

## CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL\*

SUMARIO: I. *Reflexiones preliminares.* II. *Criterios de oportunidad en el Código Nacional de Procedimientos Penales.*

### I. REFLEXIONES PRELIMINARES

A) Los criterios de oportunidad aparecen por primera vez, en el marco de la justicia penal, en el párrafo séptimo del artículo 21 constitucional. Dicho párrafo se incorporó en la reforma penal constitucional de 2008 (publicada en el *DOF* el 18 de junio de 2008).<sup>1</sup> En él se postula 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”.

Se adujo en ese entonces, como objetivo fundamental de la adopción de estos criterios, la descongestión en cuanto a cargas de trabajo del sistema de justicia penal; es decir, evitar la saturación del trabajo, tanto en las procuradurías como en los tribunales, con delitos poco trascendentes que “no afectan el interés público”, para poder concentrarse en la investigación y persecución de los delitos más graves que lesionan bienes jurídicos de mayor entidad.

En su Dictamen sobre la reforma constitucional, las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados manifestaron que “La aplicación irrestricta del principio de oficialidad 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 precisadas a

\* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Vicepresidenta de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

<sup>1</sup> La reforma constitucional de 2008 recayó en los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; asimismo, en las fracciones XXI y XXIII del artículo 73, la fracción VII del artículo 115 y en la fracción XIII del apartado B del artículo 123.

perseguir, en virtud de una mal entendida inderogabilidad de la persecución penal, que provoca costos constantes de persecución en asuntos que no lo ameritan”. En esa tesisura 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”.

A este respecto habría que señalar, de manera enfática, que para no perseguir esos delitos menores —denominados también de “bagatela”— y que “en nada afectan el interés público”, habría que suprimirlos del ordenamiento penal sustantivo por no proteger bienes jurídicos de la jerarquía elevada, cuya protección corresponde al Derecho penal, o sea destipificarlos, de acuerdo con los principios de intervención mínima, de subsidiariedad y fragmentariedad<sup>2</sup> y no buscar caminos erráticos que trastoquen todo el sistema de justicia penal.

Por otra parte, si los códigos penales, por política criminal, tipifican conductas que merecen sanción y, por tanto, deben perseguirse y sancionarse y, a la vez y también por política criminal (economía procesal), no se van a perseguir ni se van a punir (porque así se consigna en el ordenamiento procesal), estamos ante una paradoja que revela una política criminal contradictoria e irracional.

“El problema de fondo es que implícitamente se reconoce la existencia de tipos penales que el mismo Estado considera inútiles, demasiado onerosos en su persecución o, simplemente, inaplicables”.<sup>3</sup>

De insistir en los absurdos planteados en el Dictamen de la Cámara de Diputados (antes anotado), podríamos llegar al extremo absurdo de ir agregando “criterios de oportunidad” a los ya existentes en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en lugar de cancelar tipos penales innecesarios en los ordenamientos penales. Todo esto desvanece el principio de certeza jurídica.

<sup>2</sup> Gallardo Rosado, Maydeli opina que “la sobresaturación del trabajo del sistema penal no es causado por la aplicación irrestric平a del principio de legalidad en materia procesal penal, sino por una deficiente técnica legislativa que no ha sabido ser respetuosa de los principios rectores de derecho penal, como lo es el de mínima intervención (subsidiariedad o *ultima ratio* y carácter fragmentario)”, *El nuevo rostro de la justicia penal en México. Principio de Oportunidad*, Ed. Porrúa, México, 2011, p. 82.

<sup>3</sup> Natarén Nandayapa, Carlos F., “*Breves reflexiones sobre algunos de los retos en el diseño del nuevo proceso penal ordinario*”, en García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas sobre Justicia Penal*, coordinadores: Sergio, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2009, p. 250.

En consideración a estas y otras situaciones desviadas, pensamos que lo pertinente sería el diseño racional y consistente de una política criminal integral, fundamentada en un diagnóstico de la situación social real que se vive en nuestro país como consecuencia de la inseguridad, la violencia y la impunidad, que nos asuelan.

