

II. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL MEXICANA

Una vez realizada la distinción conceptual anteriormente referida, se dará inicio al análisis de los criterios de oportunidad establecidos en los códigos de procedimientos penales de las diferentes entidades federativas que ya han dado inicio a la reforma de su sistema de justicia penal.

Si bien podrá observarse que en muchos casos los criterios de oportunidad plasmados en dichos códigos son similares, también será posible advertir las diferencias conceptuales y valorativas que en cada uno se hace patente.

1. *Ratio Legis*

Una primera cuestión que debe ser abordada respecto a esta figura procesal, es la razón por la cual se ha decidido llevar a cabo su incorporación en nuestro sistema de justicia penal.

Para ello, es importante analizar los argumentos que tanto el legislador federal como los diversos legisladores estatales, han plasmado en beneficio del mismo, para llevar a cabo su consideración normativa de manera oficial.

Primero, es necesario hacer referencia a los argumentos esgrimidos por el constituyente permanente en relación con la reforma constitucional penal de 2008.

Los documentos de trabajo¹⁰ que pueden ser consultados respecto a este proceso legislativo, hacen referencia a la implemen-

¹⁰ Incluyen iniciativas presentadas, dictámenes y minutas elaboradas durante el proceso legislativo.

tación de criterios de oportunidad en nuestra Constitución, con base en la siguiente consideración:

De las comisiones unidad de puntos constitucionales; de Justicia, de Gobernación; de Seguridad Pública; y de Estudios legislativos, segunda, con proyecto de decreto por el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”

Antecedentes

...

Materia de la Minuta

...

Consideraciones

Artículo 21

...

Criterios de oportunidad

Estas comisiones unidad comparten la idea de la colegisladora de que para una eficaz administración de recursos públicos, es ineludible el deber de racionalizar y de generar una política coherente de persecución penal como directriz, sortear los problemas económicos y extender al máximo los recursos disponibles y la consecución de los objetivos político-criminales deseados.

En efecto, consideramos al igual 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 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.

Se hace la precisión de que el criterio de oportunidad no será aplicable cuando se trate de intereses públicos de vital importancia.

Asimismo, se preserva la posibilidad de impugnación del no ejercicio de la acción penal ante las autoridades judiciales.

Como se puede observar, el argumento central hace referencia a la necesidad de administrar eficazmente los recursos públicos disponibles, para evitar una sobresaturación del sistema de justicia penal provocada por la persecución de delitos menores.

Este argumento nos ofrece un panorama claro sobre la función que el constituyente permanente considera como prioritaria en la implementación del principio de oportunidad en la CPEUM.

Esto es, la autorización de la aplicación de los criterios de oportunidad, se plasma en el artículo 21 constitucional a partir de la reforma de 2008, con base en un criterio eminentemente práctico, cuya razón en concreto consiste en evitar la persecución de conductas que no lo ameritan por ser menores, y que en nada afectan el interés público.

Este primer argumento esgrimido por el constituyente permanente, resulta muy importante como punto de referencia para poder analizar las exposiciones de motivos que las legislaturas brindan respecto a la implementación del principio de oportunidad en sus respectivas jurisdicciones.

Al realizarse una lectura sobre las diversas exposiciones de motivos de los nuevos códigos procesales penales, se observa lo siguiente:

En algunos casos, la referencia a la inclusión del criterio de oportunidad en la legislación no siempre se realiza de forma suficientemente amplia o explicativa, esto es, satisfactoria, ya que en ocasiones, únicamente se proporciona una mención sobre lo que el principio de oportunidad implica, señalando que el mismo se llevará a cabo respecto a los casos que no revistan gran relevancia penal, y se hace un muy breve resumen sobre la forma en la que la aplicación del mismo se llevará a cabo.¹¹

¹¹ Véase Exposición de Motivos de los CPPCH, CPPCOA, CPPY e Iniciativa del Ejecutivo Federal, con proyecto de decreto que expide el Código Federa-

Por otra parte, también encontramos legislaciones que hacen referencia a la necesidad de incorporar el principio de oportunidad argumentando que, tratándose de delitos menores o de bajo impacto, la aplicación irrestricta del principio de legalidad o del principio de oficiosidad —ambos referentes a la persecución penal—, genera una sobrecarga de trabajo y costos elevados al sistema de justicia, por lo cual es necesario facultar al Ministerio Público para que pueda aplicar los criterios de oportunidad respecto de asuntos que no lo ameritan, para que en virtud de ello, pueda administrar los recursos públicos (humanos y materiales) disponibles, y aplicarlos a la persecución de delitos de mayor gravedad.¹²

Es importante señalar que en algunos casos en los que se utiliza esta fórmula, además de hacerse una referencia a los criterios de oportunidad que se prevén, se indica que el principio de legalidad en materia de persecución penal, sigue siendo la regla general en el nuevo sistema de justicia penal.¹³

En otros casos, además de hacerse referencia al contenido de los dos párrafos anteriores, también se realizan consideraciones relativas al hecho de que el Ministerio Público invierte los mismos recursos en la persecución de delitos menores que en aquellos delitos en donde se ve sensiblemente afectada la percepción ciudadana respecto a la eficacia y calidad del sistema de justicia, y

ral de Procedimientos Penales. *Gaceta Parlamentaria*, año XIV, 22 de septiembre de 2011, núm. 3353-II, punto 2.3.2. La exposición de motivos del CPPNL, hace referencia a que el precitado principio se encuentra vinculado a supuestos de regulación especial, esto último, a diferencia de lo que ocurre en países pertenecientes al *Common Law*, en los que las decisiones acerca de la acción penal, sobre todo respecto de la abstención del ejercicio de la acción penal, son prácticamente ilimitadas. Por otra parte, la exposición de motivos del CPPP hace referencia a la incursión del principio de oportunidad en la legislación como “eficiente medida de política criminal para reducir la criminalidad primaria, a través del uso de criterios de selectividad, que permiten la eficiencia y economía de la justicia”.

¹² Véase Exposición de Motivos de los CPPD y CPPEM.

¹³ Véase Exposición de Motivos del CPPH.

hacen referencia a una crítica que se ha esgrimido en contra de la aplicación de los criterios de oportunidad, relativa a la selectividad inevitable de la justicia penal, la cual señala: “Se debe a una política inflacionaria de definición criminal o criminalización de conductas superfluas, que operan en el nivel simbólico y que no se traducen en una lesión de importancia de bienes jurídicos”. Al respecto refiere que si bien desde una perspectiva formal dicha crítica es atendible “es dudoso que en tiempos de alarma social por la inseguridad pública pueda detenerse la inflación penal, en la que las presiones políticas por más recursos punitivos se vuelve más apremiante”, razón por la cual el principio de oportunidad se convierte en un “filtro” que si se regula de forma adecuada “puede convertirse en un instrumento más que facilite el derecho penal mínimo”.¹⁴

¹⁴ Véase Exposición de Motivos de los CPPMO y CPPJ, el cual señala en cuanto a su Código Procesal que “el Principio de Oportunidad se encuentra vinculado a supuestos de regulación específica, a diferencia de lo que ocurre en países perteneciente a la familia del *common law*, en los que las decisiones acerca de la acción penal, sobre todo respecto de la abstención, son prácticamente ilimitadas”. Asimismo, hace referencia a discusiones de carácter doctrinal, relativas al cuestionamiento sobre si “la existencia de figuras como el principio de oportunidad se traducen en la vulneración del principio de separación entre juez y acusación, toda vez que se ha pensado que la negativa del Ministerio Público de incoar un proceso penal cuando existen elementos de convicción para así hacerlo, se convierte en una facultad oblicua que permite a esta institución decidir el último destino del caso”. En este sentido encontramos también la Exposición de Motivos del CPPO la cual hace referencia a la “necesidad de racionalizar y planificar la persecución penal” como criterio ineludible para “administrar recursos públicos” y llevar a cabo la “obtención de objetivos político criminales deseados”. En este mismo tenor se observa la Exposición de Motivos del CPPTM, la cual también señala que “La discusión en nuestro entorno constitucional y legal ha sido, desde principios del redimensionamiento del Ministerio Público en 1917, si la existencia de figuras como el principio de oportunidad se traducen en la vulneración del principio de separación entre juez y acusación, toda vez que se ha pensado que la negativa de incoar un proceso penal cuando existen elementos de convicción para así hacerlo, se convierte en una facultad oblicua que permite a esta institución decidir el último destino de un caso. A partir de la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia

Lamentablemente, también observamos casos en los que la exposición de motivos únicamente menciona la *previsión* de criterios de oportunidad en la legislación sin dar mayor explicación sobre el origen de dicha determinación,¹⁵ o simplemente no se hace referencia al principio de oportunidad ni a las razones por las cuales se ha decidido incorporar esta figura procesal a dicha legislación.¹⁶

De todo lo anterior podemos observar que las fórmulas utilizadas por las diversas legislaturas para esgrimir los argumentos que permiten legitimizar la implementación del principio de oportunidad, son prácticamente las mismas, y su fundamento radica en señalar que los recursos públicos y la dinámica de trabajo del sistema de justicia, se ve seriamente afectada por la persecución de conductas que “no lo ameritan”.

Ello hace patente una queja indirecta de los órganos de persecución de justicia —en primer lugar—, y de los órganos de impartición de justicia —en segundo—, dirigida al legislador, respecto a la valoración y determinación como “delictiva” que se ha venido realizando respecto de determinadas conductas, y que de forma evidente, no lo ameritan.

Este argumento generalizado, ha sido adoptado tanto por el constituyente permanente como por los legisladores locales, en forma de una seria crítica sobre la aplicación irrestricta del principio de legalidad en materia procesal, como si derivado de su aplicación, se hubieren desatado gran parte de los males y carencias que desafortunadamente, aquejan al sistema de justicia penal de este país.

penal publicada el 18 de junio de 2008, el problema queda zanjado, cuando ahora por mandato constitucional se establece que «El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley».

¹⁵ Véase exposiciones de motivos de los CPPQR, CPPSLP, CPPSO, CPPTB, CPPTX y CPPZ.

¹⁶ Véase exposiciones de motivos de los CPPG, CPPM y CPPV.

Ello llama la atención porque pareciera que al implementar el principio de oportunidad en nuestra legislación, se fueran a deshacer los órganos de persecución de justicia de un gran problema que no tiene su raíz en la aplicación “irrestricada” del principio de legalidad en materia procesal penal.

Esta uniformidad de fórmulas y argumentos, genera otra interrogante, ya que surge la necesidad de cuestionar si todos los estados padecen esa misma “saturación” de trabajo derivada de la aplicación irrestricada del principio de oportunidad.

Por lo pronto, podemos decir que en ninguna de las exposiciones de motivos se hace patente la referencia a la problemática que en particular, sobre dicho tema, aqueje a un determinado estado.

Ello desde luego no implica que en la exposición de motivos se tenga que desglosar el número de indagatorias que el Ministerio Público ha iniciado respecto a conductas que son consideradas como menores, pero la previsión de una figura como el principio de oportunidad en la legislación, bien amerita brindar una explicación más técnica sobre dicha figura procesal, o por lo menos, más concreta sobre la problemática padecida, especialmente si tomamos en consideración que las condiciones y circunstancias de cada uno de los estados de la República Mexicana son diversas y la problemática a la cual se enfrenta cada uno de ellos no necesariamente es la misma que la de los demás estados.

Pareciera ser que la fórmula simplemente se adoptó por consenso y por ello se hace referencia en las diversas exposiciones de motivos, de forma muy general.

Lo anterior, permite señalar que la concepción que se tiene sobre el principio de oportunidad, es la de una figura que va a venir a resolver una problemática en concreto que padece el sistema de justicia penal: sobresaturación de trabajo.

Resulta difícil concebir un remedio tan simple para un problema que a primera vista, parece tener más de una causa de origen, ya que el hecho de que los códigos penales prevean conductas menores como delitos, y el presupuesto que el estado ejerce sobre

los rubros de persecución y administración de justicia sea limitado, no parece tener relación con la aplicación del principio de legalidad en materia procesal penal.

2. *Criterios de oportunidad establecidos por los estados*

En este estudio, se analizarán los criterios de oportunidad establecidos por las diversas legislaturas que ya cuentan con un nuevo Código Procesal Penal. Algunos de estos códigos ya se encuentran vigentes y algunos otros lo estarán en próximas fechas. Es importante señalar que si bien cada estado asigna a su código un nombre en particular, para efectos prácticos en este trabajo se hará referencia a ellos como “Código Procesal Penal”.

A. *Por la trascendencia del hecho*

a. *Insignificancia o insignificancia social del hecho*

Uno de los primeros criterios que aparece de forma más o menos uniforme en diversos códigos procesales, es el que hace referencia a aquellos casos en que se trate de un hecho *insignificante*¹⁷ o *socialmente insignificante*.¹⁸ Algún estado utiliza el término *intrascendencia*¹⁹ y alguno otro el término *mínimo agravio*.²⁰

Si bien cada estado complementa esta hipótesis de forma particular, lo cierto es que esta primera mención merece un análisis en particular.

¹⁷ *Cfr.* artículos 99, fracción I del CPPCA; 110, fracción I del CPPEM; 87, fracción I del CPPM; 88, fracción I del CPPMO; 196, fracción I del CPPO; 216, fracción I del CPPY, y 90, fracción I, del CPPZ.

¹⁸ *Cfr.* artículos 79, fracción I del CPPBC; 83, fracción I del CPPCH; 94, fracción I del CPPD; 218, fracción I del CPPH, y 94, fracción I del CPPTX.

¹⁹ *Cfr.* artículo 150, fracción I del CPPP.

²⁰ *Cfr.* artículo 215, fracción I del CPPQR.

La primera cuestión que surge es respecto a los conceptos “hecho insignificante” y “socialmente insignificante”, de lo cual derivan varias preguntas: ¿qué es un hecho insignificante?, ¿qué es un hecho socialmente insignificante?, ¿hecho insignificante es sinónimo de socialmente insignificante? y ¿su definición puede ser obtenida desde una perspectiva jurídico penal cuando más adelante en varios— códigos—, se habla dentro del mismo párrafo de *mínima o exigua culpabilidad*?

Para poder dar respuesta a estas interrogantes es necesario definir en primer lugar, qué debemos entender por hecho insignificante y hecho socialmente insignificante.

Por lo general, las personas manejamos un “concepto” o “postura” sobre la importancia o insignificancia de las cosas o de los sucesos. Sin embargo, no en pocas ocasiones esos conceptos atienden a perspectivas personales.

Según el DLE, el término “hecho” en su octava acepción significa “acción u obra”, en su décima acepción “cosa que sucede”, en su décima primera acepción “asunto o materia de que se trata”, y en su décimo segunda acepción (en derecho) como “caso sobre que se litiga o que da motivo a la causa”.

Por su parte, el término “insignificante” significa “baladí, pequeño, despreciable”, y el término “insignificancia” significa “pequeñez, insuficiencia, inutilidad”.

De lo anterior podemos señalar que un *hecho insignificante* es un *acontecimiento de poca importancia o poca trascendencia*. Es importante resaltar que esta definición únicamente hace referencia a la *descripción* del hecho, es decir, a su característica, mas no se hace referencia al origen o procedencia de dicho calificativo.

En cuanto a la aplicación del criterio de oportunidad, la pregunta que surge a partir de esta definición es: ¿cuál es el criterio que rige para determinar la insignificancia del hecho?, y en el caso concreto ¿quién decidirá si un hecho es intrascendente?

Todos podemos decir lo que a nuestro criterio es intrascendente. Sin embargo, difícilmente ese criterio será uniforme a todas las personas.

En el caso que nos ocupa, esta cuestión adquiere relevancia puesto que en la práctica, difícilmente podremos establecer un criterio universal que rijan lo que debe entenderse por *insignificancia de los hechos*.

Por ejemplo, una persona puede decir que sustraer de una tienda un dulce es un hecho insignificante; sin embargo, si al día se sustraen veinte dulces por diferentes personas de la misma tienda, es muy probable que el dueño de la misma considere cada uno de esos actos como algo grave.

Esto es, la gravedad de un hecho, será percibido por las personas según el mismo contravenga sus creencias, bienes o sus intereses.

Por lo anterior, considero que si bien como persona es factible emitir opiniones sobre la insignificancia o insignificancia de los hechos, como autoridad resulta sumamente complejo poder realizar determinaciones en dicho sentido y muy riesgoso actuar en consecuencia, ya que la posibilidad de aplicar un criterio arbitrario es muy alta y por ende, el cuestionamiento sobre la legitimidad de dicha decisión, prácticamente un hecho.

De ahí se origina otra cuestión importante, ya que como se vio en líneas precedentes, tanto el propio significado de las palabras como el precepto mismo, únicamente proporcionan o hacen referencia a una característica del hecho, mas de ellos no se desprende quién debe o cuál será la forma de determinar en el caso concreto, la insignificancia del hecho.

En este caso es necesario precisar si será el Ministerio Público el que lo decide con base en su criterio personal y según su propia perspectiva de las cosas, o si deberá tomar en consideración la visión de la víctima o del ofendido, o si deberá tener en cuenta la postura del inculpado.

Si derivado de las propias facultades discrecionales que se otorgan al Ministerio Público decimos que él es quien debe establecer la insignificancia del hecho, existe la posibilidad de que su resolución pueda ser vista como parcial o arbitraria y que ello genere inconformidad entre quienes se sientan agraviados por el hecho.

Por otra parte, el otorgar a la víctima u ofendido la capacidad de decidir sobre la calificación del hecho, genera el riesgo de crear una actitud poco objetiva o incluso vengativa sobre el inculpado, que poco tenga que ver con la realidad o con un criterio de imparcialidad.

No se hace mayor referencia al imputado, ya que al ser la aplicación del criterio de oportunidad un beneficio hacia su persona, es muy probable que se incline por corroborar la insignificancia del hecho en su favor.

Por lo anterior, considero necesario erradicar de los textos procesales la mención relativa a la aplicación de un criterio de oportunidad con base en la *insignificancia del hecho*.

Ahora bien, como ya se mencionó en líneas precedentes, determinados códigos procesales establecen el concepto de *hecho socialmente insignificante*.

Si bien hemos dicho que un hecho insignificante es un *acontecimiento de poca importancia o poca trascendencia*, ahora es necesario determinar cómo se modifica esta definición al incorporar en su significado el término *socialmente*.

El término “socialmente” no es definido concretamente por el DLE; sin embargo, el término “social” en su primera acepción significa en lo que interesa “perteneciente o relativo a la sociedad...”, y “sociedad” significa en su primera acepción “reunión de mayor o menor de personas, familias, pueblos o naciones”, y en su segunda acepción “agrupación natural o pactada de personas, que constituyen unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o algunos de los fines de la vida...”.

Esto es, un hecho socialmente insignificante puede ser definido como aquel *acontecimiento que un grupo de personas considera de poca importancia*.

A diferencia de lo que sucede respecto al término *hecho insignificante*, en donde como hemos visto, no es posible determinar la procedencia de tal descripción, al incorporarse el término *socialmente* se define un marco de referencia sobre el cual aparentemente

te, se puede obtener la determinación de insignificancia, esto es, a través de lo que un *grupo de personas* establecen como tal.

Digo aparentemente porque si bien un *grupo de personas* es a primera vista un concepto determinado, lo cierto es que tampoco es posible establecer qué personas o cuántas de ellas harán la determinación, y con base en qué criterios lo realizarán.

En una época como en la que vivimos, en donde día a día se promueven cada vez mayores espacios de apertura y tolerancia, y en donde se aceptan mayor diversidad de posturas, hablar de lo que hoy en día es *socialmente* aceptado, es más que complejo.

Desde esta perspectiva, podría ser posible —en su caso— señalar lo que un grupo determinado de personas pueda considerar como insignificante; sin embargo, del gran universo de grupos que conforman la sociedad, difícilmente podríamos señalar *qué* grupo será el elegido para determinar la trascendencia o intrascendencia de un hecho.

La época en la que la sociedad podía referir con aparente soltura lo que eran las “buenas costumbres”, y emitir un juicio más o menos uniforme o generalizado sobre ello, ha sido superada, aunado al hecho de que las finalidades puramente ideológicas o las meras inmoralidades, no lesionan ningún bien jurídico y por ello, quedan excluidas del derecho penal, es decir, deben quedar impunes.²¹

De lo anterior, se desprende que los actores que participan en el procedimiento penal que se desarrolla en los estados que utilizan este tipo de conceptos, enfrentarán confusiones y problemáticas prácticas para poder hacer uso de estos criterios de oportunidad.

Si bien como se ha mencionado, no es fácil determinar quién será en estos casos quien legítimamente pueda otorgar el calificativo de “insignificante”, también es cierto que en la práctica habrá que tomar una determinación al respecto.

²¹ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Madrid, Civitas, 1997, pp. 52 y 56.

En este sentido puede decirse que haciendo uso de un criterio basado en la *imparcialidad*, en la práctica podría otorgarse esa facultad con mayor legitimidad al Ministerio Público. Refiero “mayor” legitimidad porque aún siendo considerado el Ministerio Público una institución que debe actuar con objetividad, la ambigüedad de los términos no permite alcanzarla plenamente.

Por lo anterior, considero que plasmar en un código procesal penal este tipo de conceptos es sumamente desafortunado, porque parten de un sustento poco sólido, con base en conceptos ambiguos sumamente difíciles de definir, y que por lo tanto, son precursores de posible desigualdad fácilmente traducible en arbitrariedad.

Ahora bien, también es importante señalar que este tipo de determinaciones ambiguas no son plasmadas de la misma forma por todos los códigos procesales penales que han sido reformados; en algunos casos, se aprecia una mejor técnica para demarcar la precisión de esta *trascendencia del hecho*.

En este sentido, vale la pena mencionar lo establecido por el CPPP, ya que el mismo señala como criterio: “Se trate de un hecho que por su *intrascendencia*... siempre y cuando la pena para el caso no exceda de cinco años de prisión...”.

Como se puede observar, al inicio del precepto se hace uso de un concepto que, como se ha mencionado en líneas precedentes, es de difícil precisión: sin embargo, dicha ambigüedad es *corregida* más adelante al especificarse una medida objetivamente determinable —pena no mayor a cinco años de prisión—.

Así, una vez establecida la problemática que la terminología utilizada por los códigos procesales penales genera, es importante analizar el complemento de dichos preceptos, lo cual permitirá apreciar con mayor claridad, por qué es tan necesario utilizar conceptos precisos en los criterios de oportunidad.

En varios códigos procesales vemos que, al establecerse el criterio de oportunidad con base en la *insignificancia* o *insignificancia social* del hecho, se señala una salvedad, esto es, se prohíbe la aplicación del criterio cuando “se afecte gravemente un interés

público o lo haya cometido un servidor público en el ejercicio de su cargo o con motivo de él”.²²

En este caso surge la necesidad de definir, nuevamente, qué debemos entender por interés público.

El término “interés” según el DLE significa en su primera acepción “provecho, utilidad, ganancia”, en la segunda significa “valor que en sí tiene una cosa”, y en su sexta significa “conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material”.

Por su parte el término “público” significa en su novena acepción “común del pueblo o ciudad”.

De lo anterior, podemos concluir de forma general, que el “interés público” es aquello que es *valioso para un grupo de personas*.

Esta definición nos presenta un nuevo punto de dificultad dentro del precepto que requiere de un especial análisis.

Esto es, si nos remontamos a la definición de “hecho socialmente insignificante” como *acontecimiento que un grupo de personas considera de poca importancia*, y lo comparamos con el propio de “interés público” como *valioso para un grupo de personas*, podemos apreciar una franca contradicción en el precepto en comento.

Primero, porque como se ha dicho ya en reiteradas ocasiones, establecer lo que para un grupo de personas es *insignificante* es tan complejo como determinar qué es lo *valioso*. En ambos casos, hablamos de términos ambiguos de difícil determinación.

En segundo lugar, suponiendo que pudiéramos establecer un grupo definido, del cual se pudiera extraer claramente qué es lo

²² *Cfr.* artículos 79, fracción I del CPPBC; 99, fracción I del CPPCA, el cual establece “... en el ejercicio del cargo o *con ocasión* de él”; 176, inciso *a* del CPPCHIS, el cual únicamente hace referencia a la afectación *grave* de un *interés público*; 110, fracción I del CPPEM, el cual establece “... *no afecte el interés público*... por un servidor público *estatal o municipal* en ejercicio de sus funciones”; 87, fracción I del CPPM, el cual establece “... en ejercicio del cargo o con ocasión de él”; 88, fracción I del CPPMO, en cuyo caso se hace referencia a “... lo haya cometido *dolosamente* un servidor público...”; 150, fracción I del CPPP, en donde se señala “... haya sido cometido por un servidor público *estatal o municipal*...”; 215, fracción I del CPPQR, y 90, fracción I del CPPZ.

insignificante y qué es lo valioso, nos encontramos entonces con la problemática de diferenciar qué es a la vez insignificante y valioso para ese mismo grupo de personas.

Y la cuestión se hace más complicada al incluirse el término “gravemente”, el cual según el propio DLE significa en su primera acepción “con gravedad” y en su segunda acepción como “de manera grave”, definiéndose a su vez “gravedad” en su cuarta acepción como “grandeza, importancia”, y “grave” en su segunda acepción como “grande, de mucha entidad o importancia”.

Si algo es insignificante, entonces carece de valor. Por ello resulta terminológicamente incorrecto y contradictorio, que los códigos procesales penales establezcan en el mismo criterio, por una parte, “cuando se trate de un hecho socialmente insignificante” salvo “que afecta gravemente el interés público”.

Si un hecho es socialmente insignificante cómo puede afectar gravemente el interés público. El hecho daña o no daña, pero no puede hacer las dos cosas al mismo tiempo.

Y lo más grave es que la confusión en algunos casos no termina ahí, por ejemplo, el CPPBC agrega a esta hipótesis un párrafo extra en el que señala: “No podrá aplicarse el principio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad y de violencia familiar, por afectar gravemente el interés público”. El CPPCH establece que: “No podrá aplicarse el principio de oportunidad en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales o de violencia familiar, por afectar gravemente el interés público”. De igual forma, el CPPH señala: “Tampoco podrá aplicarse este criterio de oportunidad en los casos de delitos sexuales o de violencia familiar”.

La cuestión aquí es que, por una parte, se señala de modo amplio “que afecte gravemente el interés público” y después especifica casos en los que según el propio código, sí se afecta con toda seguridad, el interés público *gravemente*.

Si se hace una mención genérica, cuál es la razón de especificar concretamente de forma separada, los casos en los que se afecta gravemente el interés público. Si el interés es definir es-

tos “casos”, entonces debe hacerse de forma exhaustiva, ya que como se presenta en el precepto, parece que de forma indirecta se reconoce que la determinación de *afectación grave al interés público* no es tan sencilla y por ello, fue preferible hacer una distinción por separado.

Ahora bien, también es importante señalar que los códigos procesales penales que utilizan estas fórmulas, realizan una segunda salvedad en la aplicación del criterio, cuando el hecho haya sido cometido por “servidor público”, en ejercicio de su cargo, con motivo o en ocasión de él.

Aquí parece —dentro de la gran ambigüedad que se maneja en estos preceptos— delimitarse un poco, con base en un concepto concreto, el caso en que no podrá aplicarse el criterio de oportunidad.

El concepto de “servidor público” es un término normativo de valoración jurídica,²³ el cual es definido por el artículo 108 constitucional.²⁴

De la definición extraída del propio precepto constitucional, se desprende que un servidor público es, desde una perspectiva general, aquella persona que presta sus servicios desarrollando funciones dentro de entidades o instituciones eminentemente gubernamentales, cuyas actividades impactan de alguna u otra forma, en la vida de los ciudadanos de este país.

Tomando en consideración este hecho, es comprensible que la expectativa que se tenga sobre el adecuado comportamiento

²³ Véase en amplio sentido Roxin, Claus, *Parte general, cit.*, pp. 305 y ss.

²⁴ En este artículo se define al servidor público de la siguiente manera: “Para los efectos de las responsabilidades a que alude este título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular; a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal o en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones”.

de un servidor público, sea mayor que la que se tiene sobre un ciudadano común.

Si se considera que un servidor público *debe* velar por las necesidades colectivas que el organismo para el cual desempeña funciones ha sido creado, resulta difícil justificar o perdonar que valiéndose de su posición, realice conductas que perjudiquen o desvíen dicha actividad.

En este sentido, llama la atención que nuevamente, se haga una distinción de conceptos al señalarse por una parte “salvo que se afecte un interés público” o “lo haya cometido un servidor público”.

La disyuntiva “o” demuestra que estos dos conceptos son considerados de forma independiente.

Y se dice que llama la atención porque como se ha visto, la definición de “interés público” como *valioso para un grupo de personas*, se encuentra relacionado estrechamente con las funciones que desempeña un servidor público.

Esto es, un servidor público realiza funciones que son consideradas valiosas —por su trascendencia—, para la vida de una determinada comunidad. Por ello, al hacerse la salvedad “cometido por servidor público”, lleva implícita la valoración de interés público a que se ha hecho referencia.

Ello pone de manifiesto nuevamente, este conflicto terminológico a que se ha venido haciendo referencia, ya que se habla de diversos términos por separado, como si cada uno fuera independiente, cuando vemos que en realidad unos implican necesariamente a los otros o se excluyen entre sí.

Si existen conductas que se consideran absolutamente nocivas, debe hacerse referencia a ellas de forma clara y concreta en el precepto. Hacer distinciones de conceptos que se implican o se excluyen, únicamente generarán confusiones en quienes deben tomar las decisiones y valoraciones respecto a la aplicación del criterio de oportunidad, esto es, al Ministerio Público, y sobre quienes, en su caso, revisarán dicha valoración y determinarán su procedencia, esto es, el juez de control.

Por lo anterior, se insiste, deben ser eliminados dentro de los preceptos que establecen criterios de oportunidad, los términos ambiguos de difícil determinación o de valoración subjetiva.

En derecho penal, el legislador debe ser muy cuidadoso con la precisión. Utilizar términos ambiguos de forma genérica con el afán de “cubrir” cualquier hipótesis que se pudiera presentar y no pueda ser previsto *a priori* por el legislador, únicamente genera el efecto contrario al que busca, es decir, coloca a los encargados tanto de procurar como de impartir justicia, en una situación difícil que termina poniendo en duda la legitimidad de las instituciones que cada uno representa. El tratar de ordenar de forma transparente todo fenómeno de la vida bajo unos cuantos puntos de vista rectores —conceptos demasiado abstractos—, tiene como efecto que se olviden y se violenten las estructuras de la materia jurídica.²⁵

Considerar que por el hecho de “mencionar” dentro del texto del Código Procesal Penal, una “lista” de criterios de oportunidad, se puede afirmar que se ha adoptado una *oportunidad reglada*, es falso.

De nada sirve enumerar una serie de criterios de oportunidad cuando dichos criterios se basan en conceptos ambiguos o de difícil determinación, ya que únicamente de forma, se estará adoptando una oportunidad reglada, pero de fondo, la determinación del criterio queda sujeta a consideraciones subjetivas, las cuales pueden ser tantas como personas haya, por lo cual en la práctica, se estará haciendo uso de una *oportunidad pura*.

Finalmente, es necesario señalar que el hecho de establecer criterios de oportunidad con base en este tipo de consideraciones referidas a la “insignificancia de los hechos”, presenta una contradicción de fondo con los principios que de forma definitiva, configuran la naturaleza y esencia del derecho penal.²⁶

²⁵ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general, cit.*, p. 214.

²⁶ Sainz Cantero, José A., *Lecciones de derecho penal. Parte general, Introducción*, Barcelona, Bosch, t. I, 1981, p. 36.

Los límites del *ius puniendi*,²⁷ se encuentran conformados por aquellos principios penales, que tienen como objetivo limitar la potestad punitiva del Estado, en aras de la protección del ciudadano de una excesiva o arbitraria intervención estatal, tal como sucede con el deber de observancia del *principio de mínima intervención*, el cual establece que la intervención punitiva es por una parte, un medio de protección *subsidiario*, cuando otros sectores del ordenamiento jurídico han resultado ineficaces para la solución judicial del problema, así como que el derecho penal únicamente protege *determinados* bienes jurídicos y en ocasiones sólo de *ciertas modalidades* de ataque —naturaleza *fragmentaria*—, de lo cual se deriva, también, el *principio de insignificancia lesiva*, el cual establece que las injerencias mínimas en los bienes jurídicos protegidos penalmente, deben quedar excluidas de la reacción penal, configurándose así la pena como la última *ratio* de la política social.²⁸

Los límites al *ius puniendi* no pueden ser rebasados ni por el Poder Legislativo al momento de legislar en materia penal, ni por el Poder Judicial al momento de aplicar la norma penal, ni por las autoridades administrativas encargadas de ejecutar las sanciones impuestas por los órganos judiciales.²⁹

Por lo anterior, podemos decir que si en efecto el legislador observa el principio de mínima intervención en la elaboración de las normas, resulta incongruente que la legislación procesal penal establezca, por su parte, la aplicación de un criterio de oportunidad con base en la “insignificancia del hecho”, ya que como se ha mencionado en líneas precedentes, el derecho penal no reacciona ante este tipo de hechos.

La aplicación de los criterios de oportunidad con base en dicho argumento, ponen de manifiesto que estas exigencias del

²⁷ Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, Madrid, Universitas, 1999, p. 80.

²⁸ Calderón Cerezo, Ángel y Choclán Montalvo, José Antonio, *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Barcelona, Bosch, 2001, pp. 64 y 65.

²⁹ Orts Berenguer, Enrique y González Cussac, José Luis, *Compendio de derecho penal parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 54.

Estado social son frecuentemente olvidadas,³⁰ ya que permiten concluir que el legislador penal no está observando el *principio de mínima intervención* en la elaboración de las normas penales y que únicamente está utilizando al derecho procesal penal como remedio de dicha omisión.

Ello resulta muy grave si tenemos en consideración que el procedimiento penal tiene como meta que la decisión sobre la pena que habrá de imponerse al imputado sea materialmente correcta, obtenida conforme a lo establecido por el ordenamiento procesal y que con ello se restablezca la paz jurídica.³¹

Esto es, el procedimiento penal no es el instrumento adecuado para corregir las deficiencias del legislador en la creación de las normas de derecho penal sustantivo, derivadas de una mala técnica legislativa por indiferente o desconocedora de los principios que deben ser observados en la creación de las leyes de naturaleza penal.

Una vez obtenidas estas primeras definiciones, es posible abordar la segunda interrogante que fue planteada al inicio de este apartado, es decir, si un hecho es considerado irrelevante por un grupo mayor o menor de personas, es necesario definir cuál es la repercusión de ello de cara al significado de mínima o exigua culpabilidad, concepto que también se incluye dentro del mismo precepto en diversos códigos procesales penales,³² y

³⁰ Morillas Cueva, Lorenzo, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 129.

³¹ Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pp. 2 y ss.

³² *Cfr.* artículos 79, fracción I del CPPBC, en el cual se utiliza el término “mínima o exigua culpabilidad del *imputado*”; 99, fracción I del CPPCA, en el cual se hace referencia a los términos “mínima culpabilidad del autor o del *partícipe o exigua contribución de éste*”; 83, fracción I del CPPCH, el cual utiliza el término “mínima o exigua culpabilidad del *imputado*”; 94, fracción I del CPPD, el cual establece “mínima o exigua culpabilidad del *imputado*”; 110, fracción I del CP-PEM, el cual únicamente refiere “por lo exiguo de la contribución del *partícipe* por su mínima culpabilidad”; 218, fracción I del CPPH, el cual utiliza el término “mínima o exigua culpabilidad del *imputado*”; 87, fracción I del CPPM, el cual establece “mínima culpabilidad del autor o del *partícipe* o exigua con-

el cual es un concepto de naturaleza eminentemente jurídico penal.³³

Esta distinción no es ociosa ya que el uso de la disyuntiva “o” nos muestra que los conceptos referentes a la trascendencia del hecho y a la mínima o exigua culpabilidad, son utilizados de forma diferente.

b. Mínima o exigua culpabilidad

Si hablamos de “mínima o exigua culpabilidad”, entendemos que derivado del significado de “mínimo”, el cual el DLE define en su primera acepción como “pequeño” y en su segunda acepción como “dícese de lo que es tan pequeño en su especie, que no lo hay menor o igual”; así como del significado del término “exigua”, el cual es definido por el DLE como “insuficiente, escaso”; y del propio concepto de “culpabilidad”, el cual podemos entender como aquel juicio de valoración que se realiza sobre una persona, en relación con un hecho concreto al cual se encuentra vinculado personalmente, que el propio ordenamiento jurídico ha valorado como un comportamiento típico y antijurídico, por el cual dicho sujeto deberá responder;³⁴ podemos decir entonces que la *mínima o exigua culpabilidad* se presenta cuando el hecho concreto al cual se encuentra vinculado una persona, da lugar a

tribución de éste”; 88, fracción I del CPPMO, el cual señala “mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de éste”; 196, fracción I del CPPO, el cual establece “mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de éste”; 150, fracción I, CPPP, el cual únicamente refiere “mínima intervención del partícipe”; 215, fracción I del CPPQR, el cual señala “mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de éste”; y 90, fracción I del CPPZ, el cual establece “mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de éste”.

³³ Véase en amplio sentido *Jakobs, Günther, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2a ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 566 y ss.

³⁴ Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malaréc, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, Trotta, vol. I, 1999, pp. 311 y 312.

un juicio de valoración cuyo resultado concluye que dicho sujeto, debe responder mínimamente por ese hecho.

Derivado de esta definición, podemos ver que sí existe una relación entre el concepto de *trascendencia del hecho* y el de *mínima o exigua culpabilidad*, ya que en esta última, el hecho que da lugar a la valoración, es considerado de *menor* relevancia, por lo cual se deberá responder en esa misma medida.

Sin embargo, cuando hablamos de culpabilidad, no únicamente se realiza una valoración sobre el hecho en sí mismo, esto es, sobre si ese hecho se considera insignificante o no.

Para poder llegar a realizar el análisis sobre la culpabilidad del sujeto es necesario primero determinar si se ha configurado el *injusto penal*, esto es, si la conducta desplegada es *típica y antijurídica*, lo cual implica analizar si dicha conducta coincide con alguna de las descripciones de los delitos, las cuales se encuentran establecidas en la parte especial de los códigos penales, y si la misma se encuentra prohibida, es decir, si no opera en su favor alguna causa de justificación.³⁵

Estas determinaciones sólo pueden ser realizadas por los tribunales de justicia ordinarios, los cuales en caso de ser procedente, son los únicos autorizados para llevar a cabo la imposición de las sanciones,³⁶ ello de conformidad con la *garantía jurisdiccional*, como garantía concreta derivada del principio de legalidad en materia penal.³⁷

En virtud de lo anterior, resulta incorrecto hacer referencia a la aplicación del criterio de oportunidad con base en la mínima o exigua culpabilidad, ya que el Ministerio Público, como autoridad, es el órgano dependiente del Poder Ejecutivo, encargado de investigar y perseguir los delitos, funciones que realiza al integrar

³⁵ Roxin, Claus, *Parte general*, cit., pp. 194, 195, 557 y 558.

³⁶ Cfr. artículo 21, párrafo tercero CPEUM.

³⁷ Véase en amplio sentido Gallardo Rosado, Maydelí et al., *Fundamentos de derecho penal mexicano I*, México, Porrúa, 2009, pp. 41-44.

la averiguación previa y ejercitar la acción penal,³⁸ mas no se encarga de resolver el fondo del caso concreto mediante el fallo que dicte, el cual determina en última instancia, el enlace de una condición jurídica, es decir, define cuál es la consecuencia que corresponde al hecho, lo que únicamente sucede a través de la sentencia, la cual se constituye como el acto decisorio definitivo del órgano jurisdiccional.³⁹

Si el Ministerio Público investiga y ejercita la acción penal ante los tribunales,⁴⁰ y a su vez es el encargado de aplicar los criterios de oportunidad, aquí se presenta una incongruencia.

Esto es, el criterio de oportunidad está requiriendo al Ministerio Público, que realice una valoración que está fuera de sus atribuciones, por ser la valoración definitiva sobre la culpabilidad, una facultad exclusiva del Poder Judicial.

Ello genera una fuerte inquietud ya que al parecer, se está otorgando al Ministerio Público una facultad que es propia del Poder Judicial, lo cual contraviene lo dispuesto por el artículo 49 de la CPEUM, el cual dispone como parte fundamental del supremo poder de la federación, la división de poderes.⁴¹

La actividad persecutoria del Ministerio Público finaliza al ejercitar la acción penal, es decir, al consignar el expediente al juzgador, momento en el cual se convierte en parte procesal,⁴²

³⁸ Hernández Pliego, Julio Antonio, *El ministerio público y la averiguación previa en México*, México, Porrúa, 2008, pp. 19 y 20.

³⁹ Malvárez Contreras, Jorge, *Derecho procesal penal*, 2a ed., México, Porrúa, 2006, pp. 90 y 91.

⁴⁰ *Cfr.* Artículo 21, párrafos primero y segundo, CPEUM.

⁴¹ El artículo 49 de la CPPEUM señala: “El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar”.

⁴² Hernández Silva, Pedro, *Procedimientos penales en el derecho mexicano*, México, Porrúa, 2006, p. 3.

y para llegar a ello, es necesario que concurren determinados requisitos.⁴³

Al ejercitar la acción penal, el Ministerio Público realiza una pretensión de justicia,⁴⁴ la cual surge en ejercicio de sus funciones, porque obtuvo conocimiento por denuncia o querrela, de la realización de un hecho calificado por la ley como delito, el cual —en la mayoría de los casos—, se encuentra sancionado con pena privativa de libertad, y derivado de su actividad investigadora, ha constatado que obran datos que establecen que se ha cometido dicho hecho y que existe la *posibilidad* de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.⁴⁵ El ejercicio de la acción penal tiene como resultado la determinación del tribunal competente y el surgimiento del proceso.⁴⁶

Por lo anterior, se puede concluir que al establecerse un criterio de oportunidad en este tenor, se atenta conceptualmente tanto en contra de las funciones propias del Ministerio Público, como en contra de las atribuciones propias de la autoridad judicial.

No obstante lo anterior, considero que si en su caso se desea mantener un criterio de oportunidad con base en concepciones de naturaleza eminentemente teórica y jurídica, el mismo tendría que realizarse utilizando como base las funciones que legítimamente corresponden al Ministerio Público, es decir, tomando en consideración los elementos que, en su caso, le permitirían ejercitar la acción penal respecto del asunto de que se tratare. Ello sí es una atribución que le es propia y que no interfiere con la de los órganos de impartición de justicia.

⁴³ Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho procesal penal*, 3a ed., México, Mc. Graw Hill, 2009, p. 64.

⁴⁴ García Ramírez, Sergio, *Derecho procesal penal*, 3a ed., México, Porrúa, 1980, p. 184.

⁴⁵ Estos requisitos son los que establece el artículo 16, párrafo tercero de la CPPEUM, para que pueda librarse la orden de aprehensión.

⁴⁶ Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho procesal penal*, 2a ed., México, Oxford, 2007, p. 280.

Ahora bien, esto tampoco es una tarea que resulte sencilla, ya que no en pocas ocasiones, recabar las pruebas que al Ministerio Público le permitan afirmar la *posibilidad* de que el indiciado haya cometido el hecho delictivo, puede resultar muy complicado y tardado —inclusive llevarse años—, y en el caso de la aplicación de los criterios de oportunidad, el Ministerio Público tampoco cuenta con tanto tiempo.

Vale la pena mencionar al respecto, la Exposición de Motivos de dos códigos procesales penales en los cuales se hace referencia a este punto.

Tanto en la exposición de motivos del CPPJ como la del CPPO se señala que la cuestión es determinar *hasta dónde se quiere entender el principio de separación de poderes*.

Considero desafortunado el hecho de que el legislador manifieste en la exposición de motivos de una ley, una referencia tan informal y superficial como en el presente caso lo es “... hasta dónde se quiere entender...”, de un tema que es medular para el principio de oportunidad, por poner en entredicho su legitimidad.

En la Exposición de Motivos de una ley, se plasma el resultado de un estudio y de un debate previo, de todas aquellas cuestiones que permiten llegar a una conclusión sólida, que sentará bases firmes de la normatividad de que se trate. En ella, se exponen los razonamientos lógicos y jurídicos que permitieron llegar al establecimiento de esa ley en concreto. La misma no es el lugar para cuestionar hasta dónde se quiere entender el principio de separación de poderes. El principio es uno y está claramente determinado.

Aunado a lo anterior, la referencia que hacen sobre dicho cuestionamiento únicamente termina siendo eso, un cuestionamiento, ya que ninguna hace referencia a las posibles posturas que pudieran haber al respecto, ni señalan en su caso, por cuál se inclinan ni con base en qué argumentos.

Otra cuestión que vale la pena mencionar sobre estas primeras hipótesis relacionadas con la “mínima o exigua culpabilidad”, es la referencia que se hace sobre la *persona*, esto es, si se trata de esa

mínima o exigua culpabilidad del imputado, del autor, del partícipe o de estos dos últimos a la vez.

Llama la atención que respecto a dicha mención tampoco se observe un criterio uniforme.

Para ello es necesario empezar por definir cada uno de estos conceptos.

Al supuesto autor del delito, suelen otorgarse diversas denominaciones que no siempre resultan apropiadas y que no corresponden —como debería— a su situación jurídica según las diferentes etapas del procedimiento penal en la que se encuentre.⁴⁷

Ello no es difícil de corroborar si vemos que el propio texto constitucional utiliza términos como indiciado⁴⁸ o imputado⁴⁹ de forma indistinta.

Ahora bien, el término “indiciado” significa según el propio DLE “que tiene contra sí la sospecha de haber cometido un delito”, y el término “imputar” significa “atribuir a otro una culpa, delito o acción”.

El término “atribuir” por su parte, significa según el DLE, en su primera acepción, “aplicar, a veces sin conocimiento seguro, hechos o cualidades a alguna persona o cosa”, y en su segunda acepción “señalar o asignar una cosa a alguien como de su competencia”, y el término “aplicar” significa en su cuarta acepción “atribuir o imputar a uno algún hecho o dicho”, y en su quinta acepción significa “destinar, adjudicar, designar”.

Por lo anterior, podemos concluir que “imputado” en materia penal es aquél a quien se le *asigna* un delito.

Considero que derivado de las definiciones anteriormente señaladas, el término correcto que debe proporcionarse al posible autor del delito dentro de la etapa de investigación es el de “in-

⁴⁷ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, México, Porrúa, 2001, pp. 224 y 225.

⁴⁸ *Cfr.* artículo 16, párrafos tercero, quinto, sexto y décimo, y 19, párrafo cuarto de la CPEUM.

⁴⁹ *Cfr.* artículos 16, párrafos cuarto y octavo; 19, párrafo sexto, y 20, apartado B, de la CPEUM.

diciado”, ya que de su intervención en la comisión el delito únicamente se *sospecha*, pues si se utiliza el término “inculpado”, se hace referencia a una *asignación* del delito, lo cual en dicha fase procedimental, es erróneo.

Por ello, el término “imputado” utilizado en los códigos procesales penales debería ser cambiado por el de “indiciado”, ya que la aplicación del criterio de oportunidad se lleva a cabo en la fase de investigación ante el Ministerio Público.

Derivado de lo anterior, es fácil constatar que el término “indiciado” tiene una naturaleza eminentemente procedimental.

Sin embargo, vemos códigos procesales penales que utilizan los términos “autor” o “partícipe” en relación con el análisis de mínima o exigua culpabilidad.

Cuando hablamos de “autor” hacemos referencia al sujeto que es posible imputarle un hecho, como propio, en su generalidad,⁵⁰ es decir, el que mediante su acción, ha causado el tipo legal y en quien los preceptos legales tienen aplicación inmediata.⁵¹

Ahora bien, cuando hablamos de “partícipe” hacemos referencia al sujeto que interviene en un hecho ajeno, que presupone la existencia de un autor de un hecho principal, al cual se accede.⁵²

Ambos conceptos hacen referencia al resultado obtenido del análisis que se realiza respecto al grado de intervención de los sujetos en la comisión de un hecho delictivo, lo cual permite determinar con certeza, si el hecho les es propio o, no siéndolo, si accedieron al mismo.

Esa certeza implica, como se ha referido en líneas precedentes, un análisis jurídico, que en definitiva, únicamente puede realizar el Poder Judicial en ejercicio de las funciones que le son propias.

⁵⁰ Donna, Edgardo Alberto, “El concepto de autor”, en López Barja de Quiroga, Jacobo y Zugaldía Espinar, José Miguel (cords.,) y varios autores, *Dogmática y Ley Penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 178.

⁵¹ Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho Penal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1957, t. II, p. 292.

⁵² Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malaréc, Hernán, *Lecciones, cit.*, p. 296.

Por lo anterior, hacer uso de los términos “autor” y/o “partícipe” dentro de los preceptos por medio de los cuales se establece un criterio de oportunidad, es erróneo.

Afirmar lo contrario sería, nuevamente, admitir que el Ministerio Público pueda realizar una determinación en definitiva sobre el grado de intervención de los sujetos en el hecho delictivo.

El Ministerio Público puede hacer referencia a la *posibilidad* de que el sujeto sea autor o partícipe del delito, mas no puede determinar dicha categoría en definitiva.

Por ello, el uso de dichos conceptos es, al igual que el uso de los términos “imputado”, o “mínima o exigua culpabilidad”, equivocados y por ende, deben de eliminarse de los preceptos que pretenden establecer un criterio de oportunidad.

El término correcto que puede utilizarse dentro de estos preceptos relacionados con la aplicación de los criterios de oportunidad es el de “indiciado”, ya que como se desprende de la propia definición del término, de él se *sospecha* la comisión de un delito, y esa es exactamente la situación en la que se encuentra durante la fase de investigación que tiene a su cargo el Ministerio Público, y durante la cual se puede aplicar el criterio de oportunidad.

Si en última instancia se insiste en mantener el uso de los términos “autor” y/o “partícipe”, debería utilizarse el término “probable autor” y/o “probable partícipe”.

Finalmente, también llama la atención que en los preceptos en los cuales se utilizan los términos de “autor” y/o “partícipe”, tampoco se observe una tendencia uniforme sobre la “mínima” o “exigua” culpabilidad de cada uno de ellos, ya que en algunos casos se establece “mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de este”.⁵³

Conforme a dicha redacción, no queda duda sobre la referencia que se intenta hacer sobre la culpabilidad del “autor”; sin em-

⁵³ Cfr. artículo 99, fracción I del CPPCA; 87, fracción I del CPPM; 88, fracción I del CPPMO; 196, fracción I del CPPO; 215, fracción I del CPPQR, y 90, fracción I del CPPZ.

bargo, en relación al partícipe, por una parte se hace referencia a su “mínima o exigua culpabilidad” seguido —por medio de la letra “o”⁵⁴— de la referencia a su exigua contribución al señalarse “de este” en la parte final del enunciado.

Pareciera que existe una confusión sobre el término correcto a ser utilizado sobre la determinación del grado de intervención del partícipe en el hecho, por lo cual se utilizan dos fórmulas al respecto, una como “mínima culpabilidad del partícipe” y la otra como “exigua contribución de este”.

Como se ha visto en líneas anteriores, los términos “mínimo” y “exiguo” significan: “dícese de lo que es tan pequeño en su especie, que no lo hay menor o igual” e “insuficiente, escaso”, respectivamente. Es decir, ambos conceptos son prácticamente sinónimos, por lo cual utilizar el primero de ellos respecto al término “culpabilidad” y el segundo respecto al término “contribución”, no parece tener mayor significación ni permiten realizar una aclaración sobre la confusión referida en el párrafo anterior.

Por último, resalta que en algunos casos como es el del CP-PEM, el mismo establezca por una parte, una hipótesis en la cual hace referencia a que “el reproche de culpabilidad hacia la conducta sea de *tan secundaria consideración...*”,⁵⁵ y por otra al igual que el CPPP, omitan la referencia a la mínima o exigua culpabilidad del autor y únicamente hagan referencia a la “contribución”,⁵⁶ o “intervención”⁵⁷ del *partícipe*.

Parece ser que para esta última legislatura, el actuar del posible autor adquiere tal relevancia que no puede ser sujeto a un criterio de oportunidad.

⁵⁴ Según el DLE, la conjunción disyuntiva “o” denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas. En su segunda acepción también se señala que la misma suele preceder a cada uno de dos o más términos contrapuestos.

⁵⁵ *Cfr.* artículo 110, fracción X.

⁵⁶ *Cfr.* artículo 110, fracción I del CPPEM.

⁵⁷ *Cfr.* artículo 150, fracción I del CPPP.

c. Sobre delitos específicamente determinados

Una vez señalada la problemática que el uso de conceptos indeterminados genera para llevar a cabo la aplicación de los criterios de oportunidad, resulta muy conveniente hacer referencia a los códigos procesales penales que utilizan fórmulas precisas para llevar a cabo dicho fin.

Afortunadamente, es posible apreciar en diversos códigos procesales penales, el establecimiento de criterios de oportunidad respecto a ciertos delitos que se encuentran claramente determinados. Es decir, la utilización de la ambigüedad respecto a los términos empleados no goza de plena popularidad.

Al respecto, encontramos ya varios casos en los que los códigos de procedimientos penales autorizan la aplicación del criterio de oportunidad tratándose específicamente de determinados delitos⁵⁸ o bienes jurídicos,⁵⁹ en virtud de la *pena correspondiente al delito*,⁶⁰ en los que proceda el *perdón del ofendido*,⁶¹ o varios de ellos a la vez.⁶²

⁵⁸ Cfr. artículo 156, inciso *a* del CPPSO 176, inciso *h* del CPPCHIS, el cual señala “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”.

⁵⁹ Cfr. artículo 176, inciso *g* del CPPCHIS, el cual establece “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”.

⁶⁰ Cfr. artículos 129 Bis, fracción I del CPPG; 97, fracción I del CPPTB; y 92, punto 2, inciso *a* del CPPTM.

⁶¹ Cfr. artículo 94, fracción I del CPPNL. En este caso, el precepto prevé la aplicación del criterio cuando el ofendido se niegue *sin causa justificada* a participar en un método alternativo a la solución de conflictos. En este caso el tema relevante es determinar cuál es esa causa no justificada.

⁶² Cfr. artículo 235, fracción I del CPPCOA; 233, fracción I del CPPSLP; 241, fracción I del CPPS; 97, fracciones I y 2 del CPPTB, y 267, fracciones I y II del CPPV.

Vale la pena mencionar el CPPSO, el cual no sólo establece un catálogo preciso de los delitos respecto de los cuales resulta procedente aplicar el criterio de oportunidad, sino también hace referencia a la necesidad del cumplimiento previo de varias condiciones personales que recaen directamente sobre el indiciado, como son que el mismo no cuente con antecedentes penales, que no se le haya aplicado con anterioridad un criterio de oportunidad respecto de delito doloso, y además, que acredite fehacientemente que tiene una ocupación lícita.

Ello muestra un claro avance en la forma de concebir el criterio de oportunidad, ya que si bien el establecimiento en concreto de la autorización para llevar a cabo la aplicación del criterio tratándose de delitos específicamente determinados, nos muestra que sí existe una valoración *a priori* de las conductas que el legislador considera *no tan* relevantes como para promover la persecución del delito hasta sus últimas consecuencias, también es cierto que el mismo legislador da un paso más y señala cuáles delitos, en específico, son el resultado de dicha valoración.

Esta es la mejor manera de hacer patente la determinación de la trascendencia del hecho, ya que objetivamente, el propio código procesal establece la valoración implícita de la *menor trascendencia* del hecho, a través de conceptos precisos que no dan lugar a determinaciones subjetivas de ninguna de las partes involucradas.

Establecer si una conducta cuenta con una pena alternativa o con una pena no privativa de la libertad, es algo que queda fuera de cualquier interpretación, basta revisar el Código Penal de que se trate para afirmarlo o negarlo.

De esta forma, no hay posibilidad de cuestionar la legitimidad de la decisión de aplicar el criterio de oportunidad que realice el Ministerio Público, ya que dicha resolución tomará como base la descripción típica que cada Código Penal establezca, lo cual es pública y objetivamente apreciable.

Esto es, el Ministerio Público no aplicará el criterio de oportunidad con base en interpretaciones subjetivas, ni invadirá funciones que son exclusivas de la autoridad judicial.

En estos casos, el Ministerio Público tendrá conocimiento de hechos presuntamente constitutivos de delito y habrá ubicado al indiciado, lo cual se encuentra en total armonía con las funciones que como autoridad debe desempeñar.

Ello facilita aún más sus actividades, ya que no lo coloca en la encrucijada de valorar de forma anticipada y en algunos casos, hasta improvisada, si cuenta con los elementos suficientes que permitirían considerar la posible culpabilidad del indiciado o contribución del partícipe, o si dichos elementos serían tomados en definitiva por la autoridad judicial para tenerla por demostrada.

El Ministerio Público únicamente tendrá que valorar si los hechos presuntamente constitutivos de delito, corresponden a las descripciones típicas previamente establecidas en el criterio de oportunidad por el legislador, para considerar su aplicación. El análisis sobre la culpabilidad o contribución al hecho quedan, acertadamente, fuera de esta decisión.

También resulta oportuno señalar que en algunos de estos casos —previa y precisamente establecidos— se hace referencia a determinadas excepciones que vale la pena mencionar.

Por ejemplo, en algunos casos, se establece la salvedad de la aplicación del criterio de oportunidad tratándose de delitos de contenido patrimonial sin violencia sobre las personas o en delitos culposos, cuando el *imputado* hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares; salvo que únicamente hubiera causado daño en propiedad ajena.⁶³

Esto es un claro ejemplo de una nueva valoración que en su caso realiza el legislador, ya que si bien considera que los delitos de contenido patrimonial sin violencia sobre las personas o en delitos culposos, son susceptibles de ser considerados para la aplica-

⁶³ Cfr. artículos 235, fracción II del CPPCOA; 233, fracción segunda del CPPSLP, en el cual la parte final de la salvedad señala "...salvo el delito de daño en la cosa"; 241, fracción II, párrafo segundo del CPPS, y 267, fracción II del CPPV.

ción de los criterios de oportunidad, también demuestra que en su opinión, si el indiciado es inimputable al momento de realizar el resultado típico por haber establecido dolosa o imprudentemente la causa de dicho resultado,⁶⁴ la trascendencia del hecho persiste y por lo tanto, no puede proceder la aplicación del criterio de oportunidad.

Lo anterior permite afirmar que, independientemente de los criterios que cada estado haya empleado para realizar el catálogo de delitos sobre los cuales es posible aplicar el criterio de oportunidad, ciertamente se observa una clara intención de otorgar certeza jurídica a quienes en última instancia aplicarán los criterios de oportunidad —Ministerio Público—, y sobre quienes se encuentran implicados en el hecho, ya sea como víctimas u ofendidos o como indiciados.

Ello adquiere especial relevancia porque el establecimiento en concreto de los delitos respecto de los cuales es procedente aplicar el criterio de oportunidad, permite otorgar un trato equitativo entre los indiciados que se encuentren en la misma situación.

Si bien no se puede perder de vista que la autorización para llevar a cabo la aplicación de los criterios de oportunidad es una *facultad dispositiva* que se otorga al Ministerio Público mas no una obligación,⁶⁵ lo cual se corrobora a partir de la propia redacción de los diversos preceptos que de forma genérica señalan que “el Ministerio Público *podrá* prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguno o varios hechos o a alguna de las personas que participaron en su realización...”,⁶⁶

⁶⁴ Roxin, Claus, *Parte general*, *cit.*, p. 850.

⁶⁵ Véase en amplio sentido Gallardo Rosado, Maydelí, *El nuevo rostro de la justicia penal en México. Principio de Oportunidad. Una realidad a enfrentar*, México, Porrúa, 2011, pp. 42-44.

⁶⁶ *Cfr.* artículos 79, segundo párrafo del CPPBC; 99 del CPPCA, el cual hace referencia al término “limitarla a alguna o varias *infracciones*”; 175 del CPPCHIS, el cual únicamente refiere “podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal...”; 83, párrafo segundo del CPPCH; 235 del CPPCOA, el cual hace referencia a “... *hechos delictivos*...”; 94, párrafo segundo del

también es cierto que la delimitación de los delitos respecto a los cuales es procedente aplicar el criterio de oportunidad, permite a los indiciados ser sujetos a un trato más equitativo, ya que todos aquellos que se encuentren en la misma circunstancia, serán potencialmente candidatos de la aplicación del criterio, y será entonces el Ministerio Público el que deberá de forma mucho más transparente y con base en argumentos sólidos y objetivos, demostrar a los interesados, por qué en cierto caso, aun reuniéndose los requisitos establecidos por el criterio de oportunidad, no decide aplicarlo.

Ello sin duda, reduce en gran medida el riesgo de arbitrariedades por parte del Ministerio Público.

B. Por la colaboración del imputado en la investigación de determinados delitos

Otro criterio de oportunidad que aparece con regularidad en los diversos códigos procesales penales es, en términos generales, el referente a aquellos casos en que se trate de:

Delitos calificados como graves y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que

CPPD; 110, párrafo segundo del CPPEM, el cual utiliza el término "... hechos delictivos..."; 129 BIS del CPPG, el cual hace referencia a "... prescindir, total o parcialmente de la acción penal"; 218 del CPPH; 87 del CPPM; 88, párrafo segundo del CPPMO; 94, párrafo segundo del CPPNL; 196, párrafo segundo del CPPO; 150, párrafo segundo del CPPP, el cual señala "... podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal, de uno o varios de los hechos imputados como delito, con respecto a uno o algunos de los partícipes o que ésta se limite a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles..."; 215, párrafo segundo del CPPQR; 233 del CPPSLP, el cual hace referencia a "... hechos delictivos..."; 241, párrafo segundo del CPPS, el cual hace referencia a "alguno o varios hechos delictivos"; 156, punto 1 del CPPSO, el cual especifica "podrá prescindir, de oficio o a petición de parte, total o parcialmente, de la persecución penal, limitarla a alguna o varias infracciones..."; 97 del CPPTB, el cual señala "... limitarla a alguno o varios hechos que la ley señala como delito..."; 92, punto 2 del CPPTM; 267 del CPPV, el cual señala "... hechos delictivos..."; y 90 del CPPZ, el cual utiliza el término "infracciones".

continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la acción penal de la cual se prescinde total o parcialmente resulte considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita.⁶⁷

En otros casos, el criterio se enfoca a aquellos casos en que se trate de “actividad de organizaciones criminales”⁶⁸ u “organizaciones delictivas”⁶⁹ y también hay legislaciones que prevén los dos supuestos.⁷⁰

⁶⁷ Cfr. artículo 79, fracción II del CPPBC, el cual hace referencia a “se trate de delitos calificados como graves o que afecten a un número significativos de personas, que sean de investigación compleja”; 110, fracción II del CPPEM, el cual establece: “Cuando el imputado haya realizado una conducta cuando estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho delictuoso o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave”; 94, fracción II del CPPNL; 241, fracción IV del CPPS, y 156, punto 1, inciso d del CPPSO.

⁶⁸ Cfr. artículo 83, fracción II del CPPCH. En este caso el precepto es más preciso y establece “... delitos que afecten seriamente bienes jurídicos fundamentales o de investigación compleja...”, así como “... o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados que tengan funciones de dirección o administración dentro de las organizaciones criminales...”. En este sentido, artículo 94, Fracción V del CPPTX. El artículo 110, fracción VII del CPPEM, establece “cuando exista colaboración del inculpado para evitar la consumación de delitos graves o lograr la desarticulación de organizaciones criminales”. Los artículos 88, fracción II del CPPMO y 92, punto 2, inciso b del CPPTM, también hacen uso de esta fórmula.

⁶⁹ Cfr. artículo 218 del CPPH, el cual señala: “Se trate de alguno de los delitos previstos en el Artículo 271 (Procedencia oficiosa de la prisión preventiva) de este Código y el imputado colabore eficazmente con su investigación y persecución... o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados que tengan funciones de dirección o administración dentro de las organizaciones delictivas...”.

⁷⁰ Cfr. artículos 99 del CPPCA, el cual señala en su fracción: “se trate de asuntos de delitos graves y el imputado colabore eficazmente con la investigación...” y en su fracción VII establece “El imputado pueda colaborar con el Ministerio Público Federal para esclarecer hechos relacionados con delincuen-

Sobre estos criterios de oportunidad, resulta oportuno realizar varias observaciones.

Primero, es necesario hacer mención a la primera hipótesis señalada en líneas anteriores, es decir, sobre la que establece la aplicación del criterio de oportunidad tratándose de delitos graves o que afecten a un número significativo de personas, que sean de investigación compleja y el imputado colabore eficazmente con

cia organizada y el Ministerio Público del Estado considere conveniente dicha información respecto a los hechos que se investigan y atribuyen en el Estado”; 87 del CPPM, el cual establece en su fracción V “se trate de ilícitos que afecten seriamente bienes jurídicos fundamentales...” y en su fracción VII establece “el imputado colaborar con el Ministerio Público Federal para esclarecer hechos relacionados con delincuencia organizada y el Ministerio Público del Estado considere conveniente dicha información respecto a los hechos que se investigan y atribuyen en el Estado”. En este sentido el artículo 97 del CPPTB, el cual señala en su Fracción VIII “el imputado sujeto a investigación del Ministerio Público Federal, pueda colaborar...”. Sobre esta legislación resulta oportuno señalar que en la Fracción VI de este mismo artículo, se establece una restricción a la aplicación del criterio de oportunidad en cuanto a la hipótesis de “colaboración eficaz con la investigación del hecho que se averigua...” al establecer “no podrá aplicarse este criterio de oportunidad tratándose de los delitos de homicidio calificado, secuestro, violación, tráfico de menores, corrupción de menores e incapaces, prostitución de menores, trata de personas, terrorismo y tortura, calificados como graves en el Código Penal para el estado de Tabasco, salvo que permita preservar la vida o la libertad de la víctima”. Otra restricción que también puede observarse en este sentido es en el artículo 129 Bis, Fracción III del CPPG, el cual establece “Cuando el inculcado colabore eficazmente con la colaboración del hecho... No podrá aplicarse este criterio de oportunidad tratándose de los delitos de homicidio calificado, feminicidio, secuestro, violación, tráfico de menores, corrupción de menores e incapaces, prostitución de menores, trata de personas, terrorismo y tortura, calificados como graves en el Código Penal del Estado de Guanajuato, salvo que permita preservar la vida o la libertad de la víctima”. El artículo 216, Fracción V del CPPY, establece en la misma hipótesis “se trate de asuntos graves y el imputado colabore eficazmente con la investigación... o proporcione información útil para lograr la desarticulación de organizaciones criminales...”, y en su fracción VII señala “El imputado pueda colaborar con el Ministerio Público federal para esclarecer hechos relacionados con delincuencia organizada y el Ministerio Público del Estado considere conveniente dicha información respecto a los hechos que se investigan y atribuyen en el Estado”.

la misma, brindando información esencial que impacte de forma determinante dicha investigación o aporte información que permita probar la participación de otros imputados, siempre que el hecho cometido por el indiciado sea considerablemente más leve que los otros.

En este caso, podemos decir que la determinación sobre la gravedad del delito es algo sencillo, al ser únicamente necesario consultar el código penal del estado para encontrar referencia a dicha información, ya sea porque el mismo establezca reglas aritméticas para su determinación según las penas que correspondan a cada delito, o porque el mismo señale un catálogo de delitos definidos como graves.

En cuanto al hecho de que los delitos “afecten a un número significativo de personas”, es necesario decir que la relevancia del hecho se adquiere por el número de personas a las que impacta, mas no a la determinación que como delito grave haga el código penal del estado de que se trate, esto es, dichos delitos pueden ser conductas previstas como no graves. Lo importante aquí es determinar a cuántas personas deberá afectar la comisión del delito para que se considere como un número “significativo”.

En cuanto al punto sobre la “complejidad de la investigación” difícilmente se puede establecer *a priori* cuando una investigación tendrá dicho carácter. Esto es así porque si bien hay casos en los que podemos presumir que por las características o circunstancias del hecho, tomará más tiempo realizar diligencias que permitan determinar la probable culpabilidad del sujeto, ya sea porque el mismo tomó medidas para evitar ser descubierto o por la misma naturaleza de los hechos o circunstancias que se pretenden probar —por ejemplo, en el caso en que se comete un homicidio y a pesar de contar con la declaración de algunos testigos que afirmen haber visto al sujeto responsable en el lugar de los hechos, el mismo ha previsto y realizado una serie de actos que le permitan “demostrar” que él nunca estuvo ahí, y por lo tanto el Ministerio Público deba recurrir a otras instancias que le permitan obtener registros telefónicos, bancarios, etcétera—, también

hay casos en que aparentemente los hechos son muy claros, pero terminarán siendo de investigación compleja por falta de pruebas —por ejemplo, en aquellos casos en que un sujeto ofrezca a un familiar realizar la venta de algún objeto mueble del cual se carezca de factura o documento que acredite la propiedad, sin que se haya emitido un recibo por dicha entrega, objeto que finalmente no regresa a su dueño ni como objeto ni como dinero derivado de su venta—.

Como se puede observar, no en pocas ocasiones un hecho puede ser aparentemente obvio, pero si no se cuenta con los suficientes medios de prueba que lo acrediten, su resolución será tan compleja como un delito cuya realización haya sido más elaborada.

Por lo tanto, determinar la complejidad de la investigación también es algo difícil de realizar.

Ahora bien, en cuanto al hecho de que el imputado brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos, o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, pone de manifiesto que estos delitos graves o delitos cometidos sobre un número significativo de personas —sean delitos graves o no, que son de “investigación compleja”—, deberán haber sido realizados por *varios* individuos —por lo menos dos personas—, de los cuales algunos o varios, siguen realizando la conducta delictiva por la cual también se investiga al indiciado —por ejemplo, mantienen cautiva a una persona que ha sido víctima de un secuestro—. En cuanto a este punto, los preceptos utilizan la expresión “evitar que se continúe el delito”.

Con la expresión “evitar que se perpetren otros”, se hace referencia a dos posibles hipótesis.

Por una parte, que este grupo de personas realizan alguna actividad delictiva de forma habitual —por ejemplo, extorsionan comerciantes continuamente—, y por otra, que el grupo de personas planearon cometer un delito que requerirá de diversas eta-

pas para obtener resultados —por ejemplo, se desea cometer un fraude y para ello, es necesario lograr un acercamiento con ciertas personas, ganarse su confianza y obtener acceso a determinada información para finalmente obtener lo que se desea—.

En cuanto a la expresión “ayude a esclarecer el hecho investigado”, parece derivarse un nuevo cuestionamiento.

Por una parte, es posible pensar que si bien el *hecho* investigado atañe evidentemente de forma directa al indiciado —contrario en lo que sucede en las hipótesis precedentes—, el mismo no necesariamente debió haber sido realizado por un grupo de personas, ya que el hecho es concreto y el sujeto de la investigación también.

Esta apreciación también sucede respecto a la expresión “ayude a esclarecer... otros conexos”, ya que una sola persona puede realizar diversos delitos que se encuentran relacionados entre sí, y derivado de la investigación que sobre uno de esos delitos se realice, el indiciado aporte información que permita esclarecer algún otro o todos los demás.

Si bien derivado del tenor literal, ambas percepciones parecen tener una línea bien definida, lo cierto es que en algunos casos, la parte final del precepto pone en duda dichas afirmaciones.

Esto es así porque al finalizar los preceptos encontramos de forma más o menos generalizada, la expresión referente al hecho de que la participación del indiciado sea menos grave que la de los demás imputados o los hechos cometidos resulten considerablemente más leves que los hechos punibles cuya persecución facilitan o cuya continuación evitan.

Si el imputado ayuda a esclarecer el hecho investigado u otros conexos, y su participación es *menos grave que la de los demás imputados*, es claro que en el hecho delictivo participan varias personas.

Ahora bien, si el imputado ayuda a esclarecer el hecho investigado u otros conexos en los que únicamente él participó, y el hecho cometido resulta considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita —por ejemplo, una persona que ha defraudado a distintos sujetos, a unos por cantidades mo-

deradas y a otros por grandes cantidades, dinero que va a parar a sus mismas cuentas bancarias, y el mismo es investigado por uno de esos fraudes menores y derivado de su colaboración se facilita la investigación de los demás hechos—, o el hecho cometido resulta considerablemente más leve que los hechos punibles cuya continuación evita —por ejemplo, cuando ese mismo defraudador ha tenido que realizar acciones consecutivas para obtener la información que le permitirá en última instancia obtener el dinero—, no es necesario que se requiera la participación de más personas en la realización del hecho cuya persecución se pueda prescindir.

Si bien esta situación en la cual el indiciado ha participado de forma aislada en la comisión de diversos hechos relacionados entre sí, puede parecer algo poco común, lo cierto es que debe tenerse en cuenta que la previsión de la hipótesis en los términos referidos con anterioridad, sí permite llevar a cabo la aplicación del criterio de oportunidad sobre una misma persona que se encuentra relacionada con diversos hechos que se investigan.

En cuanto a la expresión “proporcione información útil para probar la participación de otros imputados” es claro que el delito debió haber sido realizado por varias personas.

Ahora bien, respecto a la hipótesis que algunos estados plantean sobre la aplicación del criterio de oportunidad en aquellos casos en que se trate de:

Actividades de organizaciones criminales,⁷¹ de delitos que afecten seriamente bienes jurídicos fundamentales o de investigación compleja, y el imputado colabore eficazmente con la misma, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados que tengan funciones de dirección o administración den-

⁷¹ Sobre los conceptos de “organización criminal” y “organización delictiva”, véase en amplio sentido, pie de página núm. 249 en Gallardo Rosado, Maydelí, *Principio de Oportunidad*, cit., pp. 63 y 64.

tro de las organizaciones criminales, y siempre que los hechos que motivan la acción penal de la cual se prescindan, resulten considerablemente más leves que aquellos cuya persecución facilita o cuya continuación evita.

No parecen plantearse los cuestionamientos señalados en líneas precedentes respecto a la necesidad o no de intervención de terceras personas en los hechos delictivos.

En este caso, el precepto claramente deja ver al señalar “actividades de organizaciones criminales”, que en la realización de los hechos delictivos que dan lugar a la investigación participan varias personas.

Ahora bien, si como sucede con el CPPEM, el precepto señala “cuando exista colaboración del inculcado para evitar la consumación de delitos graves o lograr la desarticulación de organizaciones criminales”, es necesario hacer referencia a dos cuestiones.

Sobre la “colaboración del imputado para evitar la consumación de delitos graves”, parece necesario realizar el cuestionamiento respecto a si en este caso, la consumación de delitos graves requiere la participación de varias personas o no.

Resulta difícil pensar en un delito no consumado, en el que participe únicamente el indiciado, y sobre el cual pueda aportar información al Ministerio Público para evitar su consumación.

Si se trata de un delito en vías de ser consumado, cuyo único autor es el indiciado, y el mismo está siendo investigado por hechos diversos, difícilmente hará referencia a alguna información relacionada con ese delito no consumado, ya que ello implicaría incriminarse gratuitamente, lo cual desde luego, es algo que no hará.

En virtud de lo anterior, considero que en este caso, sí es necesaria la intervención de varias personas en el proceso para llevar a cabo la consumación de los delitos graves de que se trate, ya que aquí sí es posible la colaboración del indiciado para evitar por parte de otras personas, la consumación de delitos graves.

En cuanto a la colaboración del indiciado para “lograr la desarticulación de organizaciones criminales”, es claro que se hace referencia a desarticular la actividad de un grupo de personas.

También encontramos casos en que los preceptos no sólo establecen restricciones de aplicación del criterio de oportunidad cuando se trate de determinados delitos, también hay casos como en el CPPM o el CPPTB, en los cuales se hace una clara distinción entre supuestos, ya que por una parte encontramos la referencia a la hipótesis de colaboración del indiciado tratándose de ilícitos que afecten seriamente bienes jurídicos o de colaboración eficaz con la investigación del hecho, y por otra vemos que se hace referencia a la aplicación del criterio de oportunidad cuando exista colaboración por parte del indiciado con el Ministerio Público Federal, para esclarecer hechos relacionados con delincuencia organizada, siempre que el Ministerio Público considere conveniente esta información respecto a los hechos que se investigan y atribuyen en el Estado.

Considero que si efectivamente el legislador desea hacer uso de criterios de oportunidad respecto a las personas que colaboran con la investigación de hechos relacionados con delincuencia organizada, esta es una de las mejores fórmulas, por las siguientes razones.

Primero, porque en dicho precepto se observa mayor técnica legislativa, ya que efectivamente, los hechos relacionados con delincuencia organizada son de naturaleza federal, es decir, compete su investigación a la Procuraduría General de la República.

En segundo lugar, resulta interesante la postura que presenta el legislador local, ya que únicamente autoriza la aplicación del criterio de oportunidad cuando la colaboración del imputado resulte *conveniente* respecto a los hechos que al mismo se le atribuyan en el estado. Esto es, deberá existir necesaria relación entre los hechos que se investigan respecto a la misma persona tanto en el fuero federal como en el local, lo cual significa que el indiciado deberá estar sujeto a dos investigaciones *simultáneas*, es decir, por delitos conexos.⁷²

⁷² El término “Delitos Conexos” es ajeno a la clasificación que sobre los delitos realiza la doctrina penal, esta expresión hace referencia a la idea procesal

Ello resulta relevante ya que no se hace referencia a la colaboración del indiciado de forma genérica, en este caso es muy claro a qué tipo de colaboración se hace y frente a quién.

De esta forma, el legislador estatal no renuncia a la persecución penal en aras de un fin amplio o genérico como se aprecia en otros códigos procesales penales, sino que renuncia a la persecución penal de un hecho, considerado de menor trascendencia por ser su persecución de naturaleza estatal, cuando el mismo indiciado puede auxiliar al Ministerio Público Federal con la investigación de hechos relacionados con delincuencia organizada, que si bien deben encontrarse relacionados entre sí, la resolución de estos últimos es de mayor trascendencia —competencia federal—, y por ende de mayor interés tanto para el estado como para la federación, por ser de alto impacto.

En este caso, se hace patente el interés estatal por colaborar con el sistema de justicia penal federal, ya que si el Ministerio Público Federal puede obtener información relevante en la investigación de hechos relacionados con delincuencia organizada, es probable que pueda lograrse la captura y condena de las personas involucradas en dicha organización, lo cual significa que una posible fuente proveedora o motivadora de múltiples hechos delictivos de gran relevancia, dejarán de tener presencia y por ende, posiblemente se logre reducir la comisión de hechos de menor relevancia como aquellos que dan lugar a la aplicación del criterio de oportunidad en estos supuestos.

Vale la pena señalar que si bien encontramos tres legislaciones que hacen referencia a la aplicación del criterio de oportunidad con base en esta fórmula, el CPPCA y el CPPTB señalan que “el imputado *pueda colaborar* con el Ministerio Público Federal...”, mientras que el CPPM establece que “el imputado *colaborare* con el Ministerio Público Federal...”.

de interrelación de acciones y efectos delictivos. Díaz de León, Marco Antonio, *Código Federal de Procedimientos Penales Comentado*, 8a. ed., México, Porrúa, 2007, p. 876.

Esta distinción sin duda tiene gran relevancia ya que terminológicamente hablando, no es lo mismo decir “pueda colaborar” a “colaborare”, ya que en la primera se hace referencia a una posibilidad, y en la segunda se habla de un hecho efectivamente realizado.

Si decimos que el criterio de oportunidad puede ser aplicado cuando el indiciado “pueda colaborar”, hacemos referencia a que exista una posibilidad de que el indiciado colabore con el Ministerio Público Federal, mas ello no significa que efectivamente lo vaya a hacer; o que la información que aporte sea realmente relevante.

En este caso, podría prescindirse la persecución penal con base en un criterio riesgoso, basada en una probabilidad que no necesariamente tendrá resultados fructificantes.

Por otra parte, si el precepto hace uso de la expresión “el imputado *colaborare* con el Ministerio Público Federal”, se está haciendo referencia a un hecho concreto y comprobado, es decir, se puede determinar objetivamente la efectividad de la información proporcionada a través de la colaboración.

Ello permite analizar con amplia perspectiva y decidir con certeza y fundamento, si prescindir de la persecución penal en un caso específico, es lo oportuno o no.

Esta última expresión es la más conveniente para ser empleada si se desea implementar el criterio de oportunidad con base en dicho argumento.

Considero que es muy necesario observar una adecuada estructuración en la elaboración de este tipo de supuestos, ya que ello permite al Ministerio Público ubicar con mayor claridad los casos en que podrá aplicar el criterio de oportunidad tratándose de colaboración del indiciado con la investigación de determinados hechos.

Cuando derivado de la redacción del precepto surgen, como se ha visto, diversas interrogantes sobre la forma en que el mismo puede interpretarse, dificultando su entendimiento y por ello se corre el riesgo de no lograr una adecuada aplicación del criterio,

pierde sentido la intención del legislador estatal de participar de alguna forma, en la solución de conflictos que si bien son de persecución federal, tienen consecuencias graves en el ámbito local a lo largo de toda la República Mexicana.

De esta forma se hace patente la importancia y trascendencia de llevar a cabo una adecuada comunicación y colaboración entre los distintos fueros.

Por ello es que establecer requisitos y limitaciones a la aplicación del criterio de oportunidad cuando se pretenda hacer frente a las actividades que se encuentran relacionadas con delincuencia organizada, es de suma importancia, ya que ello repercutirá directamente en la efectividad de la medida.

Finalmente, vemos casos como en el CPPP, en el cual se autoriza la aplicación del criterio de oportunidad cuando el indiciado “haya realizado una conducta a su alcance tendiente a impedir la ejecución del hecho delictuoso o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave”.

En este caso se observa un criterio de oportunidad de aplicación muy reducida, ya que únicamente establece dos supuestos en los que el mismo podrá aplicarse.

Por una parte, establece la necesidad de que el indiciado haya realizado una conducta tendiente a impedir la ejecución del hecho, lo cual permite establecer, que en la comisión del hecho delictuoso, deben intervenir diversas personas.

Por otra parte, el criterio podrá aplicarse cuando el indiciado haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave. Esto es, será necesario que la información que proporcione, sea de tal trascendencia que efectivamente, pueda determinarse objetivamente la responsabilidad penal de los demás imputados; sin embargo, no se requiere que exista relación entre los hechos que motivan la indagatoria, ya que el propio precepto señala “en el mismo hecho” o “en otro más grave”, es decir, el indiciado podrá ser sujeto de la aplicación del criterio de oportunidad cuando

haga referencia a los hechos cometidos por *otros*, aunque dichos hechos nada tengan que ver con él o con los hechos por los cuales a él se le investiga.

En este caso, — a diferencia de lo que sucede en los casos en que el precepto señala la necesaria relación entre el hecho por el cual se prescinde la persecución penal en materia estatal con la colaboración del indiciado con el Ministerio Público Federal—, no se observa una verdadera relación de conveniencia para el estado con el establecimiento de este precepto.

Es decir, el precepto señala que mientras el indiciado haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho, él podrá ser sujeto de la aplicación del criterio de oportunidad, mas nada señala respecto a si la participación de indiciado es más grave, igual o menor a la de los demás indiciados, lo cual resulta relevante ya que sería contraproducente que si el indiciado tiene un mayor grado de responsabilidad en la ejecución del hecho delictivo, por el simple hecho de proporcionar información sobre la responsabilidad de otros que desde luego puede ser menor a la de él mismo, sea sujeto a la aplicación del criterio de oportunidad.

Es contrario a todo sentido prescindir del ejercicio de la acción penal respecto de una participación más grave, por el simple hecho de poder determinar una participación menor.

La misma cuestión surge respecto a la participación de los diversos imputados, cuando la misma se encuentra en igualdad de circunstancias, ya que la interrogante aquí se dirige a establecer si resulta equitativo prescindir del ejercicio de la acción penal respecto de una participación tan trascendente como la que se ha descubierto.

Si un indiciado contribuye al esclarecimiento de la participación de otro indiciado, y este a su vez contribuye al esclarecimiento de la participación de otro, la contribución podría terminar siendo una cadena que no terminaría hasta llegar al indiciado que ya no tenga a quién más esclarecerle su participación en el hecho delictuoso.

En estos casos, el precepto no establece si varios indiciados que colaboren en el esclarecimiento de la participación de otros indiciados pueden ser simultáneamente sujetos a la aplicación del criterio de oportunidad.

Derivado de la propia redacción del precepto, nada parece indicar que ello estuviera prohibido, ya que cada indiciado puede por su parte “contribuir decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros”.

Siendo así, parece que el criterio de oportunidad en este caso, podría convertirse en un instrumento de impunidad, ya que si bien los criterios de oportunidad son una facultad del Ministerio Público, no son una obligación,⁷³ en el caso que nos ocupa, todos los indiciados son candidatos a recibir la aplicación del criterio, es decir, si el Ministerio Público decide aplicarlos a varios de ellos, nada permite oponerse a dicha decisión, por más que la participación de ellos haya sido grave y a la opinión pública parezca que no debe ser así.

Tampoco queda claro qué sucede en los casos en que existan dos imputados y cada uno contribuya a esclarecer la participación del otro. Si el Ministerio Público decide llevar a cabo la aplicación del criterio de oportunidad, el precepto no brinda lineamientos sobre a cuál de los dos se deberá aplicar.

Considero que en este caso y derivado nuevamente de la propia redacción del precepto, el Ministerio Público puede aplicarlo a los dos, a uno sólo o a ninguno.

En estos casos, adoptando una postura en la cual se justifique el prescindir de la persecución penal de un hecho menor por un hecho mayor, el Ministerio Público podría considerar varias cuestiones.

Por una parte, analizar cuál de los imputados tiene una menor participación en los hechos. Si varios tuvieran un mismo grado de responsabilidad, el que aportase mayor y mejor información para llevar a cabo el esclarecimiento de los hechos.

⁷³ Véase, en amplio sentido, Gallardo Rosado, Maydelí, *Principio de oportunidad*, cit., pp. 42-44.

Hablar de un criterio basado en la “temporalidad” resulta complicado, ya que si bien el primero en aportar información puede ser sujeto a la aplicación del criterio tomando como base su “disposición” de colaboración, no necesariamente la información que brinde el primero de ellos será la de mayor utilidad. Por ello resulta conveniente privilegiar calidad de la información sobre momento de aportación de la información.

Como se puede observar, las diferentes legislaturas utilizan en la mayoría de los casos términos que no en pocas ocasiones, generan cuestionamientos sobre su interpretación y aplicación.

Resulta muy importante que si el legislador desea implementar estas hipótesis como criterios de oportunidad, debe hacerlo de forma muy precisa, evitando utilizar términos que puedan confundir al Ministerio Público al momento de decidir si es conveniente o no hacer uso de los criterios de oportunidad, tal como sucede al establecer “posibilidades” no comprobadas como fundamento del criterio de oportunidad.

Los criterios de oportunidad no pueden generar incertidumbres que se terminen traduciendo en instrumentos de impunidad.

C. Por las repercusiones sufridas por el indiciado como consecuencia del hecho delictivo

Otro criterio de oportunidad previsto por varios códigos procesales penales es el referente a aquellos casos en que “el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o psicológico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena”.⁷⁴

En algunos casos, además de establecer dicho supuesto, se prevé dentro de la misma hipótesis “... o cuando en ocasión de

⁷⁴ Cfr. artículos 79, fracción III del CPPBC; 94, fracción II del CPPD; 218, fracción III del CPPH, y 245, fracción III de la Iniciativa del Ejecutivo Federal, con proyecto de decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales. En dicho proyecto se hace referencia a que “el imputado tenga una *enfermedad terminal* que sea consecuencia directa de la comisión del delito...”.

una infracción culposa haya sufrido un daño moral de difícil superación”.⁷⁵ En otros casos se hace una distinción más específica en cuanto a que la consecuencia directa del hecho “incapacite al indiciado para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias”, o se hace referencia al hecho de que como consecuencia de la comisión de un delito culposo, la aplicación de la sanción resulte *desproporcionada* o *inhumana*.⁷⁶ En ciertos casos al hacer mención sobre esta hipótesis, también se hace referencia al *precario estado de salud* que pueda tener el indiciado por lo cual fuere innecesario o irracional la aplicación de una pena,⁷⁷ y en otras ocasiones inclusive, se adiciona a esta hipótesis la referencia al estado senil⁷⁸ del indiciado.

⁷⁵ Cfr. artículos 99, fracción III del CPPCA; 235, fracción III del CPPCOA; 129 Bis, fracción II del CPPG; 87, fracción III del CPPM; 88, fracción III del CPPMO; 94, fracción III del CPPNL; 196, fracción II del CPPO; 215, fracción II del CPPQR; 241, fracción III del CPPS; 97, fracción III del CPPTB; 92, punto 2, inciso C del CPPTM; 267, fracción III del CPPV; 216, fracción III del CPPY, y 90, fracción II del CPPZ.

⁷⁶ Cfr. Artículo 110 del CPPEM, el cual hace referencia a estas dos situaciones en su fracción III al señalar: “cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o psíquico, grave o irreparable que le incapacite para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias o cuando tratándose de un delito culposo haya sufrido un daño de carácter moral o difícil superación”, y en su fracción VIII al establecer: “cuando el inculgado haya sufrido, por su conducta culposa, daño grave que haga desproporcionada o inhumana la aplicación de la sanción”; 150, fracción III del CPPP, y 94, fracción II del CPPTX.

⁷⁷ Cfr. artículos 129 Bis, segunda parte de la fracción IV del CPPG; 110, fracción XIII del CPPEM, el cual en su primera parte señala “cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad incurable, en estado terminal, según dictamen pericial...”; 50, primera parte de la fracción VI del CPPP, el cual establece “Si el afectado se encuentra afectado por una enfermedad incurable, en estado terminal, según dictamen pericial...”; 233, fracción III del CPPSLP, el cual establece “El imputado haya sufrido, consecuencias graves en su persona o tenga un *precario estado de salud*, de modo que fuere notoriamente innecesario o irracional la aplicación de una pena”; 94, fracción IV del CPPTX y 216, fracción VIII del CPPY.

⁷⁸ Cfr. artículo 156, punto 1, inciso b del CPPSO, el cual señala: “Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias físicas graves e irreparables en

Como se puede observar, esta es una hipótesis que se encuentra prevista por todos los códigos procesales penales que ya han sido modificados con motivo de la reforma constitucional de 2008.

Sin embargo, también es posible observar que en algunos casos, la previsión que se hace del supuesto es más precisa que en otras.

Si se hace referencia a la primera hipótesis señalada en líneas precedentes, esto es, sobre la que refiere que el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o psicológico grave, que torne desproporcionada la aplicación de una pena, surge un primer cuestionamiento.

Si bien el común denominador de las personas pueden decir qué es un daño físico grave, ya que el mismo puede ser percibido por los sentidos y derivado de nuestro propio funcionamiento corporal, sabemos qué clase de daño puede afectarnos gravemente, lo cierto es que determinar el daño psicológico grave no parece ser tan sencillo.

Esto es, si el indiciado participa en la comisión de un hecho delictivo, surge la pregunta sobre ¿qué clase de vivencia tuvo que haber recibido para que derivado de la comisión del ilícito —que él mismo cometió—, le resultara un daño psicológico grave?

Ello se torna más difícil si tenemos en cuenta que no todas las personas viven los eventos de la misma manera. Para el Ministerio Público, resultará complicado determinar de forma objetiva, el daño psicológico derivado del hecho delictuoso, ya que si bien él puede dar su opinión sobre lo que considera a su parecer o según su propia experiencia como tal, lo cierto es que si su resolución pretende estar fundamentada en una base sólida, el Ministerio Público necesariamente requerirá de la intervención de otros especialistas que puedan determinar si en el caso, se puede hablar de un “se-

su persona o por su *senilidad* o por su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, lo cual se resolverá motivando la resolución. En los casos de senilidad o precario estado de salud, la aplicación del criterio de oportunidad se apoyará en dictámenes de peritos”.

vero daño psicológico” derivado posiblemente de un fuerte grado de culpa o remordimiento, o incluso de un trauma emocional de magnitudes muy severas.

Ahora bien, esta primera hipótesis hace referencia a que el daño físico o psicológico “torne *desproporcionada* la aplicación de una pena”.

Ello adquiere relevancia ya que si tenemos presente que la pena, junto con las medidas de seguridad, son las consecuencias jurídicas del delito en el derecho penal moderno,⁷⁹ y el *principio de proporcionalidad* como límite del *ius puniendi*, hace referencia a que la gravedad del hecho delictivo cometido o de la peligrosidad del sujeto, deberá corresponder la gravedad de la pena o de la medida de seguridad, respectivamente,⁸⁰ entonces resulta difícil pensar que por el hecho de que el indiciado haya sufrido un daño, el cual es consecuencia directa de su actuar, pueda haber “desproporcionalidad” en la aplicación de una pena, ya que finalmente, el hecho ilícito ha sido cometido y por ello, resulta aplicable — en su debida proporción — la pena que corresponda.

Es importante señalar que en esta primera hipótesis, el precepto no distingue si el hecho delictivo debe ser doloso o culposo, o si el mismo es grave o no. Por lo tanto, podría llegarse a pensar que si el indiciado ha cometido un hecho delictivo de naturaleza *dolosa* y el mismo es grave, deberá aplicarse una consecuencia jurídica, es decir, una pena, ya que si el mismo en su afán por realizar la conducta delictiva, no previó las consecuencias que sobre sí podrían recaer, ello no es algo que debiera ser resuelto en última instancia por el derecho penal.

Se hace referencia en este caso a la comisión de un delito “doloso”, ya que se observa una fuerte tendencia por parte del legislador en distinguir claramente cuando así lo desea, su aprobación para hacer uso del criterio de oportunidad tratándose de delitos

⁷⁹ Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general I. Introducción*, 6a ed., Madrid, Tecnos, 2004, p. 22.

⁸⁰ Morillas Cueva, Lorenzo, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley penal*, cit., p. 131.

“culposos”, los cuales como se ha visto en líneas precedentes, sí pueden tener —derivado de su falta de intencionalidad— serias repercusiones sobre el indiciado

Por ello, es importante señalar que si en términos técnicos, la *proporcionalidad de la pena* hace referencia a que la misma deberá corresponder a la gravedad del hecho, esto es, si el indiciado cometió una conducta delictiva, entonces la consecuencia jurídica natural que le corresponde será la pena, es decir, existe una relación directa hecho-pena, esto es, una relación puramente lógica entre ambos conceptos,⁸¹ por lo cual no parecería que hubiera un elemento que pudiera estar en medio de dicha relación.

Por otra parte, el término “desproporcionado, da” es definido por el DLE como “quitar la proporción de una cosa; sacarla de regla y medida”.

Como se puede observar, el significado literal del término no discrepa con el significado técnico del mismo, esto es, el que hace referencia al principio de proporcionalidad, ya que si bien el término literal tiene aplicación de forma general a “todo aquello a lo que se le pueda quitar la proporción de una cosa”, el principio de proporcionalidad en específico, hace referencia a que no se pueda quitar la proporción de la pena al hecho cometido.

Por ello, no resulta del todo apropiado utilizar en el precepto legal el término “desproporcionado” en relación con el término “aplicación de la pena”, ya que si la aplicación de la pena debe ser proporcional al hecho cometido, y en el caso en concreto este último se ha verificado, por derivación lógica la aplicación de la pena es una consecuencia que no puede ser desproporcionada.

Ahora bien, cuando el legislador utiliza la expresión “...o cuando en ocasión de una infracción culposa haya sufrido un daño moral de difícil superación”, el ámbito de análisis es más reducido, ya que si bien la determinación del daño moral de difícil superación puede requerir de intervención de especialistas en otras materias, lo cierto es que al señalar que dicha situación

⁸¹ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, Dykinson, 1988, p. 883.

derive de una situación culposa, brinda un mayor sentido de referencia a quienes en su caso, podrán llevar a cabo la aplicación del criterio de oportunidad, esto es, al Ministerio Público.

Ello es así porque el establecer que un hecho delictivo ha sido causado de forma culposa, es una situación que desde luego, podrá determinar el Ministerio Público, con ayuda de sus auxiliares y dependiendo del caso que se trate.

Esto permite establecer que el indiciado no tuvo la intención de realizar el hecho típico, por lo cual es entendible que este último haya causado en su ámbito psicológico un impacto que en muchos casos y derivado de las consecuencias que el hecho haya provocado tanto en sí mismo como en las demás personas involucradas, un daño moral de difícil superación.

Por otra parte, se observan también casos en que algunos códigos procesales penales, acotan aún más la aplicación del criterio de oportunidad, ya que establecen “cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o psíquico, grave o irreparable que le incapacite para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias”.

Como se puede observar, en este caso, es aún más preciso el precepto, ya que a diferencia de los anteriores, hace patente que el daño —físico o psicológico— debe haber incapacitado al indiciado para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias.

Aunado a esta situación de incapacidad, el precepto señala que dicha incapacidad debe provenir de un daño “grave” o “irreparable”.

El término *irreparable* no deja lugar a dudas sobre su significado, el cual el DLE define como “que no se puede reparar”, y el término reparar en su segunda acepción significa “enmendar, corregir o remediar”, esto es, un daño físico o psíquico irreparable es aquel que no se puede remediar, es decir, que permanece en el tiempo de forma irrevocable. Sin embargo, sobre el término “grave”, es necesario determinar si el mismo hace referencia a esa misma permanencia en el tiempo.

El DLE define la palabra “grave” en su segunda acepción, como “grande, de mucha entidad o importancia”.

Del significado de dicho término, no se desprende que exista una permanencia irrevocable en el tiempo, ya que el hecho de que algo sea de gran entidad o importancia, no significa que esa cualidad sea permanente.

Ahora bien, si se toma en consideración la parte final de dicha hipótesis, en la cual se establece la necesidad de que el daño “le incapacite para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias”, es claro que en relación con el daño *irreparable*, derivado del propio significado de dicho término, esa incapacidad será permanente.

Sin embargo, si tal como se ha visto, el término “grave” no especifica temporalidad, al hacerse referencia al hecho de que el daño *grave* le incapacite para el ejercicio de sus funciones ordinarias, no hace constar de forma patente que esa incapacidad tenga que ser de forma permanente o irreversible.

Las ocupaciones ordinarias que tiene una persona, efectivamente pueden verse afectadas en su ejercicio por la incapacidad que en un determinado momento, pueda estar padeciendo la persona.

Sin embargo, si la incapacidad es transitoria, el ejercicio de las funciones ordinarias únicamente se suspenderá momentáneamente, en lo que se recupera la capacidad para realizarlas.

Derivado de lo anterior y del propio significado de los términos, es posible concluir que cuando el legislador hace referencia a que el indiciado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o psíquico grave, que le incapacite para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias, dicha incapacidad no tiene que ser permanente para que el mismo pueda ser sujeto a la aplicación del criterio de oportunidad.

Por otra parte, el legislador también utiliza como hipótesis para autorizar la aplicación del criterio de oportunidad, la referente a aquellos casos en que el inculpado haya sufrido, por su *conducta culposa*, un “daño grave que haga desproporcionada o inhumana la aplicación de la sanción”.

Si bien ya se ha hecho referencia a las cuestiones que derivan del uso de términos como “desproporcionada aplicación de la

sanción”, también es importante establecer a qué se hace referencia cuando se habla de “inhumana aplicación de la sanción”.

El término “inhumano” según el DLE significa “falta de humanidad, cruel”. Esta definición presenta, sin duda alguna, una cuestión importante a ser analizada y que deriva de la presencia de los conceptos “humanidad” y “cruel”.

El término “humanidad” según el DLE significa en su quinta acepción “sensibilidad, compasión de las desgracias de nuestros semejantes”, por lo cual “falta de humanidad” significa “ausencia de compasión sobre la desgracia de nuestros semejantes”.

Si la desgracia sobre los semejantes es la *pena*, entonces la falta de humanidad en la aplicación de la sanción será la ausencia de compasión en la aplicación de la *pena* para nuestros semejantes.

Ahora bien, es importante tener presente que el *principio de humanidad de las penas* hace patente que existe una tendencia progresiva y generalizada desde hace ya algunos años, en disminuir el rigor de las penas, lo cual implica la desaparición de la pena de muerte y de las penas corporales, así como una disminución en la duración de las penas y de sus alcances, trayendo consigo la aparición de sustitutivos de la pena tradicional.⁸²

Este principio, hace patente que la concepción de la pena va tomando un sentido diferente y por ende, su rigor también va siendo percibido y plasmado de distinta manera. Esta tendencia pone de manifiesto que la pena otorgada a cada delito atiende a cuestiones más racionalizadas derivado de un análisis sobre su impacto y sus efectos, lo cual permite afirmar que al hablar de principio de humanidad de las penas, la concepción sobre la aplicación de las penas sobre nuestros semejantes no es ausente de compasión, por el contrario, a través de dicho principio se hace patente dicho sentir.

Esto pone de manifiesto que las penas no sólo deben ser proporcionales a la gravedad del hecho, sino que también su naturaleza atenderá a dicha gravedad.

⁸² Orts Berenguer, Enrique y González Cussac, José Luis, *Compendio de derecho penal. Parte general, cit.*, p. 66.

Por su parte, el término “cruel” significa según el DLE en su primera acepción “que se deleita en hacer sufrir o se complace en los padecimientos ajenos”, y en su segunda acepción significa “insufrible, excesivo”.

Como se ha mencionado en líneas anteriores, la pena es la consecuencia natural del delito, y la misma debe corresponder a la gravedad del mismo. Sin embargo, cuando se analiza la definición del término “cruel”, parece hacerse patente una concepción diferente, ya que si el mismo hace referencia al hecho de que la imposición de la pena se lleva a cabo con el propósito de deleitarse o hacer sufrir, más que una consecuencia objetiva de la pena parece un acto de índole absolutamente subjetivo.

Si bien sobre los fines de la pena se han desarrollado teorías absolutas y relativas, es decir, las referentes a la concepción de la pena como retribución de la culpabilidad y las referentes a la pena como instrumento de prevención del delito (prevención general positiva y negativa, y prevención especial),⁸³ lo cierto es que en la actualidad tienen más impacto doctrinal y pragmático las teorías relativas de la pena.⁸⁴

Por lo tanto, al hablar de que la aplicación de la pena es cruel por buscar deleitar con el sufrimiento del indiciado o por complacer con el padecimiento del mismo, es una cuestión que por mucho supera la razón de ser de la pena, ya que el primer fundamento de la pena es su necesidad social, es decir, la protección de bienes jurídicos⁸⁵ cuya salvaguarda es la primera misión del orden jurídico.⁸⁶

⁸³ Véase en amplio sentido Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general, I. El hecho punible*, Navarra, Thomson-Civitas, 2005, pp. 24 y ss.

⁸⁴ Gallardo Rosado, Maydelí *et al.*, *Fundamentos de derecho penal mexicano I*, *cit.*, p. 7.

⁸⁵ Cuello Contreras, Joaquín, *El derecho penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3a. ed., Madrid, Dykinson, 2002, p. 115.

⁸⁶ Gallardo Rosado, Maydelí *et al.*, *Fundamentos de derecho penal mexicano I*, *cit.*, p. 7.

De esta forma se hace patente que la relación entre el hecho y la pena tiene una proporción y un sentido claramente determinado.

Por lo anterior, considero que el hacer uso de los términos “desproporcionada” o “inhumana” no resultan del todo apropiados al hacer referencia a estas hipótesis, ya que dichos conceptos pueden resultar confusos con las concepciones técnicas en derecho penal a que cada uno de ellos se hace referencia.

Por otra parte, se encuentran hipótesis en las cuales se hace referencia a la aplicación del criterio de oportunidad en aquellos casos en que el inculpaado tenga un “precario estado de salud” o se encuentre en “estado senil”.

En estos casos, se habla de que la aplicación de la pena sea “innecesaria” o “irracional”, lo cual también genera cuestionamientos y observaciones a realizar.

Cuando algo es “innecesario” se hace referencia a que ello es “no necesario”. El término “necesario” según el DLE significa en su primera acepción “que forzosa o inevitablemente ha de suceder”, en su segunda acepción significa “dícese de lo que se hace y ejecuta obligado por otra cosa, como opuesto a voluntario y espontáneo, y también de las causas que obran sin libertad y por determinación de su naturaleza”, y en su tercera acepción significa “que es menester indispensablemente, o hace falta para un fin”.

En este caso, si se dice que la aplicación de la pena es innecesaria, se hace referencia a que la aplicación de la misma es no forzosa o a que inevitablemente ha de suceder, o que a la misma no se está obligada por otra cosa, o no es indispensable para otro fin.

Terminológicamente hablando, este concepto es congruente con el precepto que autoriza la aplicación del criterio de oportunidad, ya que pone de manifiesto que no obstante el indiciado sea potencialmente candidato para recibir la aplicación de una pena, lo cual sería consecuencia forzosa o inevitable de su actuar, por ciertas condiciones físicas del mismo, no se considera que la aplicación de la pena sea indispensable para alcanzar un fin.

Considero que en este caso se hace referencia al fin que se busca a través de la prevención especial,⁸⁷ ya que si bien el indiciado ha realizado un hecho considerado como delictivo, se considera que por su estado de salud físico o mental, el mismo difícilmente realizará futuros delitos.

Es importante señalar que a través del propio significado del precepto, no se desconoce la consecuencia natural de su actuar, lo que se hace patente es que la aplicación de esa consecuencia no se considera indispensable para alcanzar otro fin.

Por su parte, el término “irracional” significa “que carece de razón” o que es “opuesto a la razón o que va fuera de ella” y “razón” significa en su cuarta acepción “argumento o demostración que se aduce en apoyo de alguna cosa” y en su quinta acepción significa “motivo o causa”.

Si se dice que la aplicación de la pena es irracional, entonces se hace referencia a que la aplicación de la pena carece de razón, es decir, que carece de argumento, motivo o causa.

Ello remite a las observaciones realizadas previamente sobre la utilización del término “desproporcionado” en relación con la aplicación de la pena, ya que si la misma es una consecuencia natural del delito, no se concibe entonces que la misma pueda carecer de argumento o motivo, es decir, que sea irracional.

Al respecto es oportuno señalar que el CPPSO hace una distinción más precisa al establecer que la imposición de una “pena privativa o restrictiva de libertad”, sea innecesaria.

Esto pone de manifiesto que la aplicación del criterio de oportunidad no podrá verificarse cuando a pesar de tener el indiciado un precario estado de salud o encontrarse en estado senil, la pena prevista para el delito de que se trate, no sea privativa o restrictiva de libertad.

Ello resulta interesante ya que si bien en los códigos procesales penales se puede observar que la gran mayoría de las conductas

⁸⁷ Sobre la prevención especial positiva y negativa véase Gallardo Rosado, Maydelí *et al.*, *Fundamentos de derecho penal mexicano I*, *cit.*, pp. 24 y ss.

delictivas son sancionadas con penas privativas de libertad que no en pocas ocasiones van acompañadas de penas pecuniarias como la multa, en caso de que una conducta no sea sancionada con pena privativa o restrictiva de libertad y sólo sea sancionada con multa por ejemplo, no será objeto de la aplicación del criterio de oportunidad.

Al respecto es necesario decir que atendiendo al principio de proporcionalidad de la pena, las conductas que no prevén penas privativas o restrictivas de la libertad, son conductas consideradas muy poco graves.

Es importante hacer esta mención porque si se considera que por el precario estado de salud o estado senil del indiciado, no es oportuno aplicar una sanción privativa o restrictiva de libertad, con mayor razón resultaría oportuno por esas mismas razones, dejar de aplicar la sanción cuando se trate de conductas consideradas tan menores, que el propio tipo penal no impone una sanción privativa o restrictiva de la libertad.

Esta es una cuestión que no puede pasar desapercibida por el legislador, ya que si el mismo desea implementar el criterio de oportunidad con base en este argumento, únicamente tendrá sentido en caso de que absolutamente todas las penas que estén previstas en su código penal incluyan la pena privativa o restrictiva de la libertad, ya que de lo contrario, estaría beneficiando por la aplicación del criterio a quien cometa conductas más graves y dejaría fuera de dicho ámbito a quienes cometieran delitos mucho menos graves, lo cual desde luego carece de sentido por desproporcionado.

Si se permite la aplicación del criterio sobre conductas más graves, con mayor razón deberá permitirse la aplicación del criterio sobre conductas que no lo sean en dicha medida.

Finalmente, también es necesario señalar que el CPPSO, hace una referencia final en el precepto que vale la pena mencionar, ya que el mismo señala que “en los casos de senilidad o precario estado de salud, la aplicación del criterio de oportunidad se apoyará en dictámenes de peritos”.

Si bien podría pensarse que esta mención es algo evidente, considero que la misma es muy afortunada ya que efectivamente, el Ministerio Público deberá contar con dictámenes periciales que le permitan sobre una base objetiva, determinar dichas circunstancias.

Ello es así porque como se ha señalado en líneas precedentes, todos podemos referir de forma más o menos sencilla, lo que a nuestro parecer puede reflejar un precario estado de salud o un estado senil; sin embargo, considero que para poder tener certeza de ello es necesario recurrir a un estudio más profundo realizado por especialistas que permita determinar que en cada caso en concreto, se cumplen todos los requisitos que permitan establecer que ello es así.

No en pocas ocasiones es posible constatar que un mismo padecimiento tiene efectos diferentes en las personas, ya sea por su fortaleza física o por las posibilidades que de un mejor tratamiento y control sobre el mismo se tenga. Esto determinará si el estado de salud es precario o no, ya que el nivel de deterioro personal es único y atiende circunstancias específicas.

Lo mismo puede decirse sobre el estado senil de la persona, ya que también es posible observar personas de muy avanzada edad que cuentan con gran lucidez mental, lo cual depende también de sus características y circunstancias personales.

Por lo anterior, considero que en caso de que el legislador autorice la aplicación del criterio de oportunidad con base en dichas circunstancias —precario estado de salud y estado senil—, es conveniente hacer la aclaración final sobre la necesidad de que el criterio de oportunidad se apoye en dictámenes de peritos, lo cual evitará que dichas circunstancias tomen como base apreciaciones personales que puedan ser erróneas o derivarse de aparentes condiciones que resulten ficticias, desvirtuando así la objetiva aplicación del criterio de oportunidad.

En conclusión, considero que si bien es acertado autorizar la aplicación del criterio de oportunidad en los casos en que se pre-

sente una pena natural⁸⁸ como consecuencia de la acción delictiva, dicha previsión debe hacerse utilizando términos concretos cuyo significado no resulte confuso con los conceptos propios del derecho penal.

Esto es, si el legislador tiene la intención de aplicar el criterio de oportunidad en los casos en que el inculpado ha sufrido, a consecuencia del hecho, un daño severo en su persona, ya sea de índole físico, psicológico o moral, que resulte de trascendencia en su vida, o en virtud del deterioro de su estado de salud tanto físico como mental, debido este último a lo avanzado de su edad, se considera que ya no es necesario aplicar una pena debido a que el indiciado difícilmente representa una amenaza futura; deberán omitirse las referencias a la desproporcionalidad en la aplicación de la pena, a su carácter inhumano o irracional.

Considero que la referencia a este criterio haciendo uso de expresiones como “incapacite al inculpado para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias” es adecuado, ya que permite establecer rangos definidos en los que el Ministerio Público deberá basar su decisión.

De igual forma considero que el legislador deberá ser cuidadoso al establecer términos como daño “grave” o “irreparable”, ya que como se ha visto en líneas anteriores, dichos términos tienen consecuencias sobre la temporalidad del daño.

Si para el legislador basta que el daño sea temporal para que el indiciado pueda ser sujeto a la aplicación del criterio de oportunidad, será suficiente que se haga referencia a un daño “grave”. Si por el contrario el legislador desea que el daño no se pueda remediar, deberá entonces utilizarse el término “irreparable”.

Por otra parte, el uso de la expresión “innecesaria” aplicación de la pena es correcto, ya que este es el único significado que efectivamente concuerda con el sentido de este criterio de oportunidad, toda vez que no obstante reconocerse la pena como conse-

⁸⁸ Vasconcelos Méndez, Rubén, “Constitución, Ministerio Público y principio de oportunidad”, *cit.*, p. 66.

cuencia lógica de la acción delictiva, en este caso en concreto, no se considera que la aplicación de la pena sea indispensable para alcanzar un fin de prevención especial.

Finalmente, considero conveniente hacer mención en estos preceptos a la necesidad de que las determinaciones sobre el daño o las condiciones de salud del indiciado, sean establecidas por medio de dictámenes periciales, ya que ello permite evitar determinaciones arbitrarias que pongan en entredicho la legitimidad de la decisión del Ministerio Público al llevar a cabo la aplicación de estos criterios de oportunidad.

D. *Por la menor importancia de la pena o medida de seguridad que pueda imponerse en relación con otra ya impuesta*

Otro criterio de oportunidad que aparece de forma reiterada en los diversos códigos procesales penales de los estados, es el que hace referencia a la “pena ineficaz” o “pérdida de importancia de la pena”,⁸⁹ y es el referente a aquellos casos en que “la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se le impuso en un proceso tramitado en otro fuero”.⁹⁰ Algunos estados incluyen a esta hipótesis “... o la que se debe esperar por los restantes hechos”,⁹¹ y algunos utilizan la expresión final de “otro Estado”.⁹²

En otros casos, se hacen referencias más específicas al señalar: “carezca de importancia... a la que se debe esperar por los restan-

⁸⁹ Vasconcelos Méndez, Rubén, “Constitución, Ministerio Público y principio de oportunidad”, *cit.*, p. 67.

⁹⁰ *Cfr.* artículo 79, fracción IV del CPPBC.

⁹¹ *Cfr.* artículos 83, fracción IV del CPPCH; 94, fracción III del CPPD; 218, fracción IV del CPPH; 88, fracción IV del CPPMO; 94, fracción IV del CPPNL; 92, punto 2, inciso *d* del CPPTM y 94, fracción III del CPPTX.

⁹² *Cfr.* artículos 196, fracción III del CPPPO; 215, fracción III del CPPQR; y 90, fracción III del CPPZ.

tes hechos o delitos de la misma persona, o la que se le impuso o se le impondría en un proceso tramitado en la jurisdicción federal o en el extranjero”.⁹³

En algún caso, únicamente se hace mención a la “... *pena* que corresponda por el delito de cuya persecución se prescinda en relación a la *pena* ya impuesta...”.⁹⁴

Hay legislaturas que únicamente refieren de modo amplio “en caso de que al imputado se le ha impuesto una pena tan severa en un juicio aparte, que no tiene caso imponerle otra por hechos diversos”.⁹⁵

Sobre estas hipótesis, vale la pena hacer algunas observaciones.

Por una parte, los preceptos inician señalando que el criterio de oportunidad podrá aplicarse cuando la pena o medida de se-

⁹³ Cfr. artículos 99, fracción IV del CPPCA, y 216, fracción IV del CPPY. En estos códigos, también se autoriza en la fracción VI de ambos, la aplicación del criterio de oportunidad cuando “el imputado fuere entregado a la jurisdicción federal, por así convenir al proceso, cuando la sanción a la que pudiera llevar la persecución en el Estado carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiere sido impuesta en la causa federal”. En este mismo sentido artículos 87, fracción IV del CPPM; 156, inciso C del CPPSO; 97, fracción V del CPPTB. Este mismo artículo autoriza en su fracción IV la aplicación del criterio de oportunidad cuando “El imputado sea entregado en extradición por la misma conducta o diversa, en el caso de que la sanción impuesta por el requirente reste trascendencia a la que se le pudiese imponer”, y 216, fracción IV del CPPY. Este artículo en su fracción VI también establece “el imputado fuere entregado a la jurisdicción federal, por así convenir al proceso, en una causa federal, y cuando la sanción a la que pudiera llevar la persecución penal en el Estado”.

⁹⁴ Cfr. artículo 110, fracción IV del CPPEM. En este mismo artículo, se autoriza en su fracción V la aplicación del criterio de oportunidad “cuando el inculpado sea entregado en extradición por la misma conducta o por diversa, en el caso de que la sanción impuesta por el requirente reste trascendencia a la que se le pudiese imponer”.

⁹⁵ Cfr. artículo 150, fracción IV del CPPP. En este código también se autoriza en su fracción V la aplicación del criterio de oportunidad “en el caso de que el imputado sea entregado en extradición por la misma conducta o por diversa, siempre que la sanción impuesta por el requirente reste trascendencia a la que se le pudiese imponer”.

guridad *carezca de importancia* en relación con una pena o medida de seguridad ya impuesta.

Como se ha venido exponiendo en diversos apartados con anterioridad, es necesario que en la previsión normativa del principio de oportunidad, se haga uso de términos precisos que no den lugar a interpretaciones subjetivas que puedan en un momento dado, poner en entredicho la legitimidad de la decisión tomada por el Ministerio Público.

Si se hace referencia al “carecer de importancia”, entonces se utiliza como base una medida que no es completamente objetiva, ya que como se ha señalado anteriormente, lo que para una persona puede carecer de importancia para otra no, y ello atañe en este caso en concreto, al Ministerio Público, es decir, lo que para un Ministerio Público puede carecer de importancia, para otro no necesariamente será así.

Si el legislador desea autorizar la aplicación de un criterio de oportunidad en aquellos casos en que la medida de la pena o medida de seguridad sea cuantificablemente menor que otra, debe señalar dicho parámetro, ya que ello simplifica la labor del Ministerio Público, evitando con ello posibles arbitrariedades e inconformidades derivadas de su decisión.

Es claro que no se precisa para ello que el legislador haga una relación caso por caso de lo que se debe cuantificar como menor, pero sí es posible establecer lineamientos o reglas generales que permitan al Ministerio Público determinar objetivamente, si en un caso en concreto, existe una clara diferencia entre la duración o trascendencia de una pena o medida de seguridad en relación con otras.

Ahora bien, se menciona la posibilidad de aplicar el criterio de oportunidad cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, *carezca de importancia* en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta.

De una primera lectura, aparece claramente que el indiciado ya estuvo sujeto a un proceso penal, el cual ha concluido con la imposición de una pena o medida de seguridad.

Sin embargo, no se hace referencia al hecho de que el indiciado *vaya* a cumplir o *siga* cumpliendo dicha sanción, ya que al señalar que la pena es “ya impuesta” no indica si el cumplimiento de la misma se encuentra vigente o no.

Ello resulta relevante ya que la hipótesis señala la menor importancia de la pena o medida de seguridad que pudiera imponerse en relación con la “ya impuesta”.

Lo mismo puede decirse cuando se hace mención a que la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, *carezca de importancia* en consideración a la pena o medida de seguridad que se le impuso en otro fuero o estado.

En este caso, lo único que es claro es que la pena ya fue impuesta, mas no se especifica si la misma se sigue cumpliendo o si ya se cumplió.

Considero que estas hipótesis no resultan del todo afortunadas, puesto que pueden crear confusiones en cuanto a la aplicación del criterio de oportunidad.

Ello es así porque si los preceptos no especifican si la pena o medida de seguridad ya impuesta, va a cumplirse o debe estarse cumpliendo, entonces nada impide que el Ministerio Público pudiera considerar la aplicación del criterio respecto a una persona que ya cumplió su pena o medida de seguridad por hechos diversos en un tiempo anterior.

Esto desde luego carece de sentido,⁹⁶ ya que entonces todo aquel que en el pasado haya cometido un delito y ya haya cumplido su sanción, potencialmente por ese simple hecho, sería candidato a recibir la aplicación del criterio de oportunidad.

Ello amerita una consideración por parte del legislador, ya que la redacción del precepto podría generar confusión y provocar que se hiciera una interpretación incorrecta del mismo, ya que maneja el concepto de forma amplia y no aporta pautas que permitan determinar que la interpretación deba ser más restrictiva.

⁹⁶ Sobre una interpretación teleológica del precepto, véase Gallardo Rosado, Maydelí, *Principio de oportunidad*, *cit.*, 69.

Por lo anterior, si el legislador desea hacer uso de dicho argumento para autorizar la aplicación del criterio de oportunidad, lo adecuado sería señalar “pena o medida de seguridad ya impuesta o que se le impuso, la cual vaya a ser o esté siendo cumplida por el indiciado”.

Ahora bien, también debe tenerse en cuenta que de igual modo se presenta la hipótesis que autoriza la aplicación del criterio de oportunidad cuando “al imputado le sea impuesta una pena tan severa en un juicio aparte que no tiene caso imponerle otra por hechos diversos”.

En este caso, es claro que tampoco se especifica si la “pena tan severa” se va a cumplir, se está cumpliendo o ya se cumplió.

En cuanto a ello es importante determinar a qué se hace referencia con pena “severa”, término que según el DLE significa en su primera acepción “riguroso, áspero, duro en el trato o castigo”, en su segunda significa “exacto y rígido en la observancia de una ley, precepto o regla”, y en su tercera significa “grave, serio, mesurado”.

De dichas definiciones no parece desprenderse un parámetro de medida preciso que permita establecer cuando una pena es “severa”. Al respecto considero conveniente omitir el uso de dicho término y —como sucede con las hipótesis previamente analizadas de este apartado— establecer reglas generales que permitan al Ministerio Público evaluar la trascendencia de la pena en relación con otra, con base en criterios objetivos y previamente establecidos.

En este caso es claro que el único criterio a considerar es la “severidad de la pena”, sin que los hechos tengan que estar relacionados entre sí.

Por otra parte, en cuanto a la hipótesis que hace referencia a que la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la que se debe esperar por los *restantes hechos o delitos de la misma persona*, considero que se acota en gran medida el problema planteado en líneas precedentes.

Esto es así debido a que ello permite ubicar en un *momento* determinado, *todos los hechos* a que el legislador desea hacer referencia.

Si se hace mención sobre los “restantes hechos”, entonces es posible ubicar que el indiciado, ha realizado diversas conductas por las cuales es investigado, es decir, todas se ubican en un momento previo al juicio y por lo tanto, ninguna ha sido calificada como delito y por ende, no se ha impuesto una sanción que se deba cumplir o que se haya cumplido.

Por lo tanto, es el Ministerio Público quien cuenta con el conocimiento sobre los hechos y sus posibles sanciones, lo cual le permite tener un panorama más amplio sobre las diferentes magnitudes y repercusiones que sobre la pena o medida de seguridad, se pueden aplicar.

Ahora bien, es importante señalar que cuando se hace referencia a los “restantes hechos”, no se determina si solamente un Ministerio Público está conociendo de todos esos hechos que se investigan, ya que como es bien conocido, no en pocas ocasiones, las investigaciones de los hechos probablemente constitutivos de delito, pueden dividirse y asignarse para su investigación distintos ministerios públicos.

Considero importante señalar que cuando se hace referencia a “los restantes hechos”, necesariamente se estará hablando de hechos relacionados entre sí, independientemente que para su investigación se asignen diferentes ministerios públicos, ya que si el indiciado ha cometido un hecho que está siendo investigado por un Ministerio Público de forma independiente, no tiene sentido que el criterio de oportunidad se aplique por un hecho menor que nada tiene que ver con el que otro Ministerio Público investiga.

De lo contrario, se estaría presentando el mismo problema que cuando se habla de la menor importancia de la pena o medida de seguridad que pueda imponerse con relación a la ya impuesta o que se impuso, y entonces todo aquel que en diferente momento realizó un hecho por el cual está siendo investigado, cualquiera

que este sea, sería candidato a recibir la aplicación del criterio de oportunidad por ese simple hecho, lo cual desde luego, no tiene sentido.

Por otra parte, me parece incorrecto hacer referencia dentro de estas hipótesis a la expresión "... o delitos de la misma persona...", ya que el delito, únicamente puede ser designado como tal, por la autoridad judicial.

Parece ser que esta expresión se utiliza como complemento a la referente a "restantes hechos" puesto que se señala "... a la que se debe esperar por los restantes hechos o delitos de la misma persona...".

Considero que si dicha mención se desea utilizar como complemento a la expresión "restantes hechos", la misma es innecesaria, ya que al hablar de *restantes hechos* se engloba todo el actuar del indicado.

Aunado a lo anterior, el decir "delitos de la misma persona" puede causar confusión en el Ministerio Público, ya que entonces se estaría haciendo referencia a conductas realizadas por el indiciado que ya fueron analizadas en un proceso penal y que fueron designadas como delictivas, lo cual nos refiere a la misma problemática ya expuesta en el punto referente a la menor importancia de la de la pena o medida de seguridad que pueda imponerse con relación a la ya impuesta o que se impuso, lo cual desde luego, también carece de sentido.

Ahora bien, en cuanto a la distinción que realizan algunos códigos procesales penales sobre el hecho de que la pena o medida de seguridad que se impuso en otro "fuero" o en otro "estado", sea de mayor importancia que la que corresponde al hecho de cuya persecución se desea prescindir, considero que es más acertado hacer uso del término "fuero" que "estado", ya que si se utiliza la expresión *estado*, se está dejando fuera de dicha hipótesis aquellos casos en que la pena o medida de seguridad de mayor trascendencia se imponga en un proceso de orden *federal*, teniendo únicamente aplicación cuando la sanción sea aplicada en una jurisdicción estatal diferente.

Al respecto, es necesario señalar que la relación entre la sanción que se puede imponer en el estado con la sanción que se haya impuesto en la jurisdicción federal sí es considerada por otros estados, ya que incluso hay quienes hacen referencia no sólo a “otro fuero”, sino expresamente señalan “jurisdicción federal”.

Como se pudo observar al inicio de este apartado, incluso algunos códigos procesales penales hacen referencia a que “el imputado fuere entregado a la jurisdicción federal por así convenir al proceso...”, ello en relación con que la sanción impuesta por el estado carezca de importancia en relación con la que se le hubiere impuesto en la “causa” o “jurisdicción” federal.

Considero que en estos casos, la aplicación del criterio de oportunidad sí puede cumplir la función tan mencionada por el legislador de evitar el desgaste de los órganos encargados de procurar e impartir justicia, ya que si un indiciado ha sido sujeto a un proceso federal en el cual ha sido sentenciado, resulta innecesario poner en marcha toda la maquinaria estatal para llevar a cabo la persecución de un hecho, cuyo autor se encuentra identificado y sometido a un régimen diferente, cumpliendo una sentencia de mayor relevancia. La prevención especial en ese caso, está siendo realizada por otra instancia.

Es importante señalar que el indiciado ha sido entregado a la jurisdicción federal por parte del estado por “así convenir al proceso”, es decir, se observa una relación entre los hechos que se investigan en el ámbito local con los que se ventilan en la causa federal.

Ahora bien, cuando se habla de “por así convenir al *proceso*”, se hace referencia al *proceso federal*, ya que los preceptos son claros en referir “... carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiere sido impuesta en la causa —o jurisdicción—, federal”, por lo tanto, quien ya debe haber llevado a cabo el desarrollo del proceso es la jurisdicción federal, y por estar el estado en la etapa de investigación, es él quien puede aplicar el criterio de oportunidad.

Asimismo, se encuentran referencias en estas hipótesis sobre sanciones impuestas en procesos tramitados en el “extranjero” o “el imputado sea entregado en extradición”. Respecto a esta última se señala “en el caso de que la sanción impuesta por el requirente reste trascendencia a la que se le pudiese imponer”.

Al respecto, tienen la misma validez las observaciones realizadas respecto a la entrega del indiciado a la jurisdicción federal o a la sanción impuesta en dicho fuero.

Es importante señalar que la referencia que se hace sobre “penas y medidas de seguridad es la correcta”, ya que se observa un caso en que únicamente se hace referencia a la “pena” del delito de cuya persecución se prescinda en relación a la “pena” ya impuesta, lo cual desde luego, resulta insuficiente.

E. *“Reparación integral” o “reparación de los daños” causados*

Un requerimiento importante que aparece de manera uniforme en los diferentes códigos procesales penales, para poder llevar a cabo la aplicación de los criterios de oportunidad, es el relativo a que los daños causados sean reparados.

Si bien este requisito se establece en la mayoría de los códigos de forma general, es decir, como una regla que se debe observar y la cual no se encuentra enumerada expresamente como un criterio de oportunidad, su análisis se realiza en este apartado específico porque en algunos estados, sí se hace mención a dicho requisito en concreto, dentro de determinadas hipótesis que conforman criterios de oportunidad.

a. Necesidad de reparar los daños causados

De forma general, los distintos códigos procesales penales señalan, una vez concluida la enumeración que realizan de los criterios de oportunidad, que para la procedencia de los mismos, será necesario llevar a cabo la reparación de los daños causados.

Esta mención puede encontrarse dirigida como requisito para que proceda la aplicación de ciertos criterios de oportunidad pre-

viamente establecidos,⁹⁷ o se establece como un *deber* del Ministerio Público de velar que cuando se verifique un daño sea “razonablemente reparado”⁹⁸ o que el mismo “procure que en todo caso, se repare el daño causado”;⁹⁹ o se menciona de forma genérica, que en los casos en que se verifique un daño, éste deberá ser “previamente reparado en forma razonable”¹⁰⁰ o simplemente se señala que el daño debe ser “reparado” para la procedencia del criterio.¹⁰¹

En algunos casos, si bien se establece la necesidad de reparar los daños de forma razonable, también se mencionan salvedades al señalar que “la reparación del daño no será exigible al imputado que colabore si carece de los recursos económicos para resarcirlo”, aclarando que ello es sin perjuicio de exigir la misma a los autores y demás partícipes del hecho,¹⁰² o dejando a salvo “los derechos de la víctima u ofendido para reclamar al imputado el pago de la reparación del daño”.¹⁰³

Sobre este punto, es necesario realizar diversas observaciones.

Por una parte, se observa que hay casos en los que la reparación del daño únicamente se exige respecto a ciertos criterios de

⁹⁷ Cfr. artículo 79, último párrafo, del CPPBC. En este código se hace referencia a la “reparación del daño” y que la misma se cubra de forma “razonable”, excepto “cuando el imputado carezca de los recursos económicos o bienes suficientes para tal efecto”.

⁹⁸ Cfr. artículo 99, penúltimo párrafo, del CPPCA.

⁹⁹ Cfr. artículos 235, antepenúltimo párrafo, del CPPCOA; 241, octavo párrafo del CPPS, y 216, último párrafo del CPPY.

¹⁰⁰ Cfr. artículos 83, penúltimo párrafo, del CPPCH; 94, último párrafo, del CPPD; 110, último párrafo, del CPPEM; 129 Bis, penúltimo párrafo, del CPPG; 88, primer párrafo del CPPM; 196, último párrafo del CPPO; 150, noveno párrafo del CPPP; 215, último párrafo del CPPQR; 97, penúltimo párrafo, del CPPTB; 94, penúltimo párrafo del CPPTX; y 90, último párrafo, del CPPZ.

¹⁰¹ Cfr. artículos 233, penúltimo párrafo, del CPPSLP; 156, punto 2 del CPPSO, y 267, penúltimo párrafo del CPPV.

¹⁰² Cfr. artículo 218, último párrafo del CPPH.

¹⁰³ Cfr. Artículos 88, último párrafo del CPPMO; 94, último párrafo, del CPPNL, y 92, punto 3 del CPPTM.

oportunidad; sin embargo, no se hace referencia alguna a la razón por la cual el legislador ha decidido llevar a cabo dicha selección ni tampoco se aprecia un razonamiento lógico que permita llegar a una conclusión al respecto.

Este es el caso del CPPBC, en el cual se establece que la reparación del daño deberá ser cubierta en los casos en que el inculpado colabore con la investigación y en los casos que se verifiquen los supuestos de “pena ineficaz” o “pérdida de importancia de la pena”. En este código se dejan fuera de dicho requerimiento los criterios de oportunidad referidos a la “insignificancia social del hecho” y cuando el imputado haya sufrido daños graves en su persona como consecuencia del hecho.

Al respecto, podría pensarse que el legislador considera oportuno prescindir de la persecución penal cuando el indiciado colabore con la investigación, pero precisamente por tratarse de una investigación compleja, en donde pueden participar varios sujetos y por ende los hechos investigados puedan versar sobre hechos graves, prioriza que se repare el daño por las implicaciones que sobre las víctimas u ofendidos, puedan tener esta clase de delitos.

Sin embargo, ello es una mera especulación ya que como se ha señalado en líneas precedentes, nada permite saber cuál fue la razón que llevó al legislador a tomar dicha decisión. Ello se corrobora cuando se observa que el segundo criterio de oportunidad en el cual se requiere que se cubra la reparación del daño, hace referencia a la pena ineficaz, ya que si se considera prescindir de la persecución penal de un hecho cuya pena o medida de seguridad se considera tan irrelevante, no parece haber un criterio en común que permita unir a estas dos hipótesis.

Considero que este tipo de decisiones resultan confusas e incongruentes, ya que una persona que se encuentra en el supuesto de pena ineficaz, deberá reparar el daño, mientras que una persona que se encuentra en el supuesto de insignificancia del hecho, no tiene que hacerlo, siendo que estas dos hipótesis pudieran encontrarse más relacionadas entre sí.

Si bien ello no implica un problema de determinación para el Ministerio Público, tanto para el indiciado como para la víctima u ofendido, sí puede parecer un criterio arbitrario.

Por otra parte, se observa que en determinados códigos, esta referencia a la reparación del daño se encuentra dirigida al Ministerio Público, ya que se establece como un *deber* que el mismo tiene de *velar* que cuando se realice un daño este se repare o *procurar* que en todo caso, se repare el daño causado.

El término “velar” según el DLE significa en su cuarta acepción “cuidar solícitamente de una cosa”, y “procurar” significa “hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa”.

De lo anterior se puede concluir que el deber del Ministerio Público en estos casos, consiste en cuidar que se verifique la reparación del daño o de realizar todas las diligencias necesarias para que la misma se realice.

Por lo tanto, al hablar de “velar” o “procurar” la reparación del daño se le impone al Ministerio Público una obligación, ya sea de cerciorarse que la reparación del daño se lleve a cabo o de participar activamente en la consecución de dicho fin.

Esto es, si el procedimiento para llevar a cabo la reparación del daño se lleva de forma natural sin mayores complicaciones, se puede decir que el Ministerio Público se cerciorará de dicho hecho. Ahora bien, si dicho procedimiento requiere ser impulsado por el Ministerio Público, entonces se puede decir que el Ministerio Público lo procurará.

Ahora bien, una última forma en la que se presenta este requisito dentro de la gran mayoría de los códigos procesales, es el que se menciona como regla, de forma general.

En dicho caso, se hace mención al hecho de que en los supuestos en que se verifique un daño, éste deberá ser previamente reparado, de forma razonable.

Como se puede observar, esta mención es genérica y tiene aplicación para todos los criterios de oportunidad.

Por otra parte, un término que aparece repetidamente utilizado por los códigos es el referente a que la reparación del daño se realice de forma “razonable”.

Este hecho nos impone establecer cuál es el significado de dicha expresión.

El DLE establece que el término “razonable” significa en su primera acepción “arreglado, justo, conforme a razón”.

El término “arreglado” significa en su primera acepción “sujeto a regla” y en su segunda acepción “ordenado y moderado”. El término “justo” significa en su cuarta acepción “exacto, que no tiene en número, peso o medida ni más ni menos que lo que debe tener”, y el término “razón” significa en su quinta acepción “motivo o causa”, en su sexta acepción como “orden y método en una cosa”, y en su séptima acepción “justicia, rectitud en las operaciones o derecho para ejecutarlas”.

Considero que todas estas definiciones permiten establecer que el término razonable en su *primera* acepción, hace referencia al hecho de que “algo” debe ser realizado conforme a una regla o método previamente establecido, que permita obtener en una medida exacta, el resultado buscado.

Ahora bien, en cuanto a la segunda acepción del término “razonable” se encuentra que el mismo es definido como “mediano, regular, bastante en calidad o en cantidad”.

El término “mediano” significa en su primera acepción “de calidad intermedia”, en su segunda acepción “moderado; ni muy grande ni muy pequeño”, y en su tercera acepción “casi nulo, y aun malo de todo punto”. Por otra parte el término “regular” significa como adjetivo, en su primera acepción “ajustado y conforme a regla”, en su segunda acepción “uniforme, sin cambios grandes o bruscos” y en su cuarta acepción “de tamaño o condición media o inferior a ella”.

Por último, el término “bastante” significa en su primera acepción “que basta”, y en su segunda acepción “ni mucho ni poco, ni más ni menos de lo regular, ordinario o preciso; sin sobra ni falta”.

Al respecto, considero que esta segunda acepción no brinda un panorama tan claro como en su primera acepción, ya que si bien dentro de los diversos significados que la integran encontramos una referencia a lo “ajustado y conforme a regla”, la mayoría de

ellos no hacen referencia a medidas objetivamente determinadas, por el contrario, encontramos las referencias a cualidades intermedias de las medidas.

Esto pone de manifiesto que el significado del término “razonable” implica dos situaciones contradictorias, ya que por una parte hace referencia a lo que debe estar medido conforme a una regla, y por otra parte indica lo que se encuentra en una mediana cualidad.

Ello implica un problema al momento de establecer que la reparación del daño debe realizarse de forma “razonable”, ya que si bien considero que la primera acepción —como medida cuantificada por una regla—, es la que debe tener aplicación, ya que resultaría extraño solicitar que la reparación del daño se realice de forma no completamente adecuada; lo cierto es que ambas acepciones pueden ser utilizadas para explicar su definición.

Por lo anterior, puede concluirse que hacer uso del término “razonable” para hacer referencia al grado en que debe realizarse la reparación del daño es inadecuada, ya que si bien a partir de ella puede señalarse que la reparación del daño debe realizarse conforme a ciertas reglas previamente establecidas, dicho término también permitiría justificar en un momento dado, que la reparación del daño se lleve a cabo de forma deficiente, ya que si “razonablemente” implica que la misma se realice de forma “ni muy grande ni muy pequeño”, no habría razón para exigir que la misma se cumpla adecuadamente, bastaría con que algún requerimiento de la misma fuera cumplido para decir que se tiene por “razonablemente cumplida”, lo cual desde luego, carece de sentido.

Si el legislador desea hacer mención al hecho de que la reparación del daño debe realizarse con base en reglas previamente establecidas, así deberá mencionarlo, ya que ello permitirá al Ministerio Público tener un parámetro claro de lo que se debe cumplir, evitando así interpretaciones subjetivas que tengan como consecuencia una deficiente reparación del daño en perjuicio de la víctima o del ofendido.

Por lo anterior, considero que resulta más apropiada la mención que realizan algunos códigos en los que simplemente se establece que *el daño debe ser reparado* para la aplicación del criterio, ya que el mismo implica una indicación que remite a seguir las reglas generales establecidas por los propios códigos sobre la forma en que debe repararse el daño, y no da lugar a interpretar que dicha determinación pueda hacerse de forma insuficiente.

Finalmente, encontramos en relación con estos requisitos sobre la reparación del daño, algunos casos en que se establece una salvedad referente a la *no exigibilidad* de la reparación del daño, si quien colabora carece de recursos económicos para resarcirlo.

Si bien se llega a mencionar que ello es sin perjuicio de exigir la reparación del daño a los autores y demás partícipes del hecho, o se dejan a salvo los derechos de la víctima u ofendido para reclamar al imputado el pago de la reparación del daño, lo cierto es que esta excepción queda fuera de entendimiento por las siguientes razones.

Si para la aplicación de los criterios de oportunidad en general, es necesario que se cubra la reparación del daño, no parece haber una razón lo suficientemente clara para que en un caso en particular, se disculpe al indiciado de realizar la misma, y más aún, tratándose de los casos en que el indiciado colabora en la investigación, ya que como se ha visto en el apartado correspondiente a dicho criterio de oportunidad, la colaboración por lo general, se realiza sobre hechos en los que intervienen organizaciones criminales o delictivas, que revisten cierta gravedad, es decir, teniendo consecuencias severas en las víctimas u ofendidos de dichos delitos.

Considero que beneficiar de esta forma al colaborador es totalmente desproporcionado, ya que el Estado está privilegiándolo por su propio interés, y está dejando fuera de dicha negociación, el interés de las víctimas.

Si bien es cierto que el Estado tiene interés en allegarse de los medios que le permitan perseguir hechos graves relacionados con organizaciones criminales, también es cierto que no puede dejar de velar por los intereses de las víctimas en dicho intento.

El Estado debe buscar la forma de conciliar su interés y el de las víctimas, y aplicando este tipo de salvedades, desde luego no lo está haciendo.

El hecho de que la víctima pueda reclamar la reparación del daño a los demás autores o partícipes de los hechos, o de que se dejen a salvo los derechos de la víctima para reclamar al indiciado la reparación del daño, no garantiza que la misma sea obtenida, por lo cual esta salvedad se torna fuera de lugar ya que resulta inequitativo que a una persona que se encuentra en estado senil o a quien ha sufrido como consecuencia del hecho un daño grave en su persona, sí se le exija la reparación del daño, y a quien está relacionado con hechos delictivos de mayor relevancia no se le exija. Ello favorece a personas que pueden haber cometido hechos delictivos de repercusiones serias sobre las víctimas u ofendidos, sobre aquellas que hayan realizado conductas menos graves con repercusiones menores sobre la víctima u ofendido.

b. Necesidad de reparar el daño por lo que hace a determinados delitos

Como se mencionó al inicio de este apartado, no todos los códigos procesales penales hacen una referencia de forma general a la necesidad de llevar a cabo la reparación del daño para que pueda proceder la aplicación de los criterios de oportunidad. En algunos casos, se observa que, además de hacer referencia a este requisito de forma general, también se establece como requisito independiente dentro de algunos criterios de oportunidad específicamente determinados.

Una primera mención que se realiza al respecto es la referida a que “el imputado haya producido la *reparación integral*, a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en delitos culposos”.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Cfr. artículos 99, fracción II del CPPCA; 97, fracción II del CPPTB, y 216, fracción II del CPPY.

En otros casos, siguiendo el tenor de la hipótesis anteriormente señalada, se hace una distinción más precisa al establecerse que el imputado haya realizado la “reparación del daño”, y se establece la salvedad de que el criterio de oportunidad no procederá en esos casos, cuando “el imputado hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares; salvo que únicamente hubiere causado daños en propiedad ajena”.¹⁰⁵

En otros ordenamientos se toma como referencia la *pena* que corresponde al delito.¹⁰⁶

Para poder establecer lo que es una reparación integral, es necesario empezar por definir ambos términos. “Reparación” significa según el DLE en su primera acepción “acción y efecto de reparar cosas materiales mal hechas o estropeadas”, y en su segunda acepción “desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria”. Por su parte el término “integral” es definido por esta misma fuente como “global, total”.

¹⁰⁵ Cfr. artículo 235, fracción II del CPPCOA. Este artículo también autoriza la aplicación del criterio en su fracción I cuando “Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, que tenga pena alternativa o cuya penalidad máxima no exceda de tres años de prisión y se hayan reparado los daños causados a la víctima u ofendido”. Como se puede observar, este código de procedimientos penales establece dos criterios muy bien definidos, en donde uno de ellos atiende a la *pena* del delito, y el segundo a las *características* del delito; el artículo 110, fracción IX del CPPEM utiliza la expresión “cuando el delito *no siendo grave*, afecte un bien jurídico individual y se haya reparado el daño causado, determinándose objetivamente la ausencia de interés público en la persecución”, en este caso, el criterio a seguir atiende a la gravedad del delito; 87, fracción II del CPPM ;233, fracción II del CPPSLP. En este código se utiliza la expresión “reparación integral”; 241, fracción II del CPPS, y 267, fracción II del CPPV, y 245, fracción II de la Iniciativa del Ejecutivo Federal, con proyecto de decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales.

¹⁰⁶ Cfr. artículo 245, fracción I correspondiente a la Iniciativa del Ejecutivo Federal, con proyecto de decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales. En este proyecto se establece que “no procederán los criterios de oportunidad en los delitos fiscales y financieros”.

De lo anterior se desprende que la “reparación” puede estar relacionada tanto a cosas materiales como a aspectos de índole personal.

Si la reparación se realiza sobre cosas materiales, es claro que la acción y el efecto de reparar deberán realizarse de forma total. Sin embargo, si la reparación se debe realizar sobre cuestiones de índole personal, y de la propia definición del término se desprende que en cuanto a dichos aspectos, la satisfacción deberá ser “completa”, el hablar de reparación integral sobre cuestiones de índole personal resulta innecesario por ser repetitivo. Esto es, sobre las cosas materiales, sí es posible realizar una “reparación integral”, pero sobre el desagravio completo de las cuestiones personales, el mismo se realiza simplemente mediante la “reparación”.

Por lo anterior, considero más apropiado el hacer uso del término “reparación del daño” como lo hacen algunos códigos procesales, ya que ello evita caer en repeticiones terminológicas innecesarias.

Esto tiene trascendencia porque si bien el legislador hace referencia a la reparación integral tratándose de delitos de contenido *patrimonial* —lo cual terminológicamente es correcto—, también señala “o en delitos *culpotos*”, los cuales no necesariamente recaen sobre objetos materiales o son de índole patrimonial y los cuales pueden tener repercusiones de índole personal.

Por otra parte, cuando el legislador establece que la “reparación integral” deberá realizarse a “entera satisfacción de la víctima”, también genera un problema de interpretación, ya que como se desprende de las definiciones anteriormente establecidas, si el daño se realiza sobre cosas materiales, es relativamente sencillo ubicar cuál ha sido el daño causado sobre las mismas y por ende, cuál es la acción necesaria para reparar lo que se ha estropeado. En estos casos, tanto el Ministerio Público como la víctima pueden establecer una medida objetiva para tal efecto.

Sin embargo, cuando hablamos de un daño de índole personal, el “desagravio” del mismo no parece tener una base objetiva

de medida para llevar a cabo dicho fin, ya que las personas no resienten las ofensas en la misma magnitud y por ende, el resarcir dicha cuestión no será percibida o requerida de la misma manera.

Ello se torna más complicado si dicha reparación debe realizarse a “entera satisfacción de la víctima”, ya que cada víctima sentirá enteramente satisfecha la reparación según su propia percepción, lo cual genera desde luego, desequilibrio en la aplicación de dicho requisito, por lo cual considero poco apropiado ese criterio para cuantificar la reparación de los agravios, especialmente los de índole personal.

Aunado a lo anterior, hacer referencia al hecho de que la entera satisfacción de la víctima se encuentra relacionado con el “daño particular o *social* causado” también parece complejo de definir, ya que la víctima ciertamente puede hacer referencia al daño que a él se le ha causado y la forma en que en lo personal, siente satisfecha la reparación, pero si el daño causado es “social”, qué víctima se encargará de hacer patente su “entera satisfacción” sobre dicho daño causado.

Considero que ello sí representa un problema para el Ministerio Público, ya que primero deberá determinar que se ha causado un daño *social* y después deberá determinar quién o quiénes deberán hacer patente su entera satisfacción sobre la reparación del daño causado, ya que si el daño causado recae sobre cosas materiales de diversas personas, establecer la reparación será objetivamente posible, pero si el daño es de índole personal sobre una comunidad en donde difícilmente se puede llevar a cabo la identificación de cada una de las víctimas, el Ministerio Público queda atrapado en una situación difícil de resolver.

Otro punto que resulta muy importante de señalar respecto a la previsión de estas hipótesis, es el relativo a las *restricciones* que el legislador establece para llevar a cabo la aplicación de los criterios de oportunidad.

Las excepciones a la aplicación del criterio de oportunidad se relacionan al hecho de que el imputado hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o

de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares; salvo que únicamente hubiere causado daños en propiedad ajena.

Considero apropiado establecer esta clase de salvedades, ya que por una parte son muy claras y no dan lugar a interpretaciones subjetivas, y por otra parte, porque considero que si el estado pretende dejar de llevar a cabo la repercusión penal de determinados hechos, el indiciado debe haber realizado la conducta en determinadas condiciones.

La consideración sobre el hecho de que el indiciado actúe bajo la influencia de ciertas sustancias, ha sido un parámetro que tiene implicaciones sobre los requisitos de procedibilidad¹⁰⁷ o respecto a la aplicación de las sanciones,¹⁰⁸ por lo tanto, nada impide que dicha consideración pueda ser aplicada respecto a la aplicación de los criterios de oportunidad.

Resulta importante hacer mención de forma individual a un caso en particular, el cual corresponde al CPPCHIS, ya que en el mismo se encuentra una distinción que no se aprecia en los demás códigos procesales y que se refiere por una parte, al establecimiento de “criterios de oportunidad por solución de conflicto”, y por otra, a la mención de “criterios de oportunidad por política criminal”.

Los “criterios de oportunidad por solución de conflictos” se encuentran previstos en el artículo 175 de dicho ordenamiento legal, y en ellos se hace referencia explícita a la necesidad de lle-

¹⁰⁷ Cfr. artículo 62 del CPF, el cual establece en su párrafo segundo “cuando por culpa y por motivo de tránsito de vehículos se causen lesiones, cualquiera que sea su naturaleza, sólo se *procederá* a petición del ofendido o de su legítimo representante, siempre que el conductor no se hubiese encontrado en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares y no se haya dejado abandonada a la víctima”.

¹⁰⁸ Cfr. artículo 140, fracción III del CPDF, el cual establece “cuando el homicidio o las lesiones se cometan culposamente con motivo del tránsito de vehículos, se *impondrá* la mitad de las penas previstas en los artículos 123 y 130 respectivamente, en los siguientes casos: III. El agente conduzca *en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares*”.

var a cabo la reparación del daño, por lo cual, al corresponder dicha cuestión al presente apartado, se reproducen íntegramente:

El Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, *si se ha producido la reparación del daño* a la víctima u ofendido y se *demuestre la solución de las controversias*, cuando:

a) El imputado haya producido la reparación integral, a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, en delitos de contenido patrimonial sin violencia sobre las personas o en delitos culposos;

b) Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social;

c) Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando la reparación del daño sea integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse;

d) 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;

e) Cuando los condicionamientos fácticos o psíquicos 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.

Por su parte, los denominados “criterios de oportunidad por política criminal” corresponden a varias hipótesis que este código establece de forma similar a los demás estados y que estos últimos establecen simplemente como “criterios de oportunidad” propiamente dichos, por lo cual al haberse realizado las observaciones correspondientes en apartados previos de forma individual, no se hará mención a ellos en este momento.

Como se puede observar, los denominados “criterios de oportunidad por solución de las controversias” adolecen, en la mayoría de los casos, de la misma problemática relacionada con la terminología utilizada en las hipótesis analizadas en apartados

anteriores, como sucede en cuanto la referencia a la “reparación integral en daños culposos”; “reparación integral de bienes colectivos”, los cuales al igual que sucede con los delitos culposos, no siempre son de naturaleza patrimonial; “mermada significación social”; “menor valor social”, y “problemas sociales más significativos”.

Si bien la nota característica respecto a estas hipótesis consiste en que se haya producido la reparación del daño a la víctima u ofendido y se demuestre la solución de las controversias, lo cual pone de manifiesto un especial interés por atender los derechos y necesidades de las víctimas, lo cierto es que el problema de interpretación para el Ministerio Público sigue siendo el mismo: el uso de conceptos de difícil determinación, por lo cual, hacer una distinción sobre los diferentes criterios de oportunidad no parece tener mayor relevancia cuando en su interpretación presentan los mismos problemas de fondo derivados del uso de términos ambiguos.

Finalmente, es relevante hacer mención al hecho de que varios códigos procesales penales, hacen referencia por una parte, a la regla general que establece la reparación del daño como requisito para llevar a cabo la aplicación de los criterios de oportunidad, y por otra, establecen estas hipótesis en las cuales señalan el requisito en especial cuando se trata de determinados delitos en específico.

Considero que ello carece de sentido, ya que si el legislador desea que la reparación del daño sea una cuestión que se realice de forma previa como requisito para que se lleve a cabo la aplicación de los criterios de oportunidad, basta con que haga referencia a la regla en general.

Si el legislador desea hacer referencia expresa a dicho requisito sobre delitos especialmente determinados, resulta innecesario por repetitivo que se haga referencia a ambas cuestiones tanto dentro de los mismos preceptos como fuera de ellos como regla general.

F. Otros criterios de oportunidad establecidos por los estados

Si bien los criterios de oportunidad que se han analizado en líneas precedentes constituyen el común denominador de las hipótesis previstas por los códigos procesales penales, también se presentan casos en que algunas legislaciones, toman en consideración otras cuestiones para establecer otros criterios de oportunidad.

a. Uso de medios alternos de solución de controversias

En este sentido, encontramos legislaciones que autorizan la aplicación del criterio de oportunidad cuando se emplee “cualquier mecanismo alternativo para la solución del conflicto”¹⁰⁹ o 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”.¹¹⁰

Al respecto, considero que, no obstante ser pocos los códigos que prevén estas hipótesis, dicha decisión es acertada en virtud de que la previsión de los medios alternos de solución de controversias en nuestro sistema jurídico, constituye un gran avance dentro del sistema de justicia penal, ya que ello permite encausar la solución de determinados conflictos de una forma menos desgastante tanto para el estado como para los intervinientes del conflicto de naturaleza penal.

Si bien estas figuras resultan novedosas y por ende, su conocimiento y uso se irá ampliando con el paso del tiempo, lo cierto es que su promoción es una necesidad muy importante para el sistema de justicia penal, ya que las soluciones alternativas de las controversias permiten efectivamente, propiciar la descarga del

¹⁰⁹ Cfr. artículo 110, fracción XII del CPPEM.

¹¹⁰ Cfr. artículos 175, inciso D del CPPCHIS y 110, fracción XI del CPPEM.

trabajo que regularmente se dirige a los órganos de procuración y administración de justicia ordinarios, al mismo tiempo que se atiende a las necesidades de la víctima u ofendido.

Por lo tanto, si se hace uso de un medio alternativo de solución de controversias, el conflicto será resuelto en una instancia diferente, por lo cual el Ministerio Público no tendrá necesidad de investigar dichos hechos y resulta procedente en esos casos, autorizar la aplicación del criterio de oportunidad.

Sobre la previsión de estas hipótesis, considero oportuno señalar una observación respecto al uso de la expresión “la persecución penal de un delito comporta problemas sociales más significativos...”, ya que como se ha señalado en diversas ocasiones a lo largo del presente trabajo, la misma implica una complicación para el Ministerio Público, quien deberá realizar una interpretación, una vez más, con base en términos ambiguos de difícil determinación.

En este caso, deberá resolverse qué es lo que puede comportar para la persecución del delito “problemas sociales más significativos”, lo cual como se ha visto, no atiende a un parámetro objetivo de medida, hecho que puede generar una crítica sobre la decisión del Ministerio Público, basada en la subjetividad de la misma.

Por lo anterior, considero que si el legislador desea hacer referencia a estos temas como criterios de oportunidad, lo más conveniente es establecerlo en el sentido que lo hace el CPPEM, el cual autoriza la aplicación del criterio “cuando se emplee cualquier mecanismo alternativo para la solución del conflicto”, ya que los mecanismos alternativos están previamente establecidos por la legislación, atienden a sus propias reglas y se evita que el Ministerio Público tenga que tomar decisiones con base en interpretaciones problemáticas, que puedan ser acusadas en última instancia, de ser ilegítimas.

b. En virtud de la edad del indiciado

Otra consideración para llevar a cabo la aplicación del criterio de oportunidad es la que expresamente hace referencia a “... que el imputado... tenga más de setenta años y no exista mayor daño al interés social”¹¹¹ o “el imputado tenga ochenta o más años de edad... por lo que fuere notoriamente *innecesaria e irracional la imposición de una consecuencia jurídica*”¹¹² o respecto de esta última, que fuere “notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una *pena privativa o restrictiva de libertad o medida de seguridad*”.¹¹³

Al respecto considero que dicho criterio de oportunidad es acertado, ya que se toma en consideración un factor determinante en la vida del indiciado —su edad—, como punto de partida para valorar si realmente es necesario que el Estado utilice sus recursos para llevar a cabo la persecución penal.

Si bien hoy en día no se puede decir que al alcanzar una cierta edad ya se esté en un estado pleno de vejez, toda vez que ello viene determinado en gran medida por condiciones hereditarias —fortalezas físicas—, cuidado de la salud a lo largo de la vida, actividad mental y no en pocas ocasiones, por la propia actitud que ante la vida se tenga, lo cual permite encontrar personas que a los 50 años presentan un avanzado estado de vejez emocional y adultos mayores que a los 85 años se encuentran en pleno estado de lucidez y buena condición física; lo cierto es que el paso de los años va generando un deterioro físico natural que va reduciendo los procesos de actividad de las personas y las habilidades propias que todos tenemos.

Por ello, tener en cuenta estos procesos naturales es adecuado al momento de considerar la aplicación de los criterios de oportunidad, toda vez que llevar a cabo la persecución penal sobre una

¹¹¹ Cfi: artículos 110, fracción XIII del CPPEM; 150, fracción VI del CPPP; 94, fracción IV del CPPTX; y 216, segunda parte de la fracción VIII del CPPY.

¹¹² Cfi: artículo 129 Bis, fracción IV del CPPG.

¹¹³ Cfi: artículo 241, fracción V del CPPS.

persona que ya ha recorrido un largo camino a través de la vida, implica condenarlo no sólo a un régimen complejo derivado de la propia naturaleza de la pena o medida de seguridad que se le imponga, sino también, a que dicho proceso se lleve a cabo a la par de un deterioro corporal progresivo e inevitable que hará mucho más difícil para el indiciado sobrellevar dicha situación.

En estos casos, el Estado es consciente de dicha situación y actúa en consecuencia, dejando a un lado el interés por llevar a cabo la persecución por un acto de consideración de índole humanitario.

Se observa que esta consideración puede estar relacionada con aquella en la cual se hace referencia expresa al “estado senil” de la persona, en los casos en que una persona mayor de 70 u 80 años se encuentre en dicho estado.

c. Por riesgo o amenaza grave a la seguridad del Estado

Este criterio, también llega a ser establecido por algunos estados en los cuales se señala “cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenazas graves a la seguridad exterior del Estado”.¹¹⁴

Al respecto, considero que la base en la que se fundamenta este criterio de oportunidad es poco objetiva, ya que la determinación del “riesgo” o “amenazas graves” para la seguridad del Estado, terminará siendo definida con base en criterios puramente subjetivos aportados por la autoridad que en ese momento detente el poder público.

Como se ha visto en apartados anteriores, dejar la aplicación de los criterios de oportunidad a la libre valoración o interpretación por parte de la autoridad de sus conceptos, es incorrecto porque atenta en contra de la seguridad jurídica, en virtud de que el criterio terminará siendo determinado por *condiciones* muy particulares, lo cual se traduce en un riesgo, ya que dicho criterio

¹¹⁴ Cfr. artículo 176, inciso *f* del CPPCHIS y 110, fracción VI del CPPEM.

de oportunidad puede terminar transformándose en una herramienta estatal a través de la cual se “legitime” un acto de arbitrariedad carente de real contenido jurídico.

d. Cuando la persecución penal *obstaculice* los esfuerzos del Ministerio Público para investigar hechos de mayor relevancia

Finalmente, encontramos la autorización de la aplicación del criterio de oportunidad “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”.¹¹⁵

Considero que este criterio tampoco se encuentra sustentado por parámetros objetivos, ya que el Ministerio Público por lo general, se encarga de investigar diversas clases de delitos, independientemente de la complejidad que a cada uno de ellos, por sus propias circunstancias, corresponda.

Ello significa que el Ministerio Público administra su trabajo y los tiempos que a cada caso dedica para poder cumplir con cada investigación, independientemente que algunas de ellas sean más demandantes.

Por lo anterior, parece que este criterio de oportunidad otorga al Ministerio Público un amplio margen de discrecionalidad para determinar si le es conveniente prescindir de la persecución penal en aras de que pueda orientar sus esfuerzos a la investigación de hechos de mayor relevancia.

Esa “mayor relevancia” no es determinada por algún criterio o parámetro en particular, lo cual permite que en un caso en concreto en que la conducta realizada por el indiciado, a pesar de poder constituir un posible delito más grave, no sea perseguida

¹¹⁵ *Cf.* artículo 176, inciso *i* del CPPCHIS.

porque el Ministerio Público se encuentra investigando otra que en su opinión, pudiera ser más compleja por el simple hecho de implicarle más trabajo.

Ello se complica si tenemos en cuenta que respecto a dicha hipótesis, el CPPCHIS no requiere que se realice previamente la reparación del daño, lo cual potencialmente puede resultar desfavorecedor para la víctima u ofendido por un hecho que pueda resultar grave, es por ello que establecer este tipo de criterios de oportunidad, es erróneo.