estar de acuerdo en la aplicación del criterio. La víctima puede impugnar la actuación del ministerio público de no iniciar acción penal contra el individuo que hubiere dañado su bien jurídico. Y el más restrictivo de todos, la aplicación de un criterio de oportunidad debe ser revisado y en su caso autorizado por el Fiscal General de la República o quien él designe para tal efecto. Este último medio de control es parte fundamental de la presente investigación, en el siguiente capítulo se analizará los costes que representaría eliminar esta intervención y permitir autonomía en la actuación del ministerio público con respecto a la aplicación de los criterios de oportunidad.

4.6 Beneficios de la aplicación de los criterios de oportunidad y su contraparte.

A continuación, enunciaremos algunos de los beneficios más trascendentes derivados de la aplicación de los criterios de oportunidad:

- Uno de los beneficios principales que de hecho fue el argumento utilizado por los legisladores, consiste en el descongestionamiento de la vía penal y el ahorro económico que esto implica. Los casos llevados a juicio son solo aquellos que causaron daño considerable o que afectaron el interés público. Por ejemplo presentan ante el ministerio público a un sujeto en posesión de marihuana en cantidades mayores a la permitida²²⁰ por la ley y en lugar de iniciarle proceso, le ofrecen que colabore con las autoridades para investigar y enjuiciar a un narcotraficante. El beneficio lo podemos observar en dos vertientes: a) no se satura el sistema penal con un delincuente menor (que no necesariamente es delincuente si la portación del estupefaciente no es considerable. Aunque en este caso se aprecia claramente la discrecionalidad que debe aplicar el ministerio público, si la portación apenas excede la permitida, evidentemente no se trata de un narcomenudista, por otro lado, si la portación excede por mucho el mínimo permitido por la ley, el sujeto

²²⁰ La permitida hasta diciembre del 2018 es de 5 gramos.

claramente está causando un daño trascendente a la sociedad y afectando el interés público por los posibles efectos que resultan de lucrar con este tipo de estupefacientes). b) Se obtiene ayuda para investigar un asunto de mayor trascendencia, enjuiciar narcotraficantes, dismantelar organizaciones de delincuencia organizada. Y como en este caso la víctima es el Estado, el ministerio público puede además imponer como pena para reparar el daño la participación del responsable en programas de ayuda comunitaria.

- Implica *per se*, una salida eficiente en la solución sin enjuiciamiento de la comisión de los delitos de bagatela. Estos delitos han sido un dolor de cabeza para el derecho penal incluso internacional, muchos países le han dedicado atención e intentos por eliminar o tratar este tipo de delitos sin utilizar su sistema procesal penal dados los gastos excesivos que ello conlleva, comparados con el daño causado. Miguel Ángel Mancera Espinosa²²¹ cita a Joachin Hirsch Hans: *De este modo, el autor fija una posición consistente en someter a los delitos de bagatela a un procedimiento simplificado y a determinadas sanciones especiales; es decir, se inclina por introducir una nueva categoría de infracciones penales, pero no criminales (denominadas Verfehlungen), que habrían de ser enjuiciadas por jueces especiales sin privación de la libertad.*²²² La solución citada por el autor implica de entrada un gasto elevado en implementar tanto la legislación adecuada como la infraestructura necesaria, sin embargo, a largo plazo puede funcionar para desalentar a los delincuentes de bagatela. En lugar de eso, en México podemos utilizar los criterios de oportunidad para darle celeridad a la solución

²²¹Miguel Ángel Mancera Espinosa, Licenciatura en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Maestría en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona; Doctorado en Derecho por la Unidad de Postgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Se ha desempeñado en diversos cargos públicos en la Ciudad de México, principalmente en el ámbito de Procuración de Justicia, como Subprocurador de Procesos y Procurador General de Justicia de la Ciudad de México. Fue Jefe de Gobierno de la Ciudad de México de diciembre del 2012 a marzo del 2018.

²²²Mancera Espinosa, Miguel Ángel, *Los delitos de bagatela: un reto para el sistema penal acusatorio*, Nova iustitia, Revista digital de la reforma penal, México, ISSN: 2007-9508 Publicación trimestral, Año IV, Número 15, Mayo 2016.

de este tipo de delitos, sin llevar a los responsables a prisión preventiva siempre que el delito sea patrimonial o culposo.

- Uno de los principios rectores para que se dé la aplicación de los criterios de oportunidad y el más importante a mi parecer, es la reparación del daño. En muchos casos, el principal objetivo es el de punir el hecho delictivo, castigar al responsable para que sirva de ejemplo en un intento por inhibir a potenciales futuros delincuentes. Con la aplicación de los criterios de oportunidad, la víctima tiene el derecho de impugnar la decisión del ministerio público y solicitar que se inicie acción penal en contra del presunto responsable. El beneficio aquí enunciado es que la víctima puede recibir una reparación del daño palpable e inmediato. Por ejemplo: que le devuelvan lo robado o su valor en el mercado, pago de gastos médicos u hospitalarios, pago de daños del bien jurídico vulnerado.
- La aplicación el criterio de oportunidad no extingue la responsabilidad civil, sólo brinda el beneficio de no ser sujeto de acción penal. Siempre será necesaria la reparación del daño para que el ministerio público solicite su aplicación.

En general los anteriores son los beneficios más trascendentes que se pueden obtener de la aplicación de los criterios de oportunidad, No obstante, existen algunos inconvenientes o desventajas que pudieran derivarse de su aplicación como son los siguientes:

- La primera y que mayor temor causa incluso en los juristas, es el abuso que de la discrecionalidad pudiera hacer el ministerio público al estar bajo su criterio la aplicación o no de los citados criterios. Su decisión será basada en hechos circunstanciales particulares. Si la víctima conoce sus derechos, podrá (quizá) hacerlos valer y solicitar la aplicación o impugnar la decisión de la autoridad si ésta decidió aplicarlo sin consentimiento de la víctima.
- Puede desatar un incremento en los primos delincuentes de delitos de bagatela, incrementando con ello la carga procesal si estos delitos se llevan a proceso. Es decir, los potenciales delincuentes al saber que pueden no ir a

prisión sino sólo resarcir daños, pueden estar más motivados a cometer delitos de bagatela, como el absurdo de iniciativa que recientemente propuso la jefa de gobierno de la ciudad de México que pretendía no castigar delitos cuyo daño fueran hasta de 499 pesos. Entonces todos robamos, aunque sea poquito, el absurdo se explica solo.

- La inclusión de un tercero en la decisión puede entorpecer la celeridad de la resolución. Además, el tercero involucrado no conoce de primera mano el cómo sucedieron los hechos del supuesto delictivo, por lo que su decisión estará condicionada a que de verdad entienda lo que el ministerio público le quiere decir en la forma que redacte la petición. El incluir al Fiscal General de la República en la autorización de la aplicación del criterio de oportunidad, representa un gasto innecesario, de cualquier manera, si la víctima impugna, la aplicación no procede. El Juez de control funge como revisor y control judicial para la aplicación de los criterios de oportunidad. No es necesaria la intervención del fiscal. Sería bueno que como se hace en Perú, sólo se incluyera un tercero cuando se trate de delitos que excedan los límites de punibilidad para ello establecidos en el Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Se genera incertidumbre al percibirse poca confianza de los ciudadanos en las autoridades. Lo anterior genera temor de que se caiga en la ilegalidad, parcialidad o que se cometan arbitrariedades más graves que las hasta ahora observadas por la CNDH.

Las desventajas en sí son superables y subjetivas. En el siguiente capítulo analizaremos a fondo los costos y beneficios que representa en realidad la aplicación de los criterios de oportunidad.

CAPÍTULO V

5. Hacia la aplicación del criterio de oportunidad sin la intervención de un tercero.

5.1 Legalidad de las atribuciones del Ministerio Público de la Federación.

La CPEUM en su artículo 21 7º párrafo, da sustento en primer orden a la facultad y obligación que tiene el Ministerio Público de la Federación de la investigación de los delitos al determinar que la actuación ministerial se puede resumir en lo siguiente:²²³

- La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a la policía, bajo la dirección del MPF.
- Puede aplicar los criterios de oportunidad.

En el artículo 102 Constitucional encontramos que ahora la carga de la prueba le corresponde al ministerio público,²²⁴ lo cual de alguna manera disminuye los abusos en cuanto a imputaciones infundadas y le da vigencia al derecho a la presunción de inocencia, que si bien no es un concepto nuevo, antaño no se respetaba, primero porque la carga de la prueba recaía en el imputado y generaban “auto de formal prisión” (ahora vinculación a proceso) como algo cotidiano bajo el dicho “un auto de formal prisión es como un vaso de agua, no se le niega a nadie”. De la redacción misma del dicho inferimos el tipo de pensamiento que prevalecía en ese entonces entre los encargados de impartir justicia. Se tenía la idea de que a mayor número de imputados presos, era mayor la efectividad, no importando si eran inocentes o culpables. Lo importante era encerrar a alguien y “dar resultados”.

²²³ Castro Escarpulli, Nicandra y Lozada Luna, María Teresa, *EL Ministerio Público hacia el Sistema Penal Acusatorio en México. Guía Práctica para Principiantes*, México, Editorial Ubijus, 2013, p. 39.

²²⁴ Situación que queda ratificada en la reciente Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, publicada el 14 de diciembre del 2018 en el Diario Oficial de la Federación con entrada en vigor el 20 de diciembre del mismo año. En su artículo 9 fracción III señala: “Buscar y presentar los medios de prueba que acrediten la participación de éstos en hechos que las leyes señalen como delito;” Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOFGR_201218.pdf

Lo anterior se puede relacionar al hecho de que la posición del ministerio público en México puede verse comprometida dado que el Procurador, ahora Fiscal General, es designado por proposición del ejecutivo, si bien tiene que ser ratificado, los candidatos los propone el Presidente electo en turno. En realidad, el proceso es el siguiente²²⁵: el senado propone 10 candidatos para ser votados, si el senado no lo hace en el tiempo establecido, el ejecutivo propone una terna de la cual el senado tiene que elegir al Fiscal. Pero, si por alguna razón el senado no elige, el Presidente tiene la facultad de elegir él mismo a fiscal de entre su terna propuesta. En teoría, con la creación de la Fiscalía General se buscaba dar autonomía a esa institución, pero ya de origen, desde el nombramiento del fiscal, está viciado. Esto genera un cierto “compromiso” con la designación, generando con ello los casos que ya conocemos sobre tráfico de influencias. No estoy afirmando que ello vaya a suceder, porque el recién Presidente electo de izquierda, promete que dará lucha a la corrupción y pretende disminuir al mínimo este tipo de situaciones. Veremos.

²²⁵ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Art. 102 Óp. Cit.

“El Fiscal General durará en su encargo nueve años, y será designado y removido conforme a lo siguiente:

- I. A partir de la ausencia definitiva del Fiscal General, el Senado de la República contará con veinte días para integrar una lista de al menos diez candidatos al cargo, aprobada por las dos terceras partes de los miembros presentes, la cual enviará al Ejecutivo Federal. Si el Ejecutivo no recibe la lista en el plazo antes señalado, enviará libremente al Senado una terna y designará provisionalmente al Fiscal General, quien ejercerá sus funciones hasta en tanto se realice la designación definitiva conforme a lo establecido en este artículo. En este caso, el Fiscal General designado podrá formar parte de la terna.
- II. Recibida la lista a que se refiere la fracción anterior, dentro de los diez días siguientes el Ejecutivo formulará una terna y la enviará a la consideración del Senado.
- III. El Senado, con base en la terna y previa comparecencia de las personas propuestas, designará al Fiscal General con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes dentro del plazo de diez días. En caso de que el Ejecutivo no envíe la terna a que se refiere la fracción anterior, el Senado tendrá diez días para designar al Fiscal General de entre los candidatos de la lista que señala la fracción I. Si el Senado no hace la designación en los plazos que establecen los párrafos anteriores, el Ejecutivo designará al Fiscal General de entre los candidatos que integren la lista o, en su caso, la terna respectiva.
- IV. El Fiscal General podrá ser removido por el Ejecutivo Federal por las causas graves que establezca la ley. La remoción podrá ser objetada por el voto de la mayoría de los miembros presentes de la Cámara de Senadores dentro de un plazo de diez días hábiles, en cuyo caso el Fiscal General será restituido en el ejercicio de sus funciones. Si el Senado no se pronuncia al respecto, se entenderá que no existe objeción.
- V. En los recesos del Senado, la Comisión Permanente lo convocará de inmediato a sesiones extraordinarias para la designación o formulación de objeción a la remoción del Fiscal General.
- VI. Las ausencias del Fiscal General serán suplidas en los términos que determine la ley.”

Le tocará al Fiscal en turno buscar un balance para hacer valer su autonomía y al mismo tiempo cumplir con los objetivos de la política criminal vigente. Al mismo tiempo sus actividades se ven legalizadas al estar obligado a atender lo dispuesto en ordenamientos legales tanto como en las disposiciones internas que para tal efecto disponga la Fiscalía General de la República. Para el caso de la aplicación de los criterios de oportunidad, si bien su aplicación se sustenta en el artículo 21 constitucional, debe observar también lo contenido en el artículo 256 del CNPP y los lineamientos que a tal efecto emitió la Fiscalía General de la República o los que resulten de la transición de este ente al recién creado de la Fiscalía General de la República. La autonomía que se busca está controlada judicialmente con estos ordenamientos, por lo que puede perfectamente hacer frente al uso de la discrecionalidad que se le otorga con el hecho de estar en posición de ejercer o no acción penal en cierto tipo de delitos que no resulten trascendentes en cuanto a lesividad causada.

Es una tarea de vital importancia la delegada en el ministerio público, ya que funge como representante de la sociedad, dirige la investigación preliminar sirviéndose para ello (en teoría) de policías y peritos especializados, su mayor objetivo es el de ser un profesional imparcial y objetivo al servicio de la nación sin discriminar a ningún estereotipo al momento de buscar el esclarecimiento de los hechos para determinar si ejerce acción penal o no. Teniendo como prioridad la protección de los ciudadanos. Es decir, debe buscar la reparación del daño del bien jurídico lesionado, en la medida de lo legalmente posible y preferentemente propiciar la inmediata reinserción del imputado a la sociedad al permitirle no enfrentar un juicio mediante la aplicación de los criterios de oportunidad. Lo anterior, siempre atendiendo al tipo de delito que se trate y que estos sean delitos de bagatela, patrimoniales o de mínima culpabilidad.

Todos esperamos resultados del ministerio público, se tienen altas expectativas sobre los resultados de su actuación y más por el hecho de que se le ha ido atribuyendo mayores “libertades” con el objeto de lograr una mayor eficiencia en su labor. Sin embargo, los agentes del ministerio público son humanos también

y, por lo tanto, son susceptibles a cometer errores, errores que a veces escapan a su control.²²⁶ Por ejemplo, aunque la policía se supone que investiga bajo su mando, no es el ministerio público quien los instruye en cuanto a su preparación técnica para el ejercicio de sus funciones. Así, entonces, es la policía quien comete el mayor número de violaciones al debido proceso y que muchas veces terminan en la libertad de delincuentes peligrosos que si deberían haber ido a juicio. Por otro lado, cometen abuso a los derechos humanos de los ciudadanos al retenerlos contra su voluntad alegando revisión de rutina cuando se supone que por mandato constitucional nadie puede ser molestado en su persona y posesiones salvo que exista orden por escrito de un juez o se esté cometiendo un delito flagrantemente.

Es un hecho que el Ministerio Público responde actualmente a un imperativo social. Su funcionamiento como organismo especializado resulta imprescindible para la buena administración de la justicia. A su importancia natural se agregan la de la equidad y la de la más elemental conveniencia, esto es: la separación radical de las atribuciones del solicitante, por un lado; y las de quien debe resolver la procedencia de dicha solicitud, por otro. De quien acusa; y de quien falla. Así se evita la parcialidad en el ejercicio de la jurisdicción. La importancia y trascendencia de las funciones actuales de esta institución son esenciales para la vida de la sociedad, toda vez que comprende la dirección y/o defensa de los intereses del Poder Ejecutivo, de la sociedad y también los derechos individuales.²²⁷

No debemos perder de vista que la institución del ministerio público se dio como un logro para la imparcialidad en la procuración de justicia. Y que antes de su existencia, era el mismo órgano el encargado de iniciar acción penal, defender y juzgar al acusado, situación que invariablemente provocaba desconfianza en los justiciables. Con la implementación del ministerio público

²²⁶ Meza Fonseca, Emma. *¿A qué le temen los agentes del ministerio público?*, México, INACIPE, 2017, p. 9

“En ese sentido, tenemos que los principales temores de los Ministerios Públicos son, entre otros, que se les acuse de violar los derechos humanos de los imputados puestos a su disposición con motivo de una detención, ya sea en flagrancia o caso urgente. Ello es así porque el artículo 149 del CNPP establece la obligación del Ministerio Público de verificar si la detención del imputado se dio en flagrancia, esto es, inmediatamente después de que la persona sea puesta a su disposición y en su caso de no ser así dispondrá la libertad inmediata de la persona y, en su caso, velará por la aplicación de las sanciones disciplinarias o penales que correspondan”

²²⁷ *Historia del ministerio público*. Artículo completo disponible en: <https://mexico.leyderecho.org/historia-del-ministerio-publico/>

se da una disgregación de éstas funciones, por lo menos la función de acusar ya ere independiente del órgano juzgador. “...se extrajo del tribunal al acusador.”²²⁸

Las funciones y atribuciones del ministerio público las encontramos resumidas en lo contenido en el artículo 20 constitucional “El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune, y que los daños causados por el delito se reparen”. Que, si bien se refiere al proceso en general, no debemos olvidar que el principal artífice para el óptimo desarrollo de este proceso es el ministerio público, ya que, de la forma en que integre sus investigaciones y realice sus acusaciones, dependerá el curso que tome cada caso a resolver. Propiciando con ello, o bien, la ya conocida saturación el sistema penal, o la despresurización del mismo. Llevando a juicio solo los casos que de verdad ameriten un juicio por el daño causado. Bien dice Sergio García Ramírez que el ministerio público tiene todo para ser el OMBUDSMAN mexicano al tener todas las atribuciones para poder defender perfectamente los derechos humanos de las víctimas y los imputados mediante una imparcial y bien argumentada investigación preliminar

Hemos visto ya, que el carácter de legal lo otorga el hecho de estar contenido en alguna Ley vigente. Luego entonces, las atribuciones que el ministerio público tiene conferidas, son completamente legales. Si bien a algunos doctrinarios e incluso juristas parece no agradarles del todo, nada pueden hacer más que intentar legislar en contra, cosa que sería un completo retroceso para la evolución jurídica que hasta ahora se ha logrado. Los criterios de oportunidad si bien le otorgan discrecionalidad al ministerio público en su actuación previo al juicio, también son una herramienta que puede marcar la diferencia entre el antes y después del sistema penal mexicano. Y su aplicación se encuentran dentro del margen de la legalidad al estar directamente contenidos en la CPEUM y regulados por el CNPP

²²⁸ García Ramírez, Sergio, *El ministerio público*, México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 1997, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/136/3.pdf> Consultado el 10 de marzo 2019

y los lineamientos que la Fiscalía emitió para su aplicación²²⁹ (ahora corresponde a la nueva Fiscalía General de la República su cumplimentación), luego entonces, no debería hacer falta la inclusión de un tercero para autorizar su aplicación, dado el control judicial de que es objeto la aplicación de dichos criterios

5.2 Competencia del Fiscal (antes Procurador) General de la República en la aplicación del criterio de oportunidad.

La facultad para la aplicación de los criterios de oportunidad es otorgada al ministerio público de la federación en el artículo 21 constitucional, regulada por el artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Además, para cada supuesto enunciado en el citado artículo 256, debe observar los lineamientos que emitió la Fiscalía General de la República para tal efecto. Sin embargo, aunque en la Constitución sólo refiere que el ministerio público podrá considerar la aplicación de dichos criterios, en el CNPP manda que sea el Fiscal quien autorice su aplicación y luego, en los lineamientos que emite la propia FGR le dice cómo debe estar elaborada la solicitud de autorización y establece un plazo de 72 horas para su resolución.

El 10 de febrero del 2014²³⁰ se da una reforma constitucional y surge con ello la creación de la Fiscalía General de la República, que pretende otorgar autonomía a los encargados de la investigación de los delitos. Ahora no dependerá directamente de un mismo Presidente de la República el ejercicio de sus funciones, dado que el período del nombramiento es por nueve años. La trascendencia de un sexenio a otro les permitirá un afianzamiento con el que antes no contaban. Y el hecho de que ahora el Presidente de la República no tenga ese puesto a su disposición, otorga a los mexicanos un poco de tranquilidad al pensar que no será

²²⁹Existe la *LEY ORGÁNICA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA*. Que determina a la nueva fiscalía como un organismo autónomo, dicta los requisitos y condiciones para la designación de un nuevo fiscal y establece las directrices bajo las cuáles debe funcionar la Fiscalía. En los artículos transitorios de esta Ley, ordena que todas las obligaciones y convenios a cargo de la PGR, serán ahora responsabilidad de la FGR. Todas las referencias normativas que se referían al Procurador General ahora se entiende que le corresponden al Fiscal General. Y todas las referencias normativas a los agentes del Ministerio Público se entenderán referidas a las y los Fiscales.

²³⁰Diario Oficial de la Federación, Decreto del 10 de febrero del 2014, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014

tan fácil corromper al titular del organismo debido a que no depende directamente del ejecutivo.

Los requisitos para ser Fiscal General son de hecho los mismos que se pedían para ser Fiscal²³¹: ser ciudadano mexicano por nacimiento; tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación; contar con antigüedad mínima de diez años con título profesional de licenciado en derecho; gozar de buena reputación; y no haber sido condenado por delito doloso. Al Fiscal podía destituirlo libremente el ejecutivo. Al Fiscal General puede intentar destituirlo, pero el Senado tiene el poder si son mayoría de objetar tal decisión. Esta situación genera aún más seguridad en el ejercicio de sus funciones al Fiscal General, al no verse comprometido o condicionado a la personal satisfacción de un personaje.

Otra gran diferencia que la Ley atribuye a la nueva Fiscalía General es el título de órgano autónomo con patrimonio propio. Esto es, que sus funciones no están supeditadas a otro organismo y que su funcionamiento es independiente. Se relaciona con otros órganos sólo para contribuir a los fines y objetivos nacionales establecidos en el plan nacional de desarrollo y la política criminal vigente. La autonomía buscada para la Fiscalía General y el hecho de haberle arrebatado el poder al ejecutivo de nombrar a modo al titular de ese órgano, supone la esperanza de una nueva era en lo que a procuración de justicia se refiere, ahora solo falta esperar que se acomoden las piezas y que se den las leyes secundarias que hagan falta para migrar “el chip” de los actores del proceso penal que antes dependían de la Fiscalía General de la República y que ahora son parte de la nueva Fiscalía. Al decir “migrar el chip” me refiero a que debe cambiar también la mentalidad de los agentes del ministerio público. Ellos tienen, y se saben con poder de decisión para determinar el inicio de la acción penal o no. Aquí el reto es en realidad el cómo incluir el humanismo y el compromiso por conseguir el bien común para el país. Coincido plenamente con el jurista Sergio García Ramírez, y es que, quien mejor

²³¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 102 apartado A, reformado el 29-01-2016. Óp. Cit.

que el ministerio público para defender los derechos humanos de las personas involucradas en controversias de tipo penal.

No por nada el derecho penal es la última trinchera del derecho, es el último intento por incluir a los individuos en una sociedad armónica. En las últimas décadas esa función fue relevada por una inclemente e indiscriminada aplicación del principio de legalidad. Se acogieron a la idea de que, a mayor número de presos, mayor era su eficiencia. Debe ser labor no solo de las comisiones de derechos humanos, que últimamente pareciera que solo defienden los derechos de los delincuentes y no de víctimas del delito, sino también, y principalmente de las autoridades instituidas para brindar y asegurar la tranquilidad y certeza jurídica de las personas. Es del conocimiento popular la existencia de muchos casos en que la víctima toma justicia por mano propia, que, si bien lo sometemos a criterio popular, una gran mayoría está de acuerdo en el actuar de los imputados. Por otro lado, existen también casos públicos de impunidad que la gente no se explica cómo es posible que no se pueda establecer una correcta carpeta de investigación para que la vinculación a proceso y el posterior juicio terminen en sentencia condenatoria²³².

²³² Un caso muy sonado en México es el caso del gobernador de Veracruz, que junto con su esposa desfalcaron al Estado sumiéndolo en deuda pública, inseguridad, desempleo y demás. Lo que tanto molestó a la población (porque los mexicanos somos capaces de ver cómo nos roban una y otra vez y no pasa nada) fue el hecho reconocido por el imputado de que para robar recursos suministro placebos a enfermos de cáncer en lugar de los medicamentos indicados. El caso se investigó deficientemente, la fiscalía le fincaba cargos por delincuencia organizada, peculado, tráfico de influencias, ejercicio indebido del servicio público. Por cuanto a desvíos de fondos, se le encontró dispersión ilegal de recursos por 35 millones de dólares. A pesar de todo esto, de ser del conocimiento público, el ministerio público no tuvo la capacidad de demostrar los hechos para no negociar la pena. El exgobernador se declaró culpable para beneficiarse de un procedimiento abreviado y así obtener una pena mínima, eso sin contar que obtuvo una reclasificación del delito de delincuencia organizada por el de asociación delictuosa. Por demás está mencionar el descontento de la población en general. Pero, esas situaciones son exactamente las que viene a mermar la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas. En lugar de ayudar a un mejoramiento en la repartición de justicia, los funcionarios del Estado pareciera que se venden al mejor postor o simplemente, tienen que cumplir compromisos políticos a cambio de su designación. Por otro lado, tenemos cada vez más casos de personas que en venganza por un daño sufrido privan de la vida al responsable del daño sufrido. Sonó el caso de una madre que asesinó a un hombre porque lo sorprendió infraganti abusando sexualmente de su hija. A ella si le dieron la pena máxima, sentenciándola a 30 años de prisión. En este tipo de casos sería interesante en algún momento, fincarle responsabilidad al Estado. No es responsabilidad del ciudadano el de procurarse justicia, pero como resultado de la notoria deficiencia del Estado por lograrlo, las personas, hartas de ser víctimas, se convierten en victimarios, Habría que hacer un estudio profundo si no merece pena también las autoridades encargadas de

Podemos pensar que este tipo de situaciones son las que provocan que las personas decidan que lo mejor es hacer justicia por mano propia, no obstante, la responsabilidad de procurar justicia corresponde a los organismos para ello establecidos. Bien dijo el Fiscal General de la República, Alejandro Gertz Manero, cuando en conferencia de prensa por el asunto de la explosión en el estado de Hidalgo del ducto de PEMEX que sucedió el pasado 18 de enero del 2019 por la existencia de una toma clandestina, una reportera le cuestiona si la autoridad tiene miedo de que la gente se haga justicia por su propia mano. El fiscal responde "...la justicia por su mano propia se da cuando no hay autoridad, no va a ser el caso..."²³³ ¿Podemos afirmar entonces que, efectivamente la percepción generalizada es que la autoridad no está o estaba siendo suficiente para ser eficiente en el esquema de seguridad que regía anteriormente con la existencia de la Fiscalía General de la República?

Existe otra conferencia de prensa que brindó el Fiscal General de la República apenas a unos días de su nombramiento, en donde se refieren al caso de "la estafa maestra" cuyo daño patrimonial asciende a más de ochocientos treinta y nueve millones de pesos y en donde se ven implicados gran cantidad de funcionarios públicos, sin ningún detenido hasta la fecha²³⁴. En algún momento de su informe, el titular de la Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delitos Federales, Felipe de Jesús Muñoz Vázquez, comenta que, de acuerdo a un criterio jurisprudencial emitido por la Primera Sala²³⁵, el ministerio público ya no está facultado para solicitar información financiera directamente a las instituciones como Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), sino que ahora debe hacerlo a través de un juez de control. Menciona también que algunos criterios se los aplican retroactivamente, dando como resultado que las pruebas presentadas

proporcionar esa seguridad fallida. El Exgobernador solo obtuvo 9 años de prisión y una sanción de poco más de 58 mil pesos.

²³³ Extracto de la conferencia de prensa referida publicada el 28 de enero del 2019, se encuentra disponible en el blog de la Fiscalía General de la República en: <https://www.gob.mx/pgr/videos/mensaje-a-medios-del-fiscal-general-de-la-republica-alejandrogertzmanero?idiom=es> consultado el 20 de marzo del 2019

²³⁴ Al 27 de marzo del 2019.

²³⁵ Video conferencia disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=bjHDw75hoqc> consultada el: 27 de marzo del 2019.

por el ministerio público se consideren ilícitas y carezcan de todo valor probatorio. Cita que no existe uniformidad de criterios y que en algunos casos si les otorgan la información y en otros no, lo que trae como resultado incertidumbre por parte del ministerio público. Dificultando aún más su labor.

¿Porque es importante enunciar los casos anteriores? Es sólo para darnos una idea y entender un poco la situación que prevalece todavía en México en general. Se está pugnando por una reestructuración jurídica al apostar por las reformas legislativas. Sin embargo, para que éstas reformas resulten efectivas, es necesario también reestructurar al elemento humano. Son los funcionarios y ciudadanos quienes positiván al derecho. Tenemos el caso de los legisladores y funcionarios de alto rango que cuando la presidencia de la república determinó que de acuerdo a lo que dicta la constitución, nadie debería ganar más sueldo que el Ejecutivo²³⁶. Se ampararon y obviamente se concedieron el amparo. Una reducción a su remuneración les pareció que vulneraba sus derechos humanos dijeron. Pero ninguno de ellos se ha pronunciado para reclamar que el salario mínimo, aun con el “considerable” incremento que tuvo para el año 2019, por demás insuficiente para que una familia viva dignamente, que digamos una familia, ni siquiera es suficiente para una sola persona. Todo lo anterior se menciona con respecto al “cambio de chip”, me atreveré a decir que vivimos en una sociedad hipócrita en donde el único interés que prevalece es el personal. Así lo sienten y así lo manifestaron los legisladores al velar por sus intereses incluso pasando por encima de los intereses de una nación completa.

Si bien tenemos derecho de exigir resultados a las autoridades, en este caso a la Fiscalía General de la República, también debemos ser conscientes de que quizá se pueda tener autonomía para iniciar procesos penales de acuerdo a lo que las leyes dicten. No obstante, la autonomía procesal no es posible porque debe interactuar con muchas otras dependencias (en la mayoría de los casos) en busca

²³⁶Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 127 Fracción II, Óp. Cit. “Ningún servidor público podrá recibir remuneración, en términos de la fracción anterior, por el desempeño de su función, empleo, cargo o comisión, mayor a la establecida para el Presidente de la República en el presupuesto correspondiente.”

de información suficiente para sustentar sus acusaciones. La fiscalía debe comenzar, pero no le corresponde resolver una vez iniciado el juicio y es ahí donde las autoridades judiciales en juego tienen intereses que atender también, intereses que como hemos podido notar en los ejemplos citados, obstaculizan e incluso imposibilitan la procuración de justicia. Habría que pugnar por una reforma hacia esa esfera y, si acaso, orar porque se dé en algún momento, pero en beneficio del interés público.

Es pues, menester urgente, el capacitar mejor a los agentes del ministerio público, pero no solo en cómo debieran ejercer sus funciones, sino, que debemos recordarles para que fue creada su institución, cuál es el verdadero objetivo de la ahora Fiscalía General de la República. En palabras del legislador es el siguiente:

La Fiscalía General de la República tendrá como fines la investigación de los delitos y el esclarecimiento de los hechos; otorgar una procuración de justicia eficaz, efectiva, apegada a derecho, que contribuya a combatir la inseguridad y disminuirla; la prevención del delito; fortalecer el Estado de derecho en México; procurar que el culpable no quede impune; así como promover, proteger, respetar y garantizar los derechos de verdad, reparación integral y de no repetición de las víctimas, ofendidos en particular y de la sociedad en general.²³⁷

Este apartado en la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, nos recuerda que la Fiscalía, así como sus funcionarios deben velar por la tranquilidad y seguridad de la sociedad. Nos dice que la justicia debe ser eficaz y efectiva, es decir, que no basta con que lleven mucha gente a prisión para ser efectivos, sino que, también hace falta que esas personas encarceladas sean verdaderamente culpables y que además se pueda tener la certeza de que, en algún tiempo, cuando sean libres podrán reinsertarse en la sociedad como miembros activos de la misma. Procurando evitar en todo momento la impunidad y la criminalización de las

²³⁷*Ley orgánica de la fiscalía general de la república*, Artículo 2, Óp. cit.

víctimas que tanto sucede hoy en día en México. Ejemplos podría enunciar muchos, pero basta con que el lector lea o vea un apartado de noticias.

Por lo expuesto en líneas anteriores, nos podemos dar una idea de la trascendencia e importancia de las actividades de dirección y coordinación que la Fiscalía General de la República tiene bajo su responsabilidad. Si bien su participación en la aplicación de los criterios de oportunidad es de revisar y autorizar (función determinante para la aplicación), consideramos no necesaria su intervención, dado que ya la aplicación de los citados criterios por el ministerio público se encuentra judicializado y controlado tanto por la víctima como por el imputado, ambos deben estar de acuerdo en su aplicación. Y en caso de no estarlo pueden interponer recurso, o simplemente, no firmar los acuerdos. El hecho de que el fiscal o su dependiente asignado para tal efecto, no tenga que ocuparse de este tipo de situaciones, le permitirá mayor disposición de recursos humanos y financieros para dedicarlos a la investigación de los delitos de mayor trascendencia. Lo que a mediano y por supuesto largo plazo permitirá conseguir la tan buscada economía procesal.

5.3 El criterio de oportunidad y la economía procesal.

Uno de los principales problemas, sino el principal, es el incremento del número de casos que surgen para investigar en materia criminal sin el incremento proporcional de agentes del ministerio público y jueces para resolver los asuntos. Esto trae como consecuencia el ya mencionado congestionamiento del sistema penal y el cuello de botella que impide dar solución pronta y eficiente a un mayor número de conflictos. Y en segundo plano, un incremento en los costos económicos del proceso. Lo que en realidad significa que se tiene que **resolver más con lo mismo**. Como un intento de combatir el congestionamiento se dio la reforma penal de la que ya hablamos. Se instituyeron los mecanismos alternos para la solución de controversias en materia penal y se incluyó en la constitución la figura jurídica del criterio de oportunidad. En la exposición de motivos el legislador expone que una de las causas para instituir la figura jurídica en mención es la de buscar una economía procesal.

En un sentido muy genérico, la economía procesal es un principio informativo del derecho procesal que, de forma más o menos intuitiva, influye y configura la estructura y el funcionamiento del proceso; en ese aspecto sería la razón que procurara que el proceso consiga su fin, la satisfacción de las pretensiones con el mayor ahorro posible de esfuerzo y de coste de las actuaciones procesales; obtener el máximo rendimiento con el mínimo de gasto y tiempo, lo que podría llamarse la economía en el proceso.²³⁸

Por economía procesal entendemos, “Principio rector del procedimiento judicial, que tiende a lograr el ahorro de gastos monetario (*sic*) y de tiempo en la administración de justicia.”²³⁹ Básicamente es lo que ya dijimos resolver más con menos. Aprovechar al máximo los recursos humanos y financieros con el objeto de obtener los mejores resultados posibles dentro de la legalidad del propio sistema. Con el uso de la discrecionalidad conferida al ministerio público para la aplicación de un criterio de oportunidad se estaría contribuyendo directamente a conseguir la economía procesal.

La economía procesal la podemos buscar en cuestiones de plazos, costos y trabajo, con lo que se pretende ahorrar en tiempo, dinero y energía. Con el afán de aligerar tanto emocional como económicamente el proceso tanto a la víctima como al imputado, eliminando las situaciones que obstaculizan la celeridad de la resolución del conflicto. A continuación, enunciaremos las ventajas que proporciona una economía procesal efectiva

Primero, el caso se resuelve en menos tiempo que si se lleva a proceso penal. Un proceso penal, incluso ahora, con la celeridad que en teoría brindan los juicios orales, se lleva por lo menos cuatro meses, eso si los plazos no se alargan a petición del imputado para ampliar su defensa. La CPEUM en su artículo 20 apartado B nos indica que un proceso judicial se resolverá en un tiempo de máximo cuatro meses si la pena que le corresponde al delito

²³⁸ Jiménez Asenjo, *Apud.* Carretero Pérez, Adolfo, *El principio de economía procesal en el contencioso-administrativo*, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2111224.pdf>

²³⁹ Enciclopedia jurídica, disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/econom%C3%ADa-procesal/econom%C3%ADa-procesal.htm>

juzgado no excede de dos años. Para los delitos cuya pena excede ese tiempo, el plazo máximo para su resolución será de un año.²⁴⁰

Segundo, hemos abordado ya, los costos que implica mantener a un imputado en prisión preventiva sin haber sido sentenciado. Independientemente de los costos de manutención en establecimiento penitenciario, al iniciar un proceso penal, se incurre en gastos necesarios para llevar a cabo la investigación preliminar, el gasto que representa utilizar el tiempo del agente del ministerio público asignado al caso. La policía que auxilie en la investigación que dirige el ministerio público también tiene gastos. Deja de vigilar y proteger por dedicarse a investigar y conseguir pruebas. El sueldo del tiempo utilizado por el personal del ministerio público asignado a el caso de que se trate. El sueldo de los jueces que deben conocer y en su caso resolver el caso, el uso de las salas de juicio. Podríamos intentar enunciar todos y cada una de las situaciones que generan gastos al Estado durante un juicio, pero creo que lo ya enunciado es lo más significativo.

Por cuanto al ahorro de energía que mencionamos, el ser más efectivos en cuanto al ejercicio de las funciones, supone por sí mismo un ahorro considerable en las actividades realizadas lo que implica *per se* un no gasto de energía humana y, por tanto, un ahorro de recursos humanos. Veremos a continuación los costos que implica el proceso penal en México.

5.4 Costo procesal de llevar a juicio todos los casos de acuerdo al principio de legalidad.

Partamos del punto sobre ¿qué es un principio? En primera instancia, es donde algo inicia. La base de las normas o ideas que rigen el pensamiento personal o colectivo. Algo que nos dicta una determinada forma de actuar en ciertas circunstancias y que marca pautas deseables a seguir por la conducta humana. No tiene el carácter vinculatorio de una norma, o el carácter de coerción de una regla.

²⁴⁰ *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*, Artículo 20 apartado B, fracción VII. Óp. Cit.

“Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;”

Es lo deseable, lo que la colectividad requiere para su bienestar común. En este apartado abordaremos nuevamente el principio de legalidad y las consecuencias de su aplicación en el sistema penal mexicano.

El principio de legalidad da como resultado la oficiosidad. En sus orígenes, el principio de legalidad se instituye buscando igualdad de los ciudadanos ante la Ley. El principio de legalidad garantizaba al ciudadano común que, no importando su estrato social, su religión, o su forma de pensamiento, éste tendría acceso a la justicia en caso de así requerirlo. Implicaba el hecho de que ninguna conducta antijurídica se quedaría sin castigo y que todos absolutamente tendríamos derecho a que “se nos hiciera justicia”.

Durante algún tiempo, el principio de legalidad cumplió su cometido, investigaba todos los casos habidos por investigar. Sin embargo, de ahí le vino el problema. La población va en aumento constante, hasta el punto de volverse insostenible. Las conductas antijurídicas se multiplican día a día, y el hecho de investigar todos los supuestos de hecho delictivo llevaron al sistema procesal penal a un cuello de botella cada vez más estrecho. Su complejidad se deriva principalmente del incremento de la base de delitos cometidos. Es decir, el número de delitos con inicio de investigación iba en aumento y la capacidad de las instituciones gubernamentales para darles proceso y salida a tales delitos va en disminución en proporción a los delitos cometidos. Como resultado tenemos una botella cada vez más amplia en el fondo con un cuello cada vez más estrecho.

En México, el legislador detecta el problema e intenta resolverlo. Surgen las reformas legales. En materia penal la última más importante fue la del 2008 de la que ya hablamos. Surge el sistema acusatorio y se establecen las bases para migrar la actividad judicial del viejo sistema inquisitivo al “nuevo” sistema acusatorio y oral. Situación que demora 8 años quedando en vigor en junio del 2016 en Código Nacional de Procedimientos Penales, ordenamiento que viene a unificar los procedimientos para facilitar (aparentemente) el cambio de un sistema a otro. No obstante, los casos que se iniciaron con el viejo sistema, por disposición legal, deben terminarse con ese mismo procedimiento. Lo cual no permite una completa

agilización. Otro cambio importante que se da con la reforma penal, es el nacimiento de la justicia alternativa en materia penal (de la cual también ya dejamos precedente en el presente trabajo de investigación), ésta vino a resolver gran cantidad de casos a nivel nacional. Busca soluciones mediáticas con miras a procurar justicia prontamente. Contribuyendo con su función a una disminución de los casos no resueltos, a una satisfacción de la víctima y a la cierta reinserción del imputado al no quedar preso derivado del conflicto en cuestión.

Es entonces que el principio de legalidad luego de ser la solución a la deficiente procuración de justicia por igual, se convierte en la base del problema del congestionamiento de la vía penal en México y gran parte del mundo. El principio de legalidad obliga al ministerio público a iniciar proceso a todas las conductas antijurídicas conocidas por éste y denunciadas a través de querrela. Esto ocasiona que la capacidad del sistema penal se vea rebasada. Ingresan más casos de los que se pueden resolver con los recursos humanos que cuentan las instituciones. El principio de legalidad pues, después de haber sido eficiente herramienta de política criminal, se torna en artífice del colapso del funcionamiento y eficientismo del sistema penal procesal.

Con el discurrir del tiempo y la sofisticación e internacionalización de la criminalidad en México y el mundo, se hace necesaria una proyección distinta en lo que a resolución de conflictos concierne. El principio de legalidad requiere de coadyuvantes para cumplir su cometido. Aparece en escena el principio de oportunidad. Mismo que ya hemos referido que puede fungir como complementario del de legalidad y no necesariamente como duro adversario del mismo. Legalidad no es sinónimo de justicia. Oportunidad no es sinónimo de impunidad. Si el sistema penal mexicano seguía aplicando a pie juntillas el principio de legalidad, tarde o temprano colapsaría por completo. Por ello, el legislador promueve la justicia restaurativa como parte de una política criminal en busca de mejores resultados en cuanto a procuración de justicia se refiere.

El principio de legalidad es la base para el inicio de los procesos penales en busca de la procuración de justicia. Sin embargo, hoy en día, ha dejado de ser un

principio absoluto. Como ya hemos dejado precedente, se ha adoptado en algunos países de América Latina y la Unión Europea al principio de oportunidad como opción de solución al congestionamiento de sistema penal. No se debe ver ya al principio de legalidad como el parteaguas que fue en sus inicios.²⁴¹ En Alemania por ejemplo, el Fiscal no está obligado a investigar cualquier infracción al derecho penal dado que las medidas de prevención general y específica, en razón de lo que conviene a la política criminal, aconseja una disminución de la formalidad que el principio implica, para reducir efectos procesales del mismo (como ya enunciamos en el capítulo III). Se comentó ya también lo que la inclusión del criterio de oportunidad implica en países como Argentina, Perú y Colombia. Y se analizó brevemente de la necesidad de su inclusión en otros países como lo es España. Por lo expuesto sobre España podemos inferir que no tardará mucho más en que los legisladores acepten incluir la aplicación del principio de oportunidad por todas las ventajas que con ello conlleva. Aunque en realidad sus índices de criminalidad se encuentran muy por debajo de la media de la Unión Europea.

En resumen, podemos enunciar diversos problemas de la estricta aplicación del principio de legalidad en el sistema penal mexicano. La rigidez del proceso que en un principio buscaba proporcionar certeza jurídica al ser inflexible con respecto de qué se investigaba y qué no, evitó que el sistema se fuera adecuando paulatinamente a los cambios estructurales de la criminalidad y así estar a la “altura” de los delincuentes en cuanto a logística y facilidad de procedimientos. Y es que a veces el seguir todo el procedimiento que se requiere para una orden de aprehensión, por ejemplo, es muy tardado. El delincuente puede sustraerse de la justicia con la mano en la cintura y el sistema nada puede hacer por agilizar este tipo de situaciones si caer en “faltas al debido proceso”.

Otra situación negativa ocasionada por la aplicación estricta del principio de legalidad, es la indudable congestión del sistema penal. Aunado a la insuficiencia de recursos financieros, esto genera que los procesos se prolonguen más de lo

²⁴¹ GÓMEZ COLOMER en Ovejero-Becerra, Santiago Guibert. *EL MINISTERIO FISCAL EN EL SIGLO XXI*. P. 55 Óp. Cít.

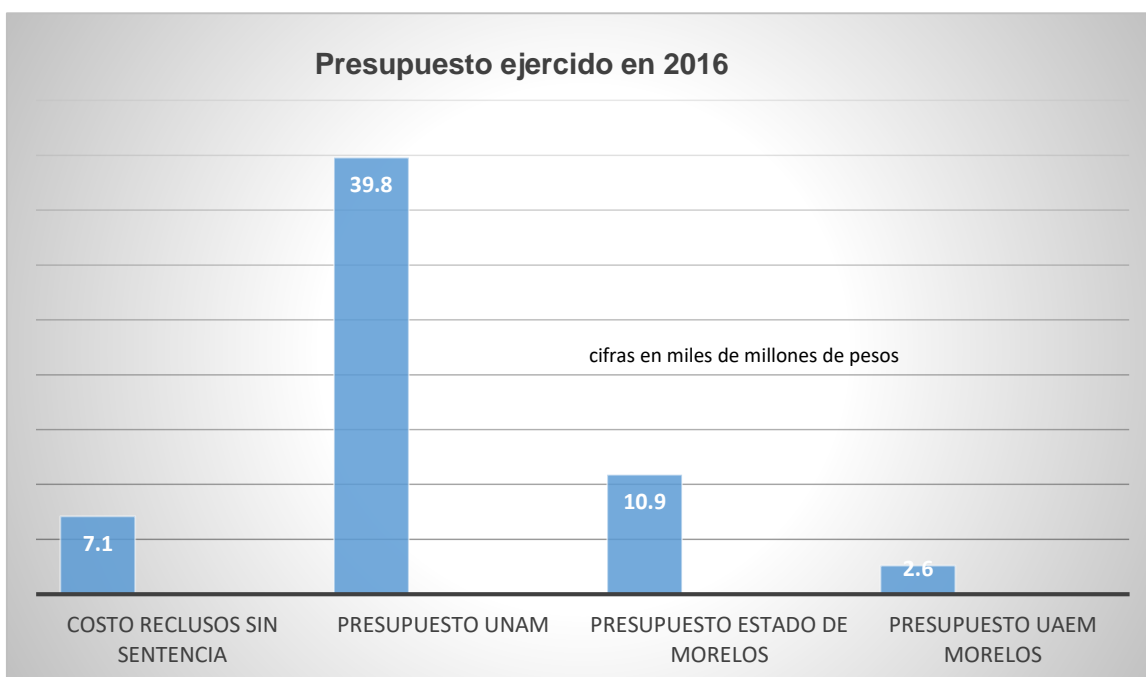
deseable, y obligando a algunos imputados a esperar más del tiempo justo para obtener su sentencia. Ocasionando costes colaterales como la manutención de los procesados (procesados a la espera de sentencia) en los establecimientos penitenciarios. También se pierde recurso en casos de poca relevancia y sin trascendencia social por su nula afectación al colectivo de la misma.

Tenemos pues que el costo por aplicar irrestrictamente el principio de legalidad ha sido el constante congestionamiento de la vía penal, el uso de recursos en situaciones que no merecen la pena (y no por denostar o menospreciar el daño que hubiere sufrido algún bien jurídico protegido en particular, sino porque como ya dijimos, lo particular es reparable). En cifras, al cierre del 2016, en los establecimientos penitenciarios se encontraban presos sin sentencia 65,021 imputados, cantidad que ascendía al 35% del total de la población carcelaria. Si tomamos en cuenta que la manutención de un recluso en México ascendía hasta los \$449.46²⁴²(cuatrocientos cuarenta y nueve pesos 46/100 m.n.) en Yucatán, y de ahí tenemos cantidades variables en cada entidad federativa hasta por \$196.71 (ciento noventa y seis pesos 71/100 m.n.) Tomemos una cantidad media, \$300.00 para ilustrar un poco el asunto. Tenemos que diariamente en 2016 se gastó \$19,506,300.00 (DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS SEIS MIL TRESCIENTOS PESOS 00/100 M.N.) para la manutención de reclusos sin sentencia.

Si la misma cantidad de reos se mantiene presa por el lapso de un año, en las mismas condiciones, sin sentencia. Es decir, sin tener la certeza de que el acusado merece estar en prisión. Al año el costo de manutención de este 35% sin sentencia asciende (en 2016) a \$7,119,799,500.00 (siete mil, ciento diecinueve millones setecientos noventa y nueve mil quinientos pesos 00/100 m.n.). Estamos hablando de un 18% del presupuesto total de la Universidad Nacional Autónoma de México \$39,381,976,365.00 (Treinta y nueve mil trescientos ochenta y un millones novecientos setenta y seis mil trescientos sesenta y cinco pesos 00/100

²⁴² *En números, documentos de análisis y estadísticas*, Vol. 1, Núm. 11, oct-dic 2017, publicación trimestral editada por el INEGI, México, 2017, disponible en: http://www.cdeunodc.inegi.org.mx/unodc/wp-content/uploads/2018/01/en_numeros2.pdf

m.n.) para el mismo año. El equivalente al 65% del presupuesto total de egresos para el Estado de Morelos en el año 2017 que fue de \$10,918,415,000.00 (diez mil novecientos dieciocho millones de pesos 00/100 m.n.)²⁴³. Incluso el presupuesto asignado a la Universidad Autónoma del Estado de Morelos ese mismo año fue inferior al importe que se gasta en reos sin sentencia, fue de 2 mil 600 millones de pesos. Tenemos un problema real, fuerte y cuantificable derivado de la oficiosidad que provocó el principio de legalidad durante las últimas décadas. Las cifras hablan por sí solas²⁴⁴.



Gráfica 1. Elaboración propia.

Lo anterior es parte de las razones por las que considero importante otorgar la autonomía plena al ministerio público en el manejo de la aplicación del criterio de oportunidad. Hago hincapié por supuesto que por autonomía me refiero a no depender de la autorización del Fiscal General para la autorización de los mismos, sino que, basados en la regulación disponible, el ministerio público pueda decidir si se ejerce la acción penal o no. Siempre apegado a derecho, y contando desde

²⁴³Ley de Ingresos del Gobierno del estado de Morelos, correspondiente al ejercicio fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2017, Periódico oficial “tierra y libertad”, disponible en: <http://www.transparenciamorelos.mx/sites/default/files/Autonomos/UAEM/oca1/2017/presupuesto/presupuesto2017.pdf> consultado el 20 de abril 2019.

²⁴⁴ Véase gráfica 1. Realizada con datos tomados de los portales de transparencia de las instituciones referidas.

luego, con el hecho de que tanto la víctima como el imputado tienen el derecho, legalmente instituido, de no aceptar la aplicación del citado criterio. Ese supone, que puede ser el control judicial más fuerte que podría servir como fiscalizador de la “buena o mala” praxis que de ello haga el ministerio público.

5.5 Costo-beneficio de otorgar autonomía en la discrecionalidad del Ministerio Público de la Federación para la aplicación del criterio de oportunidad.

Mucho hemos disertado sobre la confianza que ya no se tiene en las instituciones públicas. La confianza en las autoridades ha ido en decremento dado los altos índices de criminalidad e impunidad que imperan en nuestro país desde hace varios años. Situación que se vio recrudecida desde el sexenio de Felipe Calderón, cuando abiertamente “declaró la guerra” a los narcotraficantes, con el resultado que todos padecemos hasta la actualidad. Mayor número de casos de corrupción, delincuentes operando desde mandos públicos, seguridad pública al servicio de la delincuencia organizada, negligencia de las autoridades. La delincuencia organizada se fortaleció y se recrudeció en la comisión de los delitos.

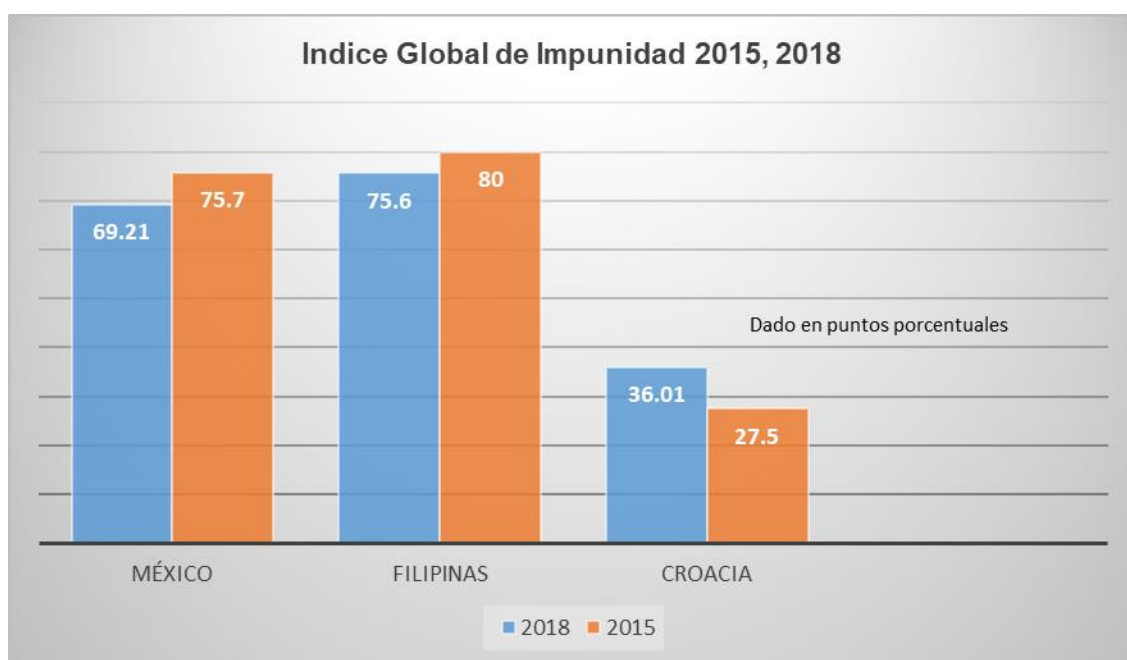
Según informes publicados por la UNAM, en 2015 México ocupaba el segundo lugar en cuanto a percepción de impunidad a nivel mundial²⁴⁵ con un lamentable 75.7%. Apenas por debajo de los índices de Filipinas con un 80%. El país con menos impunidad era Croacia con un 27.5%. Dejemos claro que al hablar de impunidad nos apegamos a la concepción de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que se refiere a la impunidad desde dos dimensiones: la de hecho y la de derecho. Con la impunidad de hecho se refiere a todos aquellos actos que obstaculizan la independencia e imparcialidad de la justicia. Y por impunidad de derecho se refiere a las Leyes, Decretos y demás ordenamientos que impiden que personas que han cometido algún delito, vayan a juicio y mucho menos se puede pensar en que cumplan una sentencia en prisión²⁴⁶.

²⁴⁵Índice Global de Impunidad IGI (2015), Perseo, Número 27, año 2015, Programa Universitario de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <http://www.pudh.unam.mx/perseo/category/indice-global-de-impunidad/> Consultado el 3 febrero 2019.

²⁴⁶ “Por impunidad se entiende como: «[...] la inexistencia de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria,

Al respecto hemos tratado ya, el caso del exgobernador de Veracruz y cualquiera que sepa de noticias criminales en México, tendrá una idea del nivel de impunidad que prevalece en lo relacionado a políticos y funcionarios corruptos y su “imposible castigo”.

La Universidad de las Américas Puebla emitió también un informe sobre el índice global de impunidad²⁴⁷. Procederemos a analizar brevemente las cifras reportadas del año 2018. Para ese año, ya México ocupa el igual de deshonroso cuarto lugar en cuanto a percepción de impunidad global con 69.21 puntos. Filipinas sigue siendo el país más impune con 75.6 y Croacia el que denota menor impunidad con apenas 36.01²⁴⁸.



Gráfica 2. Elaboración propia.

En México los estados de la república con mayor impunidad son Estado de México, Tamaulipas, Baja California(sic), Coahuila, Quintana Roo, Guerrero,

porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas» (ONU, 2015).”

²⁴⁷Le Clercq Ortega, Juan Antonio Y Rodríguez Sánchez Lara, Gerardo (Coords.), *La impunidad subnacional en México y sus dimensiones IGI-MEX 2018*, Fundación Universidad de las Américas Puebla, México, 2018 p. 7 disponible en: www.udlap.mx/igimex/assets/files/2018/igimex2018_ESP.pdf consultado el 5 febrero 2019

²⁴⁸ Véase gráfica 2.

Aguascalientes, Veracruz, Puebla y Oaxaca. Con índice que fluctúan entre el 75 y 80%. Podemos notar que en su mayoría son estados en donde el turismo forma parte importante de sus fuentes de ingresos. Como ya mencionamos en el Capítulo tercero apartado 3.5, la criminalidad (consecuencia de la impunidad) frena el desarrollo económico y social del lugar en que se manifiesta, por ende, podemos suponer una disminución en la calidad de vida de los residentes de esos estados.

Relacionado directamente a la impunidad tenemos el tema de la funcionalidad del sistema de seguridad y la miserable estructura del sistema de justicia mexicano. Respaldao con cifras las atrevidas palabras previas: México cuenta con apenas cuatro jueces por cada cien mil habitantes, mientras que la media mundial es de dieciséis. Croacia, que recordemos, es el país con menor índice de impunidad, cuenta con cuarenta y cinco juzgadores por cada cien mil habitantes. Las cifras hablan por sí solas. Aunque podemos ser específicos y dar una idea del impacto que esto representa. Según el Índice Global de Impunidad México 2018 (IGIMEX 2018, que es el que hemos estado analizando en cifras), en el Estado de México en 2018, se registraron 202,205 carpetas de investigación y de ellas sólo 1,209 terminaron en sentencia, Estamos hablando de menos del 1% (0.59%), esas más de doscientas mil carpetas corresponden sólo a los delitos denunciados sin tomar en cuenta la cifra negra.

Respecto de la cifra negra, El INEGI emitió la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2018²⁴⁹, en donde tenemos que sólo el 10.4 % de los delitos fueron denunciados en el año 2017, de los cuáles, en sólo el 65.3 % se inició investigación preliminar. Lo anterior nos deja que del total de los delitos cometidos ese año, sólo un 6.8% tuvieron inicio de investigación, dejando en la cifra negra a un 93.2%. Es decir 93 delitos de cada 100 cometidos en nuestro país en el año 2017, o no fueron denunciados (89.6%), o no se les abrió carpeta de investigación (3.6%).

²⁴⁹Encuesta nacional de victimización y percepción sobre inseguridad pública, ENVIPE 2018, México, INEGI, 2018, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2018/doc/envipe2018_presentacion_nacional.pdf

Como podemos notar, la cifra negra es alarmante, la confianza de los ciudadanos en las autoridades judiciales está por los suelos, lo que propicia que la gente no denuncie, sea por miedo a represalias de los delincuentes, por miedo a extorsión de las mismas autoridades o simplemente por no tener animo ni disposición de ir a perder cuatro horas de su tiempo en una denuncia que no tendrá frutos. Pudimos leer la experiencia de un ciudadano normal al ir a denunciar un robo, en su intento por utilizar el seguro contra robo de su equipo de telefonía móvil. Y esto lo inició sólo porque tenía cierta certeza de que le serviría de algo al presentar la denuncia a la aseguradora, y que así recuperaría un porcentaje de la inversión. No porque confiara en el proceder de la autoridad, sino porque es un requisito de la aseguradora. Los delitos más cometidos son los menos denunciados.

En los delitos que más se da la impunidad es en los patrimoniales. Tenemos, por ejemplo: extorsión con un 98.3%, Fraude 95.5, Robo parcial de vehículo 9%, secuestro y robo o asalto en la calle con 94.1, amenazas verbales 90.4%, Robo en casa habitación 89%, lesiones 85.7%, robo total de vehículo 32.5%. Por otro lado, el denunciar no es garantía de nada, según el mismo informe, el porcentaje de las carpetas de investigación iniciadas que arrojaron algún resultado (solicitud de vinculación a proceso, perdón otorgado, reparación del daño) es apenas del 1.2% del total de los delitos. En estas cifras confirmamos que en lo que respecta a bienes asegurados se da en menor grado la impunidad. Al ser parte de los requisitos de circulación para los vehículos contar con un seguro, la impunidad en cuanto a las denuncias en este tipo de delitos se ve reducida. La aseguradora solicita como requisito para tramitar el pago del seguro, presentar copia de la denuncia formal ante el ministerio público.

Con lo anteriormente expuesto se puede inferir que efectivamente, la mayoría de la sociedad mexicana no confía en sus autoridades, que el congestionamiento del sistema penal en México es real y que es ocasionado por causas varias como: principio de legalidad (traducido en oficiosidad), deficiente infraestructura del poder judicial, pésima actitud de las autoridades ante la solicitud

de procuración de justicia. El criterio de oportunidad no es la solución al problema antes enunciado, sin embargo, puede funcionar como coadyuvante a largo plazo del citado congestionamiento. Hemos analizado ya también el costo económico que significa aplicar a pie juntillas el principio de legalidad. Con la teoría de la adecuación social expuesta brevemente al inicio del trabajo de investigación, nos damos cuenta que no todos los supuestos de hecho deben encuadrar en la conducta típica de los delitos punibles. Si bien, pueden encuadrarse en cuanto a comisión, no así en cuanto al daño causado a bien jurídico protegido.

También hemos analizado la desconfianza que la autoridad proyecta hacia la sociedad, la percepción de los ciudadanos es, en general la de una autoridad corrupta y fomentadora de la impunidad. Los doctrinarios y legisladores se dividen al momento de decantarse hacia la libre aplicación del principio/criterio de oportunidad, bajo el precepto de que concentrar demasiado poder, corrompe, y puede resultar en una procuración de justicia parcial e injusta para algunos. La discrecionalidad autónoma (sin necesidad de solicitar autorización al Fiscal General) en la aplicación del criterio de oportunidad en México puede resultar en una disminución significativa de los delitos menores llevados a proceso y a que, tras una conciliación entre las partes y la reparación del daño conforme a derecho, el índice real de resolución de casos aumentaría, la efectividad de la autoridad sería palpable, no por cifras mal reportadas, sino por cifras comprobables. El hecho de otorgar la discrecionalidad autónoma al ministerio público implica algunos riesgos, es menester analizar si el costo vale la pena para el beneficio que se puede obtener.

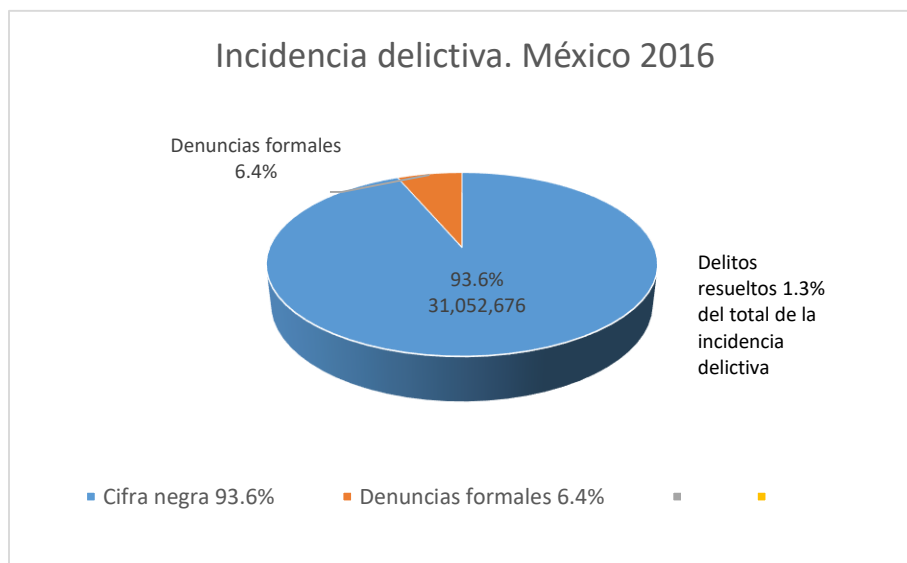
5.5.1 Costo procesal.

En lo que respecta al costo procesal en realidad no encontramos nada negativo, si bien la carga de trabajo se incrementaría un poco para el ministerio público al cabo de un tiempo de que la gente sepa que de verdad se puede acudir a la autoridad para que le resuelva sus controversias. Por el contrario, la aplicación irrestricta del criterio de oportunidad, desembocaría irremediabilmente en una economía procesal que ya abordamos en cifras.

5.5.2 Costo económico.

El costo económico que la aplicación del criterio de oportunidad en México supone, implicaría una mejora en la infraestructura del ministerio público, pero sería una única inversión que bien merece la pena asumir por todo el beneficio que su aplicación para resolver más del 40%²⁵⁰ de los delitos en esa instancia supondría. Se comentó ya la cifra correspondiente al ahorro monetario que ello implicaría en cuanto a manutención penitenciaria. La resolución de este tipo de delitos sin llegar a juicio, permitiría a los cuatro jueces que tenemos por cada cien mil habitantes, ocuparse de menor número de casos, y siendo estos sólo aquellos que representen un daño significativo para la sociedad y el sistema en general.

Una mejor apreciación se puede tener si convertimos los porcentajes a pesos. En el año 2016, en México se cometieron 33 millones 25 mil 15 delitos. De los cuáles, 31 millones 52 mil 676 corresponden a la cifra negra, a aquellos que no llegaron a denuncia formal. 1 millón 972 mil 320 fueron denunciados, y de estos últimos, sólo 409 mil fueron resueltos, lo cual corresponde a un miserable 1.3% del total de los delitos cometidos.²⁵¹

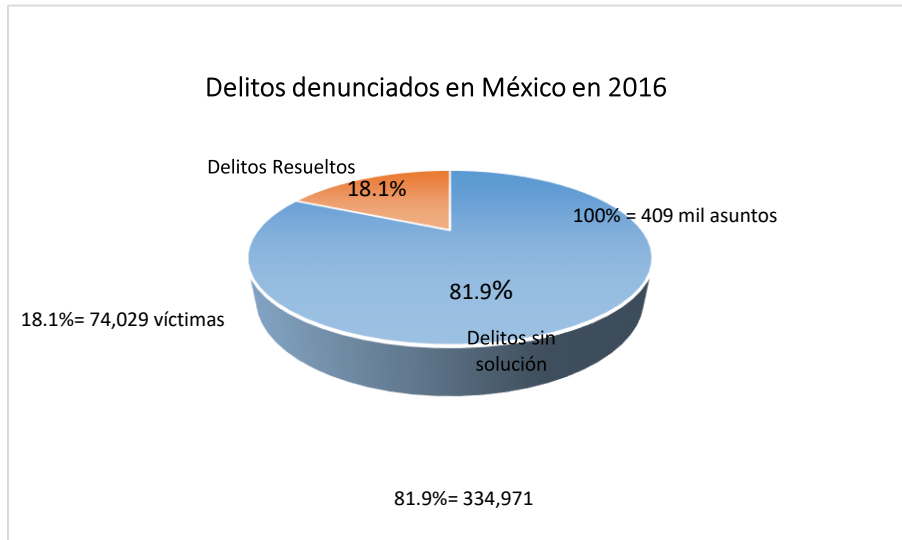


Gráfica 3. Elaboración propia.

²⁵⁰ En líneas anteriores hicimos referencia a que, en el reporte de años anteriores, los delitos patrimoniales ascienden al 40% del total de los delitos sentenciados.

²⁵¹ Véase Gráfica 3. Zepeda Lecuona, Guillermo Raúl, *ÍNDICE ESTATAL DE DESEMPEÑO DE LAS PROCURADURÍAS Y FISCALÍAS 2016*, Fundación MacArthur, México, 2017, p.26. Disponible en: https://www.impunidadcero.org/impunidad-en-mexico/assets/pdf/15_Impunidad_Cero_Ranking_de_procuradurias.pdf consultado el 6 de marzo 2019

De esos 409 mil asuntos resueltos el 81.9% no se resolvió y el 18.1% obtuvo resolución a la investigación, es decir que sólo un total de 74 mil 029 víctimas accedieron al proceso de impartición de justicia ese año.²⁵²



Gráfica 4. Elaboración propia.

Del 100% de las carpetas de investigación iniciadas, tenemos el 81.9% sin resolver, respecto del 18.1% restante con alguna resolución, tenemos 4.6% con abstención de investigación, 5.7% con acusación formal ante un juez, 3.5% con salida alternativa, 2.3% fueron sobreseimiento, y sólo al 2% se le aplicó un criterio de oportunidad²⁵³. Mientras que al mismo tiempo informa que, en promedio a nivel nacional para el año 2016, un 60% de los sentenciados correspondían a penas menores de 3 años. ¿Porque es importante esta cifra? uno de los requisitos para que se dé la procedibilidad de la aplicación del criterio de oportunidad, es que la pena que le corresponda a la conducta antijurídica no exceda de la media de 5 años, luego entonces, todos esos asuntos pudieron haberse resuelto a través de un criterio de oportunidad y ahorrarle al Estado un coste altamente significativo.

²⁵²Véase gráfica 4. Elaborada con datos del *ÍNDICE ESTATAL DE DESEMPEÑO DE LAS PROCURADURÍAS Y FISCALÍAS 2016*.

²⁵³ Véase gráfica 5. Elaborada con datos del *ÍNDICE ESTATAL DE DESEMPEÑO DE LAS PROCURADURÍAS Y FISCALÍAS 2016*.



Gráfica 5. Elaboración propia.

Si convertimos los datos anteriores en pesos, tenemos que, del total de asuntos procesados, los 409 mil, sólo 74 mil 29 víctimas accedieron a la justicia. Y, si tomamos el dato de que la media nacional se sentenciados dice que el 60% de las penas impuestas corresponden a delitos menores, es decir, que se pudieron haber resuelto con la aplicación de un criterio de oportunidad. Estamos hablando del orden de 46 mil 217 sujetos en prisión que le cuestan al Estado un aproximado de \$109,500.00²⁵⁴ de manutención penitenciaria por año; y \$26,565.00²⁵⁵ por cada juicio. El gasto en juicios equivale a \$1,227,754,605.00 (Mil doscientos veintisiete millones setecientos cincuenta y cuatro mil seiscientos cinco pesos). El gasto en pesos en manutención penitenciaria equivalente a un año es de \$5,060,761,500.00 (cinco mil sesenta millones setecientos sesenta y un mil quinientos pesos). Si sumamos esas cifras tenemos que tan solo en el año del 2016, de haberse aplicado el criterio de oportunidad a delitos menores el ahorro monetario pudo haber sido de

²⁵⁴ Es el resultado de multiplicar la cantidad de \$300.00 por los 365 días del año, y estamos hablando de un reo promedio, los de alta peligrosidad cuesta más caro mantenerlos por el tipo de infraestructura que debe observar el establecimiento penitenciario.

²⁵⁵ Es lo que costaba en el estado de Oaxaca llevar a cabo un juicio en el año 2015, desde la vinculación a proceso hasta la emisión de la sentencia. Disponible en: <https://www.nvinoticias.com/nota/39945/juicio-oral-encarece-justicia>

\$6,288,516,105.00 (seis mil doscientos ochenta y ocho quinientos dieciséis mil ciento cinco pesos).

Puede parecer sólo una cifra con muchos dígitos, pero para dimensionar, si lo comparamos con el presupuesto autorizado para la Universidad Autónoma del Estado de Morelos para el ejercicio 2019 que fue de \$1,616,325,000.00 (mil seiscientos dieciséis millones trescientos veinticinco mil pesos) de los cuáles \$623,825.00 corresponden a recurso estatal²⁵⁶. Sólo como dato, estamos hablando que el ahorro pudo haber sido lo del equivalente a casi cuatro veces el presupuesto anual asignado a la máxima casa de estudios morelense.

5.5.3 Costo Social.

Este puede ser el más difícil de enfrentar, no de asumir, porque al final de cuentas, los funcionarios públicos en México han gozado desde hace muchos años de una mala reputación como ya notamos en los informes del ENVIPE y del índice de impunidad 2018. El otorgamiento de una discrecionalidad autónoma para la aplicación de los criterios de oportunidad en México, dados los antecedentes de percepción de la certeza jurídica que la autoridad proporciona a la sociedad mexicana, se puede recibir como una concentración de poder desmesurado. EL ministerio público se convierte en Juez antes del Juez. En realidad, esto no es nada nuevo, hemos ahondado ya, que el manejo de la discrecionalidad se da en los niveles operativos en las actividades más básicas. Y el hecho de contar con esa especie de falsilla para resolver en un primer contacto las controversias menores, sin duda brindará mayor confianza en la gente y al mismo tiempo puede ayudar a que su percepción en la legalidad de la justicia se fortalezca.

5.6 Conclusión.

La reforma constitucional en materia penal aprobada en junio del 2008, específicamente el párrafo 7° del artículo 21, tiene como objetivo desahogar el sistema penal procesal mexicano, otorgando al ministerio público de la federación la facultad de decidir si ejerce acción penal o no en delitos específicos de menor

²⁵⁶ Información disponible en: <https://uaem.mx/radio/files/doc-fiscal-2019.pdf>

impacto y cuya penalidad privativa de libertad no exceda de cinco años.

El mismo contenido del artículo 21, párrafo 7° constitucional genera inconformidad y posiciones contrarias entre los doctrinarios e incluso legisladores. Los partidarios de la estricta legalidad no están a favor de la oportunidad, argumentando ortodoxamente que no corresponde al “acusador” la tarea de juzgar una controversia. Sin embargo, deben ver más allá el beneficio que esto representa, de igual manera la corrupción se da, así que, si en el camino se puede beneficiar a más personas y no sólo a aquellas que representan algún beneficio, mientras el impacto se vea reflejado en optimización de recursos y un incremento en los casos resueltos...

La discrecionalidad administrativa es una necesidad que surge ante la realidad de que el legislador no puede contemplar todos y cada uno de los supuestos posibles para la misma tipificación de un delito. Se da precisamente por las ambigüedades que involuntaria o voluntariamente se encuentran inmersas en cada una de nuestras leyes vigentes. Es un “mal necesario”.

Para lo anterior, es deseable que las personas encargadas de desempeñar las funciones de la autoridad investigadora y/o juzgadora, cuenten con valores firmes y arraigados en lo que a bienestar común se refiere, para que con ello se pueda esperar un ejercicio justo e imparcial de sus funciones. Sin embargo, sólo es deseable, no está en manos de nadie controlar el pensamiento de los sujetos sobretodo en estos tiempos que vivimos afectados en todos los ámbitos por factores globales.

La globalización ha facilitado la vida del mundo en muchos sentidos, pero también ha venido a complicarla por cuanto a que permea indiscriminadamente conocimientos para “el bien” y para “el mal”. Los delincuentes trasnacionales cada día se encuentran más a la vanguardia e incluso mejor capacitados y armados que aquellos encargados de perseguirlos. No queda a la autoridad más que seguir intentando darles combate en el deseo ingenuo de abatirlos por completo. Situación que intentan inútilmente con la elaboración indiscriminada de nuevas normas, creyendo románticamente que con reformas legislativas cambiarán al mundo y lo

único que logran es precisamente incrementar ese ya tan preocupante congestionamiento de la vía penal.

La pena en un principio se concibió para castigar al delincuente, sin pensar en resarcir a la víctima el daño causado. Actualmente se piensa en la pena como una solución, como un “castigo”, pero encaminado a una justicia restaurativa en donde se busca restituir la seguridad jurídica no sólo a la víctima con la menor afectación posible al imputado, sino también devolver la confianza a la sociedad en el Estado de Derecho. Los argumentos que presentaron los legisladores para que se diera la reforma constitucional, están bien cimentados, como siempre, las buenas intenciones están, ahora falta esperar los resultados de la aplicación de estas reformas. La inclusión del fiscal en la autorización de los criterios de oportunidad es entendible dada la envergadura del puesto que representa, sin embargo, se puede percibir como un obstáculo para el óptimo funcionamiento de los criterios de oportunidad.

En México la justicia alternativa ha cobrado fuerza en el transcurso de la última década. Figuras como la conciliación, mediación y el arbitraje se han vuelto más recurridas y cada vez son más los casos que se resuelven por esta vía. Los criterios de oportunidad pueden considerarse como un mecanismo de justicia alternativa al ser uno de sus principales objetivos el de evitar el juicio y agilizar el tiempo para la resolución de una controversia, contribuyendo con ello a la tan anhelada economía procesal.

Los criterios emitidos por la Procuraduría General de la República (Ahora Fiscalía General de la República) son un intento de la autoridad por dejar claro cuál es el correcto procedimiento para la aplicación de los criterios de oportunidad. Como todas las leyes mexicanas, están llenas de buenas intenciones. Pero, tienen inmersos en sí, varios conceptos jurídicos indeterminados, lo cual abre aún más el abanico de posibilidades a la discrecionalidad que aplicará el ministerio público. Situación que no tiene por qué ser solo negativa ya que, de origen, estos conceptos lo que buscan es facilitar al juzgador la resolución de las controversias al permitirle elegir una de las posibles soluciones contempladas en dichos conceptos. Existen

variedad de delitos que, aunque por su pena asignada o ambigüedad en la redacción, no son candidatos a beneficiarse con un criterio de oportunidad, pero, el daño que causan no es tan significativo y es perfectamente reparable. Entonces si el daño causado es reparado, no hay delito que investigar.

Conforme a lo brevemente expuesto en este tercer capítulo, podemos resumir que las legislaciones de los países de América Latina que estudiamos, buscan en general los mismos objetivos con las reformas de carácter penal que cada uno implementó en su momento. En realidad, no dista mucho del derecho penal positivo mexicano. Cada nación busca el bienestar de su sociedad y para ello se van adaptando a las nuevas tendencias disponibles. En materia penal no es la excepción, aunque debemos reconocer que esos países iniciaron antes con los juicios orales y la aplicación del criterio de oportunidad. El contenido de los ordenamientos legales es muy similar.

Todos contienen la instrucción para el ministerio público o fiscal de que debe considerar la posible aplicación de los criterios de oportunidad. Todos buscan optimizar recursos al no desviar estos hacia la investigación de delitos menores que pueden ser resueltos por otros medios inmediatos como lo es la aplicación del criterio de oportunidad; buscan una satisfacción pronta para la víctima, así como la no criminalización de los imputados, permitiendo con ello su real reinserción social al quedar sin efecto la acción penal en su contra. Lo notorio consiste en que en el Perú está permitido al ministerio público aplicar los principios de oportunidad sin necesidad de la intervención de un tercero y no existen quejas al respecto

La política criminal de México, y algunos países de América Latina busca de fondo no sólo hacer frente a la delincuencia, sino que ya en la actualidad, se intenta ir más allá, buscan evitar la comisión de delitos y a los ya cometidos, dar una salida alterna al juicio. Una salida pronta, con reparación del daño que no contribuya al congestionamiento del sistema penal. Para este efecto, la figura jurídica del criterio de oportunidad es la herramienta, se puede aplicar para casi todos los delitos de poca complejidad, y en cifras, disminuiría considerablemente la carga procesal.

El interés público es en realidad la unificación de los intereses particulares de los ciudadanos, el aplicar los criterios de oportunidad en delitos que aparentemente lesionan el interés público, se le beneficia al permitir una solución inmediata de ciertas controversias, satisfacción de las víctimas en cuanto a reparación del daño y ahorro al Estado en cuanto a procesos judiciales. Existirá siempre en algún momento el “choque de derechos”. La aplicación de los criterios de oportunidad puede o no dañar algún bien jurídico en particular, pero si el daño causado es menor al beneficio obtenido, lo demás se explica solo.

La discrecionalidad es una herramienta de la que ha hecho uso la autoridad desde tiempos inmemoriales, el hecho que ahora ésta discrecionalidad se encuentra legalizada en la misma Constitución debe otorgarnos una mayor seguridad jurídica de que ahora los beneficios de dicha discrecionalidad pueden ser para todos los ilícitos en igualdad o similitud de circunstancias. Basta que reúnan los requisitos que para tal efecto señala el *Código Nacional de Procedimientos Penales* y los lineamientos emitidos por la Fiscalía General de la República. Nos toca como ciudadanos, otorgar una vez más el voto de confianza en las autoridades y esperar resultados positivos derivados del uso de esta discrecionalidad.

Existen infinitas dudas por parte de los ciudadanos, juristas, incluso legisladores que no están a favor. Es razonable y entendible la duda, porque demasiado poder en una sola persona la vuelve objeto de la corrupción. Pero, definitivamente, una figura jurídica que con su aplicación permita la disminución de la carga procesal, la disminución del hacinamiento penitenciario, reducción de costos y gastos procesales, reducción de delincuentes formados en las prisiones sobrepobladas; demuestra que puede ayudar a conseguir los anteriores beneficios, entonces vale la pena correr el riesgo de los costes social, económico y procesal.

Las atribuciones conferidas al ministerio público en lo que respecta al uso de la discrecionalidad para la aplicación del criterio de oportunidad, se encuentra perfectamente circunscrita dentro de la legalidad. Su institución se origina directamente en la CPEUM y al ser éste el máximo ordenamiento jurídico mexicano le concede legalidad plena. Además de que el CNPP regula los casos en que puede

aplicarse, así como los lineamientos que se deben observar ante la Fiscalía General de la República para su aprobación. Las atribuciones de discrecionalidad no contraponen al principio de legalidad, porque éstas están contenidas en la Ley, y el funcionario sólo estaría velando por la aplicación de la misma.

El ministerio público es en sí un ente diseñado para fungir como representante social, buscando con su proceder la protección de los derechos humanos de las víctimas y los probables responsables, así como proteger los intereses del Estado. Con estos objetivos de por medio, se puede esperar que los funcionarios encargados de aplicar la legislación vigente al ejercicio de sus funciones sea personal capacitado y perfectamente instruido de los objetivos que debe perseguir. Es lo deseable, más no lo real en la actualidad. Con la inclusión del Fiscal General para autorizar la aplicación de los citados principios, se entorpece el ritmo de la actividad de las agencias del ministerio público. Con el control judicial dispuesto para la aplicación de los principios de oportunidad, es suficiente para que el ministerio público no caiga en abusos. Y si su ética lo traiciona, siempre estará el derecho de la víctima y el imputado de no aceptar la aplicación del criterio de oportunidad. La inclusión del fiscal para autorizar, no es necesaria, es redundante.

Es imperante buscar economía procesal en los delitos menores que no causan mayor afectación a la sociedad y cuyo daño puede ser reparado de inmediato. Lo dije ya, todo lo patrimonial puede pagarse mientras no haya afectación directa de la integridad de las personas. La economía procesal que con la aplicación de los criterios de oportunidad puede conseguirse, consiste no sólo en no gastar en un proceso penal, sino también en la reducción del costo social que se provoca entre otras cosas al instruir delincuentes en delitos graves al mantener a delincuentes menores cerca de verdaderos delincuentes peligrosos. Se evitarían costes tanto para la víctima como para el imputado y se ahorrarían los costos de manutención en establecimiento penitenciario de los sentenciados por delitos menores. Y esto se puede conseguir si se desiste de la aplicación irrestricta del principio de legalidad y se le da paso a la oportunidad.

Así pues, después de tantos años de impunidad e inseguridad ocasionada por ésta, la sociedad seguramente está lista para un nuevo esquema, para apostar por la justicia restaurativa como ya se viene haciendo. Y sin duda, tanto la víctima, con la promesa de recibir una verdadera reparación del daño; como el imputado, que recibirá una última oportunidad de integrarse y ser empático con la armónica convivencia en su núcleo social, seguramente estarán dispuestos a aceptar el riesgo que supone la aplicación de los criterios de oportunidad. Pero, si en México ya es un hecho la implementación y aplicación de ésta figura, ¿Qué hace falta para que los resultados sean más eficientes?

5.7 Propuesta.

Con las siguientes reflexiones, no pretendo posiciones absolutas, no es mi labor la de legislar, sino el de estudiosa del derecho, y como tal, después de un análisis a fondo de lo que la aplicación de los criterios de oportunidad puede traer como beneficio, es que me atrevo a hacer las siguientes observaciones.

La teoría a la que nos hemos apegado en el transcurso de la investigación fue la de la adecuación social de Hans Welzel. Se trabajó sobre la idea original de esa teoría porque la sociedad, y por consecuencia, la criminalidad es cambiante. La criminalidad se adapta con facilidad a lo que más le conviene, sin necesidad de aprobación de nadie, porque si bien existen mafias y bandas delincuenciales, éstos se someten sin mayor aspaviento a lo que su jefe dice. A diferencia de las democracias por las que se rige el mundo moderno, el mundo “humanizado” que va en contra de las dictaduras. Los principales problemas del sistema penal en México y el mundo, son la aplicación indiscriminada del principio de legalidad, ocasionando la abrumadora oficiosidad; la corrupción que ha permeado a los niveles más altos de las autoridades; y la falta de mentalidad para trabajar en colectivo en pro de un objetivo común: la seguridad de los ciudadanos. El proceso se ha vuelto insuficiente porque ha sido rígido. Si bien se han cometido muchos errores involuntarios en busca de los objetivos de seguridad, también es cierto que se cometen abusos por parte de los niveles operativos encargados de hacer funcionar el sistema judicial.

Es cuestión de educación, falta de empatía y actitud con doble moral. El meterme en ese terreno sería empantanarme sola, la conducta humana es lo más difícil de descifrar y prever. Me atrevo a afirmar que las personas que se encargan del nivel operativo del poder judicial, requieren una mayor preparación, tanto académica como humanitariamente. No es coincidencia que los delincuentes tras las rejas mexicanas en su mayoría apenas llegan al nivel de educación secundaria. Soy partidaria de que todos somos iguales, pero iguales en derechos y si acaso en obligaciones, nada más. Indudablemente la actitud de una persona se verá irremediablemente condicionada por terceros. Primero por el entorno familiar, el tipo de educación parental que reciba, la convivencia con sus familiares y los principios y costumbres de éstos. En segundo lugar, por el entorno social en que se desenvuelva, el tipo de profesores que le complementan la educación parental, el tipo de compañeros con los que conviva en la escuela, el tipo de compañeros del trabajo. Y, por último, por el estado de ánimo que prevalezca en cada individuo al momento de tomar decisiones personales ante las circunstancias que le acontecen.

Por tanto, el manejo de la discrecionalidad será siempre con un enfoque personal, si bien, las autoridades tienen la obligación de ceñirse a lo mandado por la norma vigente, el resto de las personas aplicamos la discrecionalidad bajo el margen de las condicionantes ya enunciadas. Con esto quiero decir que los funcionarios del ministerio público deben observar lo mandado en la norma y además disciplinarse para que su criterio personal no influya. Sin embargo, esto es casi imposible. A quién que este inmerso en el ámbito judicial no le ha tocado escuchar o conocer de primera mano que un funcionario decide a favor o en contra de tal situación por su forma de pensar. “Es partidario de defender a las mujeres abandonadas”, “va en contra de los delincuentes callejeros, porque son unos flojos” “es inflexible ante cualquier situación”. Estamos condicionados y aplicamos la discrecionalidad en el día a día.

Así, por ejemplo, la discrecionalidad (selectividad) se encuentra presente durante todas las fases del proceso penal. Para empezar, cuando la víctima se sabe víctima, puede decidir si denuncia o no, dependiendo del tiempo que esté dispuesta

a invertir o si de que piense que puede obtener una verdadera reparación del daño. Ya vimos que la mayoría de los delitos que se denuncian son aquellos daños para los que contamos con un seguro y como la aseguradora nos exige realizar el trámite, lo hacemos para llenar papeleo. La policía se enfoca en unos casos y relega otros, debido a la falta de recursos y tiempo, evalúa cuáles son más graves para combatirlos (en teoría). El ministerio público, aún sin la existencia del criterio de oportunidad, decidía cuáles casos archivar y cuáles iniciar investigación. En resumen, la discrecionalidad funciona para todo, solo debemos hacernos responsables del uso que de ella hagamos.

Vayamos pues a lo que nos ocupa. La finalidad del criterio de oportunidad, como bien dice Gómez Colomer es evitar el juicio, acelerar el proceso y liberar al poder judicial de gran número de casos irrelevantes. En México actualmente el criterio de oportunidad ya se aplica, aunque algunos autores conservadores estén en contra de ello. La discrecionalidad conferida al ministerio público definitivamente puede resultar en excelentes resultados a mediano y largo plazo por los beneficios que la constante y creciente aplicación del criterio de oportunidad supondría en México. Las ventajas las hemos expuesto ya, toca ahora explicar la alternativa para combatir los “miedos” a los efectos que esa discrecionalidad puede traer consigo.

Se propone que la discrecionalidad conferida al ministerio público sea total, es decir, que se excluya la necesidad de que sea autorizada la aplicación de los criterios de oportunidad por el Fiscal General de la República. Que la aplicación de los criterios de oportunidad se pueda realizar a todos los delitos patrimoniales. Que, salvo en tratándose de delitos que atenten contra la integridad de las personas, la vida, la libertad y la salud, si la víctima y el imputado convienen conciliar, el ministerio público y la autoridad competente tengan la obligación de proporcionarles el instrumento jurídico para llevar su tormenta a buen puerto. Que se establezca en la Ley, no la opción, sino la obligación cuando el responsable sea primo delinciente por parte del ministerio público de revisar todos los delitos menores y en general todos aquellos que no atenten contra la integridad de las personas y la nación, para aplicarles criterio de oportunidad en aras de reducir la oficiosidad, descongestionar

el sistema penal, reparar el daño a la víctima y asegurar la reinserción del primo delinciente a la sociedad. Que sea pues, no una posibilidad de resolución al conflicto, sino, un derecho tanto de la víctima como del presunto responsable.

En el primer punto, si ya se instituyó en la Constitución la facultad al ministerio público para la aplicación del criterio de oportunidad, es porque el legislador confía en la capacidad de los agentes del ministerio público. Se puede maximizar el beneficio a obtener del ejercicio de las funciones del MPF. Su eficacia se podría cuantificar en número de casos resueltos en esa instancia y no en número de casos vinculados a proceso con sentencia dictada. Existe un control judicial sobre la aplicación del criterio de oportunidad. El MPF debe observar lo mandado en el CNPP y los lineamientos de la Fiscalía General de la República, que, si bien contienen en sí mismos conceptos jurídicos indeterminados, ya dejamos sentado que son estos los que permiten esa oquedad necesaria para resolver alternativamente algunos tipos de delitos.

Además, la Ley también ordena que la víctima y el imputado deben estar de acuerdo en que a su conflicto le sea aplicado un criterio de oportunidad, y, en caso de no estarlo pueden impugnar la decisión del MPF. Por lo tanto, no veo la necesidad de incluir al Fiscal General o persona que para tal efecto designe. El recurrir a su autorización es caer en el eterno juego de desconfianza de “quién vigila al vigilante”, que nos ha llevado a la tan odiosa burocracia que sufrimos en la administración pública mexicana, que si bien, se supone que de origen se hace para transparentar los actos jurídicos, termina volviendo engorrosos y desagradables todos los trámites. El eliminarlo del escenario, supondría una agilización en la aplicación de los criterios de oportunidad y le dejaría más tiempo al Fiscal General o persona asignada para atender asuntos de mayor complejidad.

Por cuanto al segundo punto. He mencionado reiteradamente que todo lo que se puede pagar es daño reparable. Debemos ser prácticos y no caer en una falsa doble moral. Si un delito patrimonial es cometido sin violencia, es decir, que no se vio comprometida la integridad de persona alguna en ningún momento, y se puede reparar el daño causado al bien jurídico que la norma protege, entonces no

debería de haber delito que perseguir. Obviamente se deben considerar algunas circunstancias. Por ejemplo: que sea la primera vez que el responsable delinque, que no sólo debe pagar por el bien dañado, eso es lo natural, sino que, además, deba realizar alguna labor en favor de Estado y en beneficio de terceras personas.

Quizá si les empezamos a sembrar el chip de que el bienestar de los demás facilitará su propio bienestar se pueda crear una nueva mentalidad de convivencia en grupo que satisfaga a los más. Los delitos contra la hacienda pública también pueden estar en este supuesto, si el propio Código Fiscal de la Federación concede su propia discrecionalidad al Sistema de Administración Tributaria de retirar la denuncia y dar por terminada la querrela, por qué el poder judicial no puede aplicar criterio de oportunidad si la autoridad recupera todo lo evadido o defraudado. En el caso de este tipo de delitos, bastaría con una multa en proporción al monto del delito, más trabajo comunitario. La idea en general es la de que, en el caso de delitos que no hayan dañado la integridad de las personas, se les imponga multa económica y se le obligue a trabajo comunitario a cambio de la prisión. En el caso de reincidencia si merecería juicio, sin más.

En términos simples, si la víctima y el imputado están dispuestos a conciliar, no debería haber problema. la autoridad debe proporcionar el instrumento jurídico que haga falta para resolver la controversia antes de ser necesario llegar a los tribunales y terminar en un desgastante proceso penal, que como ya vimos sólo genera gastos y desgaste emocional para las partes en controversia, gastos y pérdida de tiempo del Estado. Y en nada contribuye a la reinserción social de los individuos. Al respecto podemos sustentar lo dicho con una reciente adición al artículo 17 de la CPEUM que dice:

Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, **las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.**

De eso va todo este asunto, no se trata de dar realce a la disciplina o “buena moral” de los funcionarios al decir que no se prestan a actos corruptos por decidir

conciliar entre las partes aun tratándose de algún delito mal tipificado como grave sólo por la cantidad de su incidencia. Recordemos que, en Alemania, sólo el 7% de los delitos denunciados van a juicio, el resto se resuelve con reparación del daño a través de negociación de la culpa y su índice de impunidad no se acerca ni un poco al de México. No se violenta el Estado de derecho con estas acciones, se violenta el Estado de control en el que pretenden ejercer una autoridad dictadora disfrazada de democracia a costa de la vulneración del derecho de los justiciables a recibir precisamente eso: justicia.

Concluiremos este trabajo de investigación con algunas reflexiones regaladas por Nicandra Castro Escarpulli y María Teresa Lozada Luna²⁵⁷ sobre derecho procesal penal, que consideramos vitales para un mejor desempeño del sistema penal mexicano y en general para una mejor comprensión del derecho penal por aquellos que no estamos inmersos en la práctica del citado proceso. Fueron ideadas para un mejor desempeño del ministerio público, pero algunas de ellas bien pueden servir a la sociedad en general

1.- *El sistema acusatorio no es “varita mágica” que termina con la violencia ni con la delincuencia.* Como sociedad nos toca no sólo exigir la procuración de justicia, sino también ser parte de la solución al educar a gente “de bien” desde casa. La educación, los valores y el respeto por los demás, vienen de casa.

2.- *La justicia penal no es “venganza”, “ni coraje”, “ni prisión”.* Debemos aprender a ser tolerantes con las conductas corregibles, y a ser estrictos con aquellas que no debemos permitir ni una sola ocasión.

3.- *Los conflictos penales pueden tener más de una solución no sólo “la cárcel”.* Hemos analizado ya, las distintas opciones para resolver una controversia penal. No seamos parte del problema al volvernos cerrados a la opción de nuevas soluciones que nos permitan seguir avanzando como sociedad.

²⁵⁷Castro Escarpulli, Nicandra y Lozada Luna, María Teresa. *El Ministerio Público hacia el Sistema Penal Acusatorio en México. Guía práctica para principiantes. Óp. Cit.* p. 13

4.- *Los medios alternativos de solución no significan que la autoridad no haga algo sino que reconciliar a las personas también es justicia y reconstrucción social (sic).* Esta recomendación la abordamos con la obra “JUSTICIA. ¿HACEMOS LO QUE DEBEMOS? En el primer capítulo. Y en realidad ese es el fin del derecho, conciliar a las partes, facilitar la convivencia en sociedad con respeto de los derechos, reconocimiento de los errores y asumiendo consecuencias de esos errores con la reparación del daño y alguna sanción si corresponde.

5.- *El sistema acusatorio se funda en confianza, lealtad y buena fe entre las partes que participan.* Muy difícil parece este punto después de la violenta criminalidad que actualmente padecemos, pero la confianza en el otro es lo que nos ha mantenido como sociedad y el vivir en sociedad es lo que ha permitido nuestra supervivencia no solo como grupo, sino también como especie dominante.

Las ciencias exactas son de ensayo y error hasta obtener el resultado buscado. En la ciencia del derecho es lo mismo, no podemos decir que una Ley funciona o no, hasta que entra en vigor y analizamos los resultados. Hay disposiciones que puede resultar controversiales porque aparentemente se contraponen a los principios ya establecidos muchos años atrás y que en su momento sirvieron al propósito para el que fueron creados. Pero, debemos dar la oportunidad a lo nuevo por muy descabellado que parezca, puede funcionar como coadyuvante, o como catalizador. La criminalidad se adapta, muta de *modus operandi* y es urgente un redoble de esfuerzo para combatirla. Esto sólo se logrará si encausamos eficientemente los recursos con los que disponemos para tal efecto. Que los delitos de bagatela no sigan siendo el distractor y entorpecedor de la justicia penal. Asumamos el riesgo como sociedad de dar oportunidad a lo “nuevo”, nos toca otorgar el voto de confianza a la efectiva actuación del ministerio público en cuanto a la aplicación del criterio de oportunidad. Dejemos de ser parte pasiva del problema para formar parte activa de la solución. “Autoridad arriba, confianza abajo”.

Bibliografía.

Libros

ARROYO ZAPATERO, Luis A., “La experiencia de la abolición de la pena capital en Gran Bretaña”, En: Rodríguez Yagüe, Cristina (editora), Gallardo Vaamonde, Luis (coordinador). *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, España, Universidad de Castilla-La Mancha, 2013.

ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto, *El ministerio fiscal en España. Posibles utilidades en el momento mexicano*, México, INACIPE, 2019.

BACHMAIER WINTER, Lorena, “La fiscalía europea: retos independientes”, en Bachmaier Winter, Lorena. *La fiscalía europea*, España, Editorial Marcial Pons, 2018.

CABRERA DIRCIO, Julio. *Mediación penal y derechos humanos*. Ediciones Coyoacán. México 2014.

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social: teoría final de la acción e imputación objetiva*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1994.

MOJICA, Carlos Alberto y Juan Carlos Vásquez, *El principio de oportunidad*. Rivera, Colombia, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2010.

VILALTA, Carlos J., “Los delitos contra la salud en México”, 1997-2011, en Raúl Aníbal Feliz, et al, *Las bases sociales del crimen organizado y la violencia en México*, Coordinador José Antonio Aguilar Rivera, Centro de Investigación y Estudios en Seguridad, 2012.

CASTILLO JUÁREZ, Carlos Artemio, *Acceso efectivo a la justicia elementos y caracterización*, México, Porrúa, 2012.

- CASTRO ESCARPULLI, Nicandra y Lozada Luna, María Teresa, *EL Ministerio Público hacia el Sistema Penal Acusatorio en México. Guía Práctica para Principiantes*, México, Editorial Ubijus, 2013.
- CLAUS ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, Editorial Reus, 1976.
- GALLARDO ROSADO, Maydelí, *El nuevo rostro de la justicia penal en México principio de oportunidad una realidad a enfrentar*, México, Porrúa, 2011.
- GALLARDO ROSADO, Maydelí. *El principio de oportunidad en la reforma procesal penal*. México, UNAM, 2013.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿democracia o autoritarismo?*, 5ta. Edición, México, 2016.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El Proceso Penal Español*, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A. 1993.
- GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios, *Filosofía jurídica filosofar en la globalización y el garantismo*, México, Porrúa, 2013.
- GUADARRAMA GONZÁLEZ, Álvaro, *La axiología jurídica en la formación integral de los estudiantes de derecho*, 2da. Edición, México, Porrúa, 2010.
- IANNI, Octavio, *Teorías de la globalización*, México, Siglo XXI editores CEIICH-UNAM, 1996.
- OCHOA ROMERO, Roberto A., *La justificación de la pena*, México, Porrúa, 2010.
- B.J. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Tomo I, Fundamentos*, Editores del Puerto SRL, Bs. As. 1999, 2da. Edición, 1ra. Reimpresión.
- LAVEAGA, Gerardo, *ABC del nuevo sistema de justicia penal en México*, México, Gobierno Federal de México en colaboración con la Procuraduría General de la República y el INACIPE, 2011.

- LOZANO TOVAR, Eduardo, *Política criminal en la sociedad moderna un acercamiento al pensamiento de Franz von Liszt y su incipiente política criminológica*, México, Porrúa, 2015.
- MERINO HERRERA, Joaquín y Ochoa Romero, Roberto A., *Fundamento y sentido de los criterios de oportunidad*, México, INACIPE, 2015.
- MEZA FONSECA, Emma. *¿A qué le temen los agentes del ministerio público?*, México, INACIPE, 2017.
- MILLS, Charles Wright. *La promesa. La imaginación sociológica*. México, Fondo de cultura económica, 2003. Traducción de Florentino M. Torner.
- MONTERO ZENDEJAS, Daniel Arturo, *Derecho Penal Electoral*, México, Editorial Fontamara, 2012.
- MONTERO ZENDEJAS, Daniel Arturo, “El ministerio público en el sistema inquisitorio”, en Cabrera Dircio, Julio (Coordinador), *Tópicos sobre la reforma penal del 2008*, ed. Fontamara, México, 2012.
- MONTERO ZENDEJAS, Daniel Arturo. *Derecho penal y crimen organizado crisis de la seguridad*, México, Ed Porrúa, 2008.
- MONTIEL, Juan Pablo, *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, España, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2012.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- OBANDO CABEZAS, Arístides, “La ciudadanía en la globalización: hacia una redefinición a partir de los derechos humanos”, en *Globalización, ciudadanía*

y derechos humanos, México, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 2013.

OVEJERO-BECERRA, Santiago Guibert, *El ministerio fiscal en el siglo XXI*, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2017.

PEÑALOZA, Pedro José, Coordinador. *Múltiples miradas de la criminalidad*, México, INACIPE, 2016.

PERRON, Walter y López-Barajas Perea, Inmaculada. “El Ministerio Fiscal-Director de la Investigación en el proceso penal alemán”, en Gimeno Sendra, Vicente. *El ministerio fiscal-director de la instrucción*, España, Editorial IUSTEL, 2006 1ª Edición.

RAMOS ARTEAGA, Elena, *La individualización judicial de la pena teoría y práctica*, México, Porrúa, 2009.

REYES BARRAGÁN, Ladislao Adrián, “El impacto de la Globalización, en la Administración de Justicia y los Derechos Humanos”, En; Oliva Gómez, Eduardo, *Los Impactos de la Globalización en los Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, Moreno Editores, 2013.

Libros electrónicos.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Criterios de oportunidad, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, Coordinadores. *El código nacional de procedimientos penales. Estudios*. México, UNAM, 2015. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4032-el-codigo-nacional-de-procedimientos-penales-estudios>

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Principios rectores en el derecho penal mexicano, Liber ad honorem*, México, UNAM, 1998, t. II, p. 1332. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/117/26.pdf>

RAÚL BEBOLLA, Rocío y Robles Rangel, Paola Edith. *Teoría General del proceso*
<http://www.escatep.ipn.mx/Documents/2017/GENERAL-PROCESO.pdf>

Legislación

Código de Procedimiento Penal, Colombia, 2004.

Código de Procedimiento Penal, Colombia, Colombia.

Código Fiscal de la Federación, México, 1981

Código Fiscal de la Federación, México, 1981.

Código Penal de la Nación Argentina, Argentina, 1984.

Código Penal Federal, México, 1931.

Código Procesal Penal Federal, Argentina, 1992.

Constitución de la Nación Argentina, Argentina, 1994.

Constitución Española, España, 1978

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1917.

Constitución Política del Perú, Perú, 1812.

Constitución política, Colombia, 1991.

Ley 1312, Colombia, 2009

Ley de Enjuiciamiento Criminal, España, 1882

Ley de justicia alternativa del tribunal superior de justicia del distrito federal, México, 2015.

Ley General de Salud, México, 1984.

Ley nacional de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, México, 2014

Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, México, 2018

Nuevo Código Procesal Penal, Perú, 2004

Jurisprudencia.

Tesis: P. LXVI/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo XXX, diciembre de 2009.

Tesis: I.4o.A.59 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo XXII, septiembre de 2005

Hemerográficas

Acuerdo de Consejo de Ministros, por el que se crea una Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, 13 de marzo 2012, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-3570

Beck, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, España, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1998, Traducción de Bernardo Moreno, https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1496/mod_resource/content/1/beckulrichqu eeslaglobalizacion.pdf

Caffarella Nores José I. El principio de oportunidad en el derecho argentino, teoría. Realidad y perspectiva en Nueva doctrina Penal. Ed. Del puerto FRL. 1996/a. https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-busquedasDB.pl?tipoAccion=BUSQUEDA_AVANZADA&autor=Cafferata%20Nores,%20Jos%C3%A9%20I

Carreón Herrera, José Héctor, y Carreón Perea, Héctor, “Los criterios de oportunidad y su implementación en el sistema de justicia penal mexicano”, s.l.i., s.e., s.a., Disponible en: <https://studylib.es/doc/5220065/%E2%80%9Clos-criterios-de-oportunidad-y-su-implementaci%C3%B3n-en>

Castells, Manuel, *Globalización, Identidad y Estado en América Latina*, Chile, s.e., 1999.
https://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1266426228.globalizacion_castells.pdf

Castells, Manuel, *Globalización, Identidad y Estado en América Latina*, Chile, s.e., 1999.
https://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1266426228.globalizacion_castells.pdf

Cofré Lagos, Juan O. e Isler Soto, Carlos, “La axiología jurídica según Jorge millas”, *Revista de filosofía*, Chile, Volumen 69, 2013,
<http://www.revistafilosofia.uchile.cl/index.php/RDF/article/viewFile/30105/31877>

Comisión especial de implementación del Código Procesal Penal, *Guía práctica: el uso de salidas alternativas y mecanismos de simplificación procesal penal bajo el nuevo código procesal penal*, Perú,
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9e0ef28040999e919ec8de1007ca24da/gu%C3%ADa+pr%C3%A1ctica+-+uso+de+salidas+alternativas.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9e0ef28040999e919ec8de1007ca24da>

Comisión especial de implementación del Código Procesal Penal, *Protocolo de principio de oportunidad*, Perú, 2014,
<https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a62e1f80443d430b8dafddeb309de3>

e9/Protocolo+de+principio+de+oportunidad.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a62e1f80443d430b8dafddeb309de3e9

Díaz-Aranda, Enrique. *Lecciones de derecho penal para el nuevo sistema de justicia en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 2016.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3805/7.pdf>

En números, documentos de análisis y estadísticas, Vol. 1, Núm. 11, oct-dic 2017, México, publicación trimestral editada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), 2017
<http://www.beta.inegi.org.mx/temas/recursos/>

Encuesta nacional de victimización y percepción sobre inseguridad pública, ENVIPE 2018, México, INEGI, 2018,
https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2018/doc/envipe2018_presentacion_nacional.pdf

Extracto del *Código Procesal Alemán (Strafprozeßordnung)*.
<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4407-reflexiones-sobre-la-aplicacion-del-principio-de-oportunidad-en-el-proceso-penal-y-su-ejercicio-por-ministerio-fiscal/>

Gaona, Pavel, *¿Te robaron el celular y quieres denunciar? Así es la pesadilla de ir al MP*, Vice, México, 2018.
https://www.vice.com/es_latam/article/nejza8/vice-te-robaron-el-celular-y-quieres-denunciar-asi-es-la-pesadilla-de-ir-al-mp

García Ramírez Sergio, Moreno Hernández, Moisés y Ontiveros Alonso, Miguel (coords.), *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Volumen 49 No. 147 sep./dic. México. 2016.

García Ramírez, Sergio, "En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa", *Revista de Ciencias Penales, Iter criminis*, México, Instituto Nacional de

Ciencias Penales, número 13, segunda época, abril-junio, 2005 Cuaderno de apoyo reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (Proceso legislativo) (18 de junio de 2008) <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> .

García Ramírez, Sergio, *El ministerio público*, México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 1997, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/136/3.pdf>

Giménez, Gilberto. *Cultura, identidad y metropolitano global*. Revista Mexicana de Sociología, Vol. 67, núm. 3 (julio-septiembre, 2005) México, 2005, <http://revistamexicanadesociologia.unam.mx/index.php/rms/article/view/6029/5550>

Gómez Colomer, Juan-Luis , Traducción, «Criminalidad, Evolución del Derecho Penal y Crítica al Derecho Penal en la actualidad», <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11990/Ultimas.pdf?sequence=2>

Hart, Herbert Lionel Adolphus *Discrecionalidad* / H. L. Hart; traducción de Juan Ramón de Páramo, Alicante, España: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2016. www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/discrecionalidad/

Historia del ministerio público. <https://mexico.leyderecho.org/historia-del-ministerio-publico/>

<http://www.beta.inegi.org.mx/temas/percepciones/>

Huerta Ochoa, Carla, El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2375/8.pdf>

Índice Global de Impunidad IGI (2015), Perseo, Número 27, año 2015, Programa Universitario de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de

México. <http://www.pudh.unam.mx/perseo/category/indice-global-de-impunidad/>

Jiménez Asenjo, *Apud. Carretero Pérez, Adolfo, El principio de economía procesal en el contencioso-administrativo,*
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2111224.pdf>

Lamadrid Luengas, Miguel Ángel. *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal.* Tesis doctoral. P. 61-129.
https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=principio%20de%20oportunidad&filtros.DOCUMENTAL_FACET_MATERIA=18&inicio=1

Le Clercq Ortega, Juan Antonio Y Rodríguez Sánchez Lara, Gerardo (Coords.), *La impunidad subnacional en México y sus dimensiones IGI-MEX 2018,* Fundación Universidad de las Américas Puebla, México, 2018,
www.udlap.mx/igimex/assets/files/2018/igimex2018_ESP.pdf

Lifante Vidal, Isabel, *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica,* Doxa Revista jurídica, España, Núm. 25, p. 414.
<http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD35807720.pdf>

Mancera Espinosa, Miguel Ángel, *Los delitos de bagatela: un reto para el sistema penal acusatorio,* Nova iustitia, Revista digital de la reforma penal, México, ISSN: 2007-9508 Publicación trimestral, Año IV, Número 15, Mayo 2016

Marshall, Tony, *Restorative Justice,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013,
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3392/6.pdf>

Merino Herrera, Joaquín. Ochoa romero, Roberto Andrés. Rosas Bárcena, Xiomara Anahí. *EL PROCESO DE APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE*

OPORTUNIDAD México, INACIPE, Gobierno Federal,
<http://148.202.89.14/laboratoriojuiciosorales/sites/default/files>

Morales Pacheco, Emilio, *Cuesta al Estado \$23 mil llegar a sentencia con Juicios orales en Oaxaca*, México, NVINoticias, 2016,
<https://www.nvinoticias.com/nota/39945/juicio-oral-encarece-justicia>

Percepción sobre el desempeño de las autoridades de seguridad pública y justicia, México, INEGI, 2018, <https://www.inegi.org.mx/temas/percepciones/>

Política criminal de Argentina, disponible en:
<https://argentina.leyderecho.org/politica-criminal/>

Política criminal del estado colombiano,
[http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/politica%20criminal%20\(1\).pdf?ver=2017-03-09-180338-790](http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/politica%20criminal%20(1).pdf?ver=2017-03-09-180338-790)

Recursos e infraestructura de instituciones de seguridad pública y justicia, México, INEGI, 2015, <https://www.inegi.org.mx/temas/recursos/>

Resolución de la fiscalía de la nación N° 1470-2005-mp-fn, *Reglamento de aplicación del principio de oportunidad*, 3 de abril 2013, Perú.
<http://logamjurista.blogspot.mx/2013/04/reglamento-de-aplicacion-del-principio.html>

Sentencias suben 13%; resoluciones. 22%, NVInoticias, México, 13 de noviembre 2016, <http://www.nvinoticias.com/nota/39945/juicio-oral-encarece-justicia>

Sierra Pacheco, María y Bringas Calvario, Lucina, *Introducción a la función ministerial*, INACIPE,
<http://www.inacipe.gob.mx/stories/investigacion/descargas/CAPITULO%203%20Introduccion%20a%20la%20funcion%20ministerial.pdf>

Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 89, enero-marzo 1996
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2375/8.pdf>

Vaquero López, Carlos, Principio de oportunidad y mediación. Alternativa viable y necesaria, Revista de Mediación Año 6. Nº 11. 1er semestre 2012, España, 2012,
<http://www.ammediadores.es/nueva/wp-content/uploads/2014/12/11.1-Principio.pdf>
Gimeno Sendra, José Vicente, *El principio de oportunidad y el M.F.*
https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicacion%20%20Gimeno%20Sendra%20Vicente%20.pdf?idFile=fa89e13f-c94d-4012-87b8-81f89e9c4849

Villareal Palos, Arturo, “El desarrollo de los criterios de oportunidad en la legislación penal mexicana y la necesidad de establecer directrices constitucionales”, *Congreso REDIPAL Virtual VI Red de Investigadores Parlamentarios en Línea* Enero-agosto 2013, México, REDIPAL, 2013.
<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV-VI-03-13.pdf>

Zepeda Lecuona, Guillermo Raúl, *Índice estatal de desempeño de las procuradurías y fiscalías 2016*, Fundación MacArthur, México, 2017,
<https://www.impunidadcero.org/impunidad-en->

Boletines

García Ramírez Sergio, Moreno Hernández, Moisés y Ontiveros Alonso, Miguel (coords.), *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Volumen 49 No. 147 sep./dic. México, INACIPE, 2016.

Comunicados

Comunicación social, “*Estadísticas a propósito de... día de la administración pública (23 de junio)*”, Comunicado de prensa núm. 274/18 21 de junio de 2018, México. 2018

Informes

Análisis Situacional de los Derechos Humanos de las Víctimas del Delito y Violaciones a los Derechos Humanos, México, CNDH Informe anual de actividades 2018. <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=30081>

Acuerdos.

Acuerdo A/003/16, *Criterios generales que deberán observar los agentes del Ministerio Público de la Federación para la aplicación de los criterios de oportunidad*, México, Diario Oficial de la Federación, 2016.

Acuerdo A/ 001 /17 *Acuerdo por el que se modifica el diverso “a/003/16, por el que se establecen los criterios generales que deberán observar los agentes del ministerio público de la federación, para la aplicación de los criterios de oportunidad*, México, Diario Oficial de la Federación, 2017

Enciclopedias jurídicas

Enciclopedia jurídica Online, México, <http://mexico.leyderecho.org/autocomposicion/>

Enciclopedia jurídica, México, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/pol%C3%ADtica-criminal/pol%C3%ADtica-criminal.htm>

Cibergráficas

<https://www.gob.mx/fgr/prensa/comunicado-fgr-386-19-la-fgr-informa>

Plan nacional de desarrollo 2013 – 2018, México, Gobierno de la república, 2013. <http://www.itesa.edu.mx/pdf/PND.pdf>

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5423183&fecha=21/01/2016

http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/PGR_Normateca_Sustantiva/A-01-17.pdf

José Benito Pérez Saucedo y José Zaragoza huerta en “*Justicia restaurativa: del castigo a la reparación*”, México, s.e., s.a.,

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3104/38.pdf>

Cabrera Dircio, Julio, *La Universidad Autónoma del Estado de Morelos y el procedimiento para la elección de sus autoridades*,

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3081/4.pdf>

<http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/bienjuridico.html>

<http://www.presunciondeinocencia.org.mx/recomendadas-acervo/833-estadistica-y-datos-de-seguridad-y-justicia-penal>

<http://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/informacionRelevante.htm?pageName=informacion%2FmovimientoEstadistico.htm>

<http://www.datosmacro.com/pib/nigeria>

<http://www.datosmacro.com/pib/alemania>

<http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/cpi.htm>

<http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/Documents/l.pdf>

El principio de legalidad, Traducción de Miguel Carbonell, México, s.a.,

<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/22/9.pdf>

http://w3.cjf.gob.mx/sevie_page/Busquedas/Consultas/index_Ficha.asp?exp=14520&rutaFichas=FichasJueMag

<https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosregulares/cb2013/SistJustPenalAcus/ALTERNATIVIDAD%20Magdo%20Olvera%20Lopez.pdf>

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5106093&fecha=20/08/2009

<http://tiempodigital.mx/2017/02/20/policias-si-pueden-investigar-delitos-scjn/>

<http://www.vocesporlajusticia.gob.ar/procesos-orales-en-argentina-y-la-region/>

<https://www.farodevigo.es/noticias-hoy/pena-de-muerte/dia-pena-muerte.html>

https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/426395/2019_Salarios_Minimos.pdf

Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Informe de recomendaciones en general*, disponible en: http://www.cndh.org.mx/Recomendaciones_Informes

Diario Oficial de la Federación, Decreto del 10 de febrero del 2014,
http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014

Conferencia de prensa del 28 de enero del 2019, Fiscalía General de la República,
<https://www.gob.mx/pgr/videos/mensaje-a-medios-del-fiscal-general-de-la-republica-alejandro-gertz-manero?idiom=es>

DR. LADISLAO ADRIÁN REYES BARRAGÁN
Profesor-investigador de tiempo completo, en el área de Derecho Penal.
Universidad Autónoma del Estado de Morelos.
Cel 5513434745
Correo: ladislao.reyes@uaem.mx

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Coordinador de la División de Estudios Superiores.
Dr. Víctor Manuel Castrillón y Luna
Programa de Posgrado en Derecho

En relación a su atenta comunicación, me es grato hacerle llegar mi DICTAMEN APROBATORIO a la tesis "DISCRECIONALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO (FISCAL) EN LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN MATERIA PENAL EN MÉXICO" presentada por la Maestra NEREYDA SALAZAR GALEANA, para optar por el grado de Doctor en Derecho y Globalización, por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Mi dictamen se fundamenta en las siguientes consideraciones:

1. En términos de pertinencia temática y metodológica

En la actualidad, en México, los delitos denunciados corresponden a menos del 10% del total de los ilícitos cometidos, de ese porcentaje sólo menos del 1% se resuelven efectivamente. En la República existen en promedio 4 jueces por cada 100 mil habitantes. Los delitos de bagatela y aquellos que causan menor lesividad a la sociedad son la mayor cantidad de delitos denunciados. En cifras del INEGI, en promedio un juicio oral cuesta alrededor de 25 mil pesos y la manutención de un sujeto en prisión cuesta alrededor de los 110 mil pesos por año. Son acotaciones para proporcionar un panorama del enorme coste que genera al Estado la investigación y proceso de los delitos. La aplicación de los criterios de oportunidad puede ayudar al Estado en la optimización y ahorro del uso de recursos, por lo que es pertinente analizarla y derivar en propuestas y/o directrices que puedan apoyar a la consecución del objetivo para el que fue implementada la citada figura jurídica.

2. En términos de contenido.

En resumen, la investigación se desarrolló de la siguiente manera: derivado de la aplicación irrestricta del principio de legalidad, la tesista refiere un problema de no optimización en el uso de recursos por cuanto a la investigación de delitos de menor impacto social, mismos que pueden ser instrumentados para investigar delitos de mayor lesividad y que tienen verdadera trascendencia en lo que a laceración social se refiere. Para disminuir ésta situación, estudia la

aplicación de la figura jurídica del criterio de oportunidad como herramienta coadyuvadora en el propósito de efficientar la procuración y administración de justicia.

Propone que la discrecionalidad conferida a la institución del Ministerio Público de la Federación en lo que a la aplicación de los criterios de oportunidad se refiere, sea total. Es decir, que se elimine del procedimiento la intervención del Fiscal General de la República o sus representantes y que la consideración para la aplicación de la citada figura jurídica sea obligada en la investigación de todos los delitos patrimoniales, observando para ello los lineamientos para tal efecto establecidos en la legislación mexicana. Lo anterior no como una opción, sino como un derecho tanto para la víctima como para el imputado.

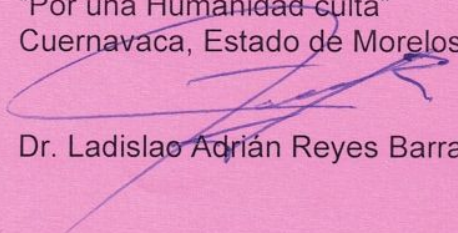
3. En términos de forma

La tesis cumple con la forma y el fondo, el texto es legible y permite una fácil comprensión. El tesista realizó un esfuerzo por atender las observaciones que se le hizo, desde mi perspectiva la tesis cumple con los objetivos establecidos en el Doctorado en Derecho y globalización, que es formar profesores - investigadores.

Atentamente

"Por una Humanidad culta"

Cuernavaca, Estado de Morelos, 21 de agosto de 2019.



Dr. Ladislao Adrián Reyes Barragán



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



Cuernavaca, Mor., agosto 23 del 2019

C. DR. VICTOR MANUEL CASTRILLON Y LUNA
COORDINADOR DEL PROGRAMA ACADEMICO DE DOCTORADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE
LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS.
P R E S E N T E.

Muy Distinguido Coordinador:

La M. en D. NEREYDA SALAZAR GALEANA, alumna del programa de Doctorado en Derecho y Globalización, Doctorado en Derecho acreditado ante el PNPC (CONACYT), ha presentado al suscrito un trabajo de investigación que lleva por título "DISCRECIONALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO (FISCAL) EN LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN MATERIA PENAL EN MEXICO", con el cual pretende optar por el grado de Doctora en Derecho y Globalización.

La Maestra Salazar Galeana, concluyo el trabajo en cuestión y que, desde mi muy particular punto de vista, reúne los requisitos reglamentarios y estatutarios, establecidos por la Legislación Universitaria de nuestra alma mater, y por este conducto le otorgo mi voto aprobatorio.

El trabajo presentado por la M. en D. NEREYDA SALAZAR GALEANA, desde mi personal punto de vista, merece este voto, así como la autorización para que si usted no tiene inconveniente se le pueda conceder el derecho de presentar el examen de grado de Doctora en Derecho y Globalización.

Aprovecho la oportunidad para enviarle un afectuoso saludo y despedirme como siempre a sus respetables órdenes.

ATENTAMENTE.

DR. JULIO CABRERA DIRCIO
PROF. INVEST. T. C. DE LA FACULTAD
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE LA U.A.E.M.

Cuernavaca, Morelos, 29 de agosto del 2019

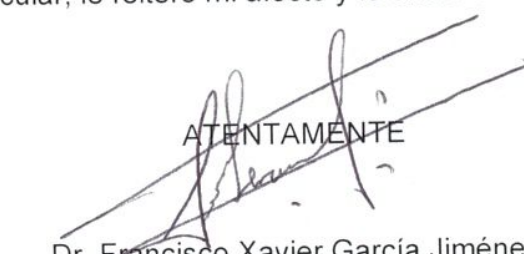
Dr. Víctor Manuel Castrillón y Luna
Jefe de la División de Estudios Superiores De Posgrado
de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la
Universidad Autónoma del Estado de Morelos
P R E S E N T E.

En relación al trabajo de tesis titulado: "DISCRECIONALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO (FISCAL) EN LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN MATERIA PENAL EN MÉXICO" que presenta La M. en D. NEREYDA SALAZAR GALEANA, con el objeto de optar por el grado de Doctor en derecho y globalización, alumna del programa de Doctorado en Derecho y Globalización, Doctorado acreditado ante el PNPC (CONACyT), por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, me permito manifestar lo siguiente.

Después de haber realizado la revisión minuciosa del contenido del trabajo de investigación antes mencionado, sobre el cual me permito manifestar que he constatado que cumple de manera plena con la metodología que una investigación jurídica de este nivel requiere, y considerando además que la C. Maestra NEREYDA SALAZAR GALEANA, quien ha desarrollado un trabajo de tipo descriptivo, analítico y propositivo para atender el problema materia de la investigación, en consecuencia tengo el agrado de otorgar mi VOTO APROBATORIO a dicha tesis de grado, misma que la sustentante deberá exponer y defender al momento de presentar su examen de grado.

Sin otro particular, le reitero mi afecto y le envío un cordial saludo.

ATENTAMENTE


Dr. Francisco Xavier García Jiménez
Profesor Investigador de Tiempo Completo
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Autónoma del Estado de Morelos

Cuernavaca, Morelos, 2 de septiembre de 2019

División de Estudios Superiores de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Autónoma del Estado de Morelos

En referencia al oficio No. 200/06/19/DESFDF por el que se me designa como revisor del trabajo de investigación realizado por la M. en D. Nereyda Salazar Galeana quien, a fin de optar por el grado de Doctora en Derecho y Globalización, desarrolló el tema "*DISCRECIONALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO (FISCAL) EN LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN MATERIA PENAL EN MÉXICO*", manifiesto:

La citada investigación se desarrolla en cinco capítulos del modo como se menciona a continuación:

1. En el primer capítulo, la sustentante aborda el marco jurídico conceptual, conceptos generales y axiológicos propios del tema, así como fundamentos epistemológicos, y así mismo establece el precedente constitucional de la figura jurídica en estudio.
2. En el segundo capítulo, analiza jurídicamente las distintas medidas alternativas a través de las cuáles, se puede dirimir una controversia en materia penal y las implicaciones que conlleva la resolución de cierto tipo de delitos con la aplicación de los criterios de oportunidad.
3. En el tercer capítulo, la tesista realiza un análisis sobre el marco jurídico comparado incluyendo tres países de América Latina y España, obteniendo como resultado la conclusión de que los fines que persigue la figura jurídica en los distintos Estados es similar, y que sólo deben observar diferentes lineamientos para su aplicación.
4. En el cuarto capítulo, la maestra nos introduce a lo que es la operatividad de la figura jurídica en estudio, así como los beneficios que ello supone. Analiza los límites que debieran observarse en la aplicación de la misma, respecto de la protección de los bienes jurídicos, todo ello relacionado con la política criminal del Estado mexicano.
5. En el último capítulo, converge a lo que, de inicio cuestiona sobre la autonomía reglada que debiera otorgarse al Ministerio Público de la




Federación para mejorar la funcionalidad y efectividad en la aplicación de los criterios de oportunidad, analizando y exponiendo en cifras monetarias el costo-beneficio de tal situación en el ámbito procesal, económico y social.

La tesista propone que la discrecionalidad conferida a la institución del Ministerio Público de la Federación en lo que a la aplicación de los criterios de oportunidad se refiere, sea total. Es decir, que se elimine del procedimiento la intervención del Fiscal General de la República o sus representantes y que la aplicación de la citada figura jurídica sea directa a todos los delitos patrimoniales observando para ello los lineamientos para tal efecto establecidos en la legislación mexicana. Lo anterior no como una opción, sino como un derecho tanto para la víctima como para el imputado.

La metodología que utiliza es adecuada y la técnica de investigación es documental. Al tratarse de una investigación de calidad, me es muy grato entregar mi VOTO APROBATORIO a la investigación realizada.

Atentamente.



Dr. Víctor Manuel Castrillón y Luna
Profesor Investigador de Tiempo Completo SNI II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Autónoma del Estado de Morelos

Cuernavaca, Morelos, 3 de septiembre del 2019.

Dr. Víctor Manuel Castrillón y Luna
Jefe de la División de Estudios Superiores
De Posgrado de la Facultad de Derecho y
Ciencias Sociales de la
Universidad Autónoma del Estado de Morelos
P R E S E N T E.

Por medio del presente me dirijo a usted para comunicarle que he recibido el trabajo de investigación elaborado por la Maestra NEREYDA SALAZAR GALEANA, titulado: "DISCRECIONALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO (FISCAL) EN LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN MATERIA PENAL EN MÉXICO" para optar por el grado de Doctora en Derecho y Globalización.

Por cuanto a la metodología empleada, la técnica de recopilación de información, así como la documentación de la misma, observo que son acertadas. De igual forma, las fuentes de consulta clásicas, generales y especializadas de autores nacionales como extranjeros son suficientes y oportunas, reforzadas además con un amplio soporte cibergráfico.


La tesis de la Maestra NEREYDA SALAZAR GALEANA ha sido estructurada en cinco capítulos. En resumen, la investigación la desarrolló de la siguiente manera. Derivado de la aplicación irrestricta del principio de legalidad, la tesista refiere un problema de consumo de recursos por cuanto a la investigación de delitos de menor impacto social, mismos que pueden ser instrumentados para investigar delitos inmersos en la macro criminalidad y que tienen verdadera trascendencia en lo que a laceración social se refiere. Para disminuir ésta situación, estudia la aplicación de la figura jurídica del criterio de oportunidad como herramienta coadyuvadora en el propósito de eficientar la procuración y administración de justicia.

Propone que la discrecionalidad conferida a la institución del Ministerio Público de la Federación en lo que a la aplicación de los criterios de oportunidad se

refiere, sea total. Es decir, que se elimine del procedimiento la intervención del Fiscal General de la República o sus representantes y que la consideración para la aplicación de la citada figura jurídica sea obligada en le investigación de todos los delitos patrimoniales, observando para ello los lineamientos para tal efecto establecidos en la legislación mexicana. Lo anterior no como una opción, sino como un derecho tanto para la víctima como para el imputado.

Por todo lo anteriormente expuesto, en mi carácter de revisor, otorgo a la presente investigación mi **VOTO APROBATORIO**.

ATENTAMENTE



Dr. Juan Manuel Ortega Maldonado
Profesor Investigador de Tiempo Completo
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Autónoma del Estado de Morelos

Ciudad Universitaria, 3 de septiembre de 2019

DR. VICTOR MANUEL CASTRILLON Y LUNA
JEFE DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS.
P R E S E N T E.

Por este conducto me permito expresar mis consideraciones al trabajo de investigación titulado DISCRECIONALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO (FISCAL) EN LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN MATERIA PENAL EN MÉXICO, que presenta la Maestra en Derecho NEREYDA SALAZAR GALEANA, para acceder al grado de Doctor en Derecho y Globalización, Programa reconocido como Programa Nacional de Posgrado de Calidad (PNPC) por CONACYT.

De acuerdo a mi criterio, la tesis presentada satisface los requisitos de originalidad y metodología por las siguientes consideraciones:

En cuanto a la originalidad del trabajo de investigación, debe afirmarse que el mismo no se ha limitado a la descripción del tema, sino que en él se analizan aspectos novedosos y originales como proponer que la discrecionalidad conferida a la institución del Ministerio Público de la Federación en la aplicación de los criterios de oportunidad sea completa, y evitar la injerencia de la Fiscalía General de la Republica en su implementación

Este trabajo también resulta útil porque ofrece al lector porque analiza la figura jurídica del criterio de oportunidad como herramienta coadyuvadora en el propósito de eficientizar la procuración y administración de justicia

Estimo igualmente que esta investigación, es acorde con los Lineamientos Editoriales recomendados por este Posgrado, se utilizaron técnicas de investigación jurídica apropiadas a una investigación de carácter doctoral, pues reúne las condiciones y características necesarias para ser presentado ante el Tribunal de Tesis.



Por todo lo anterior, y además porque la alumna acreditó la suficiencia investigadora ante el comité tutorial de Investigación, al aprobar su examen de candidatura, me es grato otorgar el **VOTO APROBATORIO** al trabajo de investigación de la Maestra en Derecho Nereyda Salazar Galeana, en mi carácter de Revisor de su Tesis y miembro de su Comité tutorial, para efecto de que continúe con los trámites para alcanzar su titulación como Doctora en Derecho y Globalización por nuestra Facultad.

Sin otro particular, reciba mi consideración distinguida.

ATENTAMENTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Juan Manuel Gómez Rodríguez', written over a faint circular stamp or watermark.

DR. JUAN MANUEL GÓMEZ RODRÍGUEZ

PITC FDCS UAEMOR SNI 1 CONACYT



Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional
Luis Arroyo Zapatero
Director

Dr. Víctor Manuel Castrillón y Luna.
División de Estudios Superiores de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Autónoma del Estado de Morelos

Ciudad Real, 9 de septiembre de 2019

En referencia al oficio nº. 200/06/19/DESF por el que se me designa como revisor del trabajo de investigación realizado por la M. en D. Nereyda Salazar Galeana, a fin de optar al grado de Doctora en Derecho y Globalización, con tema "*DISCRECIONALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO (FISCAL) EN LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN MATERIA PENAL EN MÉXICO*", manifiesto:

La citada investigación se desarrolla adecuadamente en cinco capítulos del modo siguiente:

1. En el primer capítulo, se aborda el marco jurídico conceptual, conceptos generales y axiológicos propios del tema, así como fundamentos epistemológicos, así mismo establece el precedente constitucional de la figura jurídica en estudio.
2. En el segundo capítulo, analiza jurídicamente las distintas medidas alternativas a través de las cuáles se puede dirimir una controversia en materia penal y las implicaciones que conlleva la resolución de cierto tipo de delitos con la aplicación de los criterios de oportunidad.
3. En el tercer capítulo, realiza un análisis sobre el marco jurídico comparado incluyendo tres países de América Latina y España, obteniendo como resultado la conclusión de que los fines que persigue la figura jurídica en los distintos Estados es similar, y que sólo deben observar diferentes figuras para su aplicación.

ID. DOCUMENTO	3YYmEY1H9N		Página: 1 / 2
FIRMADO POR		FECHA FIRMA	ID. FIRMA
ARROYO ZAPATERO LUIS ALBERTO		11-09-2019 12:28:55	1568197735925
 3YYmEY1H9N			



4. En el cuarto capítulo, se refiere a lo que es la operatividad de la figura jurídica en estudio, así como los beneficios que supone. Analiza los límites que debieran observarse en la aplicación de esta respecto de la protección de los bienes jurídicos, todo ello relacionado con la política criminal del Estado mexicano.
5. En el último capítulo converge a lo que de inicio cuestiona sobre la autonomía reglada que debiera otorgarse al Ministerio Público de la Federación para mejorar la funcionalidad y efectividad en la aplicación de los criterios de oportunidad, analizando y exponiendo en cifras monetarias el costo-beneficio de tal situación en el ámbito procesal, económico y social.

La doctoranda propone que se elimine del procedimiento la intervención del Fiscal General de la República o sus representantes y que la aplicación de la citada figura jurídica sea directa en todos los delitos patrimoniales, observando para ello las líneas vigentes en la legislación mexicana, no como una opción, sino como un derecho de la víctima y del imputado.

La tesis cumple con el fondo y la forma, el texto es legible y permite una fácil comprensión. La metodología empleada es adecuada y la técnica de investigación es documental. Las fuentes de consulta clásicas, generales y especializadas de autores nacionales como extranjeros, son suficientes y oportunas, reforzadas además con un amplio soporte cibergráfico y de referencias bibliográficas.

Al tratarse de una investigación de calidad, me es muy grato entregar mi VOTO APROBATORIO a la investigación realizada.

Atentamente.

Dr. Luis Alberto Arroyo Zapatero
Rector Honorario de la Universidad de Castilla-La Mancha, España.
Director del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, España.

ID. DOCUMENTO	3YYmEY1H9N		Página: 2 / 2
FIRMADO POR		FECHA FIRMA	ID. FIRMA
ARROYO ZAPATERO LUIS ALBERTO		11-09-2019 12:28:55	1568197735925
 3YYmEY1H9N			