B) Desde que apareció la reforma constitucional la doctrina mexicana se presentó dividida. Un grupo de juristas estuvo de acuerdo con estos criterios, considerando que la oportunidad reglada no contraviene el principio de legalidad; que diversos países los han adoptado y que en varios Estados de la República, a partir de la reforma constitucional, los incorporaron a sus ordenamientos procesales.<sup>4</sup> También se ha indicado que los criterios de oportunidad tienen su fundamento en el Derecho Internacional de los derechos humanos, particularmente en las denominadas “Reglas de Tokio”;<sup>5</sup> asimismo, se dice que son criterios de selección y depuración del sistema penal que evitan el inicio de procesos penales innecesarios, lo cual permite economizar recursos. Se afirma, también, que la oportunidad reglada no contraviene el principio de legalidad y que su aplicación tiene efectos favorables para descongestionar las prisiones.<sup>6</sup>

Por otro lado, un número considerable de especialistas en la materia manifestaron su reprobación respecto de la disposición constitucional. Se ha considerado que con la adopción de esos criterios se faculta al Ministerio Público para no ejercitar la acción penal aunque tenga pruebas suficientes para hacerlo, lo cual vulnera, sin más, el principio de legalidad (de necesidad y de oficialidad), y se opta por una salida falsa, práctica, de “economía procesal” a los problemas que requieren una justicia verdadera. Con estos criterios se da la espalda a los principios liberales y democráticos que han nutrido el sistema de justicia penal y, particularmente, el ejercicio de la acción penal.

<sup>4</sup> Así: Baja California, Chihuahua, Durango, Estado de México, Morelos, Oaxaca y Zacatecas.

<sup>5</sup> Carbonell, Miguel. *Los juicios orales en México*, México, Porrúa-UNAM, 2010, p. 157.

<sup>6</sup> Vasconcelos Méndez, Rubén señala como fines de los criterios de oportunidad los siguientes: “...aplicación justa e igualitaria del Derecho; el descongestionamiento del sistema judicial; la canalización de recursos económicos, materiales y humanos sólo a ciertos delitos; la concentración en los asuntos más trascendentales y que más daño causan a la sociedad, distinguiendo entre criminalidad mayor y menor; la resolución, de forma rápida, justa y equitativa, de los conflictos derivados de la comisión de delitos; el impulso hacia un proceso de despenalización, ya que si bien el principio no trata de despenalizar sí provoca que ciertos delitos, bajo determinados supuestos, no sean perseguidos; y la reincorporación de las personas que han delinquido a la sociedad”. *Constitución, Ministerio Público y principio de oportunidad*, en *Iter Criminis*, Revista de Ciencias Penales, Instituto Nacional de Ciencias Penales, núm. 8, año 2009, México, p. 57.

Otro debate, suscitado por la adopción de los criterios de oportunidad, es el referente a si los principios de fragmentariedad y subsidiariedad —que siempre han correspondido al derecho penal sustantivo— pueden hacerse valer por el derecho procesal penal como enmienda del derecho penal.<sup>7</sup>

C) Ante todo lo apuntado, es importante tener presente que la Constitución de 1917 instauró un integral sistema de justicia penal, rigurosamente respetuoso de la división de poderes y de los principios que rigen en un Estado Democrático de Derecho, entre ellos el muy fundamental principio de legalidad. Dicho principio, al decir del Dr. García Ramírez, “generalmente comporta una garantía para los ciudadanos y un seguro de buena marcha —no arbitrarria, en todo caso— de la procuración e impartición de justicia”<sup>8</sup>. En este sistema de justicia penal el Ministerio Público tiene como función primordial la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal sin distorsiones. De manera muy precisa, en el artículo 21 se disponía: “La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél”; y en el ámbito federal, en el artículo 102 se preveían las funciones específicas del Ministerio Público. En esta línea de ideas, el Ministerio Público tenía el monopolio del ejercicio de la acción penal, como representante de los intereses sociales que lleva a juicio.

Como bien lo ha expresado el doctor Zamora Pierce: “La acción penal no le pertenece [al Ministerio Público] como un derecho y su ejercicio se le impone como un deber”.<sup>9</sup> “No estaba en manos del Ministerio Público

<sup>7</sup> “La doctrina se encuentra dividida en este sentido, particularmente, en razón de que el principio de intervención mínima es entendido por algún sector, como un presupuesto del derecho penal material que de ninguna forma podría ser visto como un ideal del derecho procesal. Empero, si el derecho procesal penal permite hacer realidad los fines del derecho penal sustantivo, ahí en donde el legislador ha faltado al carácter fragmentario y a la naturaleza subsidiaria del derecho penal, bien puede aparecer como elemento corrector el derecho procesal penal por la vía del principio de oportunidad”. Merino Herrera Joaquín, Ochoa Romero Roberto Andrés *et al.*, *El proceso de aplicación de los criterios de oportunidad*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, p. 13. Véase en <http://setec.egobienio.gob.mx/files/2013/03/El-proceso-de-aplicacion-de-los-criterios-de-oportunidad.-Merino-Herrera-Ochoa-Romero-Rosas-Barcena.pdf>.

<sup>8</sup> Además, agrega que al principio de legalidad “se le asocian las ventajas de que desentierra la arbitrariedad y elimina las confabulaciones entre el acusado y la autoridad persecutoria. En cambio, bajo el prisma de la oportunidad el Ministerio Público ha de resolver sobre el ejercicio de la acción penal (dados los supuestos legales), habida cuenta de motivos de conveniencia (frecuentemente política) que pudiera hacer deseable, en la especie, la persecución del delito”. *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?* Ed. Porrúa, México, 2008, pp. 39 y 40.

<sup>9</sup> *Juicio Oral. Utopía o realidad*, Editorial Porrúa, México, 2012, pp.49.

abstenerse de promover el proceso resolviendo por sí y ante sí sobre la conveniencia de hacerlo”.<sup>10</sup>

La distorsión de la Institución del Ministerio Público fue sobreviniendo en la práctica, avalada, en muchos casos, por los códigos de procedimientos penales, que le fueron otorgando facultades para investigar y decidir por sí y ante sí, sin la intervención del juez y de la defensa. Por otra parte, el incremento desmedido del crimen organizado se ha utilizado como justificación para “flexibilizar” la actuación del Ministerio Público, en algunos casos, hasta con violación a los derechos humanos.

D) En la reforma penal constitucional de 2008, se introducen, en relación al Ministerio Público, entre otros, dos cambios trascendentales en el artículo 21: *a)* Se da cabida a la acción penal ejercida por particulares, con lo cual se extingue el monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público<sup>11</sup>, y *b)* Se incorpora, como ya se anotó, la facultad del Ministerio Público de tomar en consideración, para el ejercicio de la acción penal, los criterios de oportunidad en “los supuestos y condiciones que fije la ley”.

## II. CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

A) Ahora bien, el Código Nacional de Procedimientos Penales (publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014) regula, de manera específica, los criterios de oportunidad en los artículos 256, 257 y 258. En el artículo 256 se recogen estos criterios en siete fracciones.

Sobre estas fracciones me permitiré apuntar, sintéticamente, algunas reflexiones. Pero antes estimo pertinente anotar lo expuesto en el “Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Se-

<sup>10</sup> *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, Porrúa, México, 2008, p. 39.

<sup>11</sup> A este respecto, en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y de Estatutos Legislativos del Senado de la República se inscribe: “En relación con el ejercicio de la acción penal, y con el ánimo de hacer congruentes todas las modificaciones al sistema de procuración y administración de justicia que contempla esta reforma, se hace evidente la necesidad de romper con el monopolio de la acción penal que actualmente tiene el Ministerio Público. En efecto, esta reforma abre la posibilidad de ejercer directamente la acción penal por parte de (*sic*) los particulares, en los casos que expresamente prevea la ley secundaria, sin perjuicio de que el Ministerio Público pueda intervenir en estos supuestos para salvaguardar el interés público, lo que contribuirá en forma importante a elevar los niveles de acceso a la justicia en materia penal”.

gunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales”. En este documento se argumenta, como justificación de estos criterios: “La aplicación de este principio [se refiere a los criterios de oportunidad] implica un verdadero cambio de paradigma. Significa dejar atrás la institución de la estricta legalidad y replantear el concepto de justicia. Los criterios de oportunidad consisten en acotados márgenes de discrecionalidad, —ya no de arbitrariedad— a través de los cuales el Ministerio Público podrá ejecutar la política criminal del Estado mexicano...”. Este razonamiento es, en mi opinión, un absurdo del legislador y un atropello a la justicia mexicana se agrega, además, en dicho Dictamen, que tales criterios “no representan en ningún caso mecanismos de despresurización del sistema de justicia penal, sino la expresión de una política criminal enfocada en aumentar la efectividad del sistema de justicia en la persecución de los delitos que más afectan la percepción de inseguridad e impunidad de la ciudadanía”.

Con estas palabras contradice lo afirmado en el Dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados a propósito de la reforma constitucional de 2008.

Procederé a comentar los casos en que operan los criterios de oportunidad.

#### Fracción I

Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia.

Los primeros dos supuestos no presentan problema alguno porque, desde antes de aparecer el Código Nacional de Procedimientos Penales, ya estaban previstos en los diversos códigos de procedimientos penales como excepciones a la procedencia de la privación de libertad. En cuanto a la tercera hipótesis se advierte que la única salvedad es que el delito “no se haya cometido con violencia”.

Debe subrayarse que en el grupo de delitos cuyo máximo es de cinco años de prisión, quedan comprendidos diversos supuestos delictivos que merecen especial atención por su gravedad y por su relevancia en cuanto al interés social; entre otros, los delitos cometidos por servidores públicos, tales como los así dispuestos en el Código Penal Federal: el Ejercicio abusivo de funciones (Art. 214), el Cohecho (Art. 222), el Peculado (Art. 223), y el Enriquecimiento ilícito (Art. 224), cuando el monto distraído, la cuantía de las operaciones o los fondos utilizados indebidamente, la dádiva o promesa no

exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito (cinco mil veces dicho salario tratándose del enriquecimiento ilícito). En todos estos delitos se impondrá prisión de tres meses a dos años, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Si en estos casos el Ministerio Público aplica el criterio de oportunidad, el servidor público no será separado de su cargo ni será inhabilitado; ¿seguirá actuando delicativamente. ¿Qué hará el Ministerio Público? El Código Nacional de Procedimientos Penales no lo prevé. Asimismo, se abarcan los delitos de lesiones: cuando dejen en el ofendido “cicatriz en la cara perpetuamente notable”, cuando: perturben para siempre la vista o disminuyan la facultad de oír y cuando entorpezcan o debiliten órganos, miembros o facultades. Todas estas situaciones son muy graves y con la aplicación del criterio de oportunidad quedarán impunes.

Los citados delitos regulados en el Código Penal Federal, se encuentran consignados en la misma forma en el ordenamiento penal para el Distrito Federal, y en varios códigos penales de los Estados de la República.

## Fracción II

Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares.

En cuanto a los delitos “de contenido patrimonial cometidos sin violencia”, no se hace mención de la cuantía, lo cual es grave porque para los efectos de la aplicación de criterios de oportunidad hubiera sido importante precisar límites mínimos y máximos, como se hace en los ordenamientos penales en relación con el robo, al fraude y en general con la mayoría de estos delitos patrimoniales.

Por otra parte, los delitos fiscales tienen contenido patrimonial y, sin embargo, se excluyen de la aplicación de los criterios de oportunidad, con lo cual se viola el principio de igualdad. Además, resultaría mejor que el imputado pague una multa elevada y repare íntegramente el daño causado.

Por lo que respecta a los delitos culposos, debe advertirse que entre ellos hay supuestos sumamente graves y, no obstante, el Código Nacional de Procedimientos Penales no hizo ninguna distinción: los abarcó a todos.

En el Código Penal para el Distrito Federal (Art. 76), así como en la mayoría de los ordenamientos penales de las diversas entidades federativas, se adopta, en relación a los delitos culposos, el sistema de *numerus clausus*; lo que significa que los delitos sancionables cometidos en forma culposa se prevén en un catálogo limitado. El artículo 76 del ordenamiento Penal para el Distrito Federal, que contiene este catálogo de delitos, incluye: el homicidio simple (art. 123), las lesiones tipificadas en el artículo 130: que tardan en sanar más de 15 días y menos de 60 días (F-II); las que tardan en sanar más de 60 días (F:III); las que dejan cicatriz permanentemente notable en la cara (F-IV); las que disminuyen alguna facultad o el normal funcionamiento de un órgano o de un miembro (F.V); las que produzcan la pérdida de cualquier función orgánica, de un miembro, de un órgano o de una facultad, o causen una enfermedad incurable o una deformidad incorregible (F:VI), y las que pongan en peligro la vida (F-VII). Además, se encuentra la evasión de presos, prescrita en los artículos 304 y 305 y 306, fracción II y 309 párrafo segundo. La fracción II del artículo 306 contempla el supuesto de que sea el servidor público en funciones de custodia el que indebidamente ponga en libertad o favorezca la evasión. Así como esos delitos, hay otros más cuya conducta no puede quedar impune, aunque sea culposa.

El Código Penal Federal, en el capítulo concerniente a la: “Aplicación de sanciones a los delitos culposos”, estatuye, en el artículo 60, casos similares a los consignados en el Distrito Federal.

### Fracción III

Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído [no dice que “padezca”, lo que sería más adecuado] una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena.

Este y otros criterios humanitarios ya están contenidos en la mayoría de los códigos penales de los Estados de la República, en el Distrito Federal, y en el Federal. La regulación, en el ordenamiento penal, es la correcta porque se trata de ausencia (o, en algunos casos, de disminución) de punibilidad, y el establecimiento de punibilidades compete precisamente al Derecho penal sustantivo.

Si se aplicara alguna pena se afectarían más y de manera innecesaria aspectos psíquicos, a veces irreversibles.

El Código Penal para el Distrito Federal recoge estos casos en los artículos 75 y 75 Bis, y el Código Penal Federal los postula en el artículo 55.

#### Fracción IV

La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta al imputado por otro delito, o la que podría aplicarse al mismo por otros delitos o bien, por la pena que previamente se le haya impuesto o podría llegar a imponérsele en virtud de diverso proceso tramitado en otro fuero.

La redacción de esta fracción es, además de imprecisa y ambigua, incompleta: no apunta los datos que son necesarios para saber por qué la pena que podría aplicarse carece de importancia frente a la otra pena ya impuesta o que podría imponerse en otro juicio del mismo fuero o de fuero distinto.

En el texto se plantean tres supuestos poco claros. De su lectura podría interpretarse que en todos se dispone que la pena o la medida de seguridad que corresponden al delito, respecto del cual el Ministerio Público está facultado para no perseguir, son menores en relación con las ya impuestas a otros delitos o que podrían llegar a imponerse. En resumen, se pretende prescindir de la pena o medida de seguridad de menor gravedad o relevancia.

Con este criterio de oportunidad, por un lado, se está premiando algo parcialmente similar a la reincidencia y, por otro, sin más se está beneficiando al imputado al no aplicarle la pena que merecería por el delito menor cometido. En lenguaje más claro: la fracción pudiera verse como una invitación a delinquir.

#### Fracción V

Cuando el imputado aporte información esencial para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, la información que proporcione derive en la detención de un imputado diverso y se comprometa a comparecer en juicio. En estos supuestos, los efectos del criterio de oportunidad se suspenderán hasta en tanto el imputado beneficiado comparezca a rendir su declaración en la audiencia de juicio.

Es oportuno tener presente que la reforma constitucional en materia penal de 2008, introdujo, en el artículo 20, Apartado B (Derechos del imputado), fracción III párrafo segundo, un postulado lamentable: “La ley establecerá beneficios a favor del imputado, procesado o sentenciado que presente ayuda eficaz para la investigación y persecución del delito en materia de delincuencia organizada”. Pero cabe destacar que estas ideas no son nuevas, empiezan a surgir con motivo de la elaboración de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que data de 1996 (7 de

noviembre). En dicha Ley, se introdujeron, por primera vez, esta clase de medidas reprobables.<sup>12</sup>

Ahora, con el criterio de oportunidad —que nos ocupa— se propone, como providencia inteligente, la negociación de las autoridades con los delincuentes. Tales providencias, además de hacer patente la falta de capacidad de las autoridades para combatir la delincuencia y la inseguridad, abren la puerta a la corrupción.

Por otra parte, estas disposiciones desesperadas e irreflexivas, que antes sólo se referían a la delincuencia organizada, se han ido expandiendo en los ordenamientos procesales y han contaminado todo el sistema de justicia penal hasta convertirse en una auténtica compraventa de la impunidad.

Ante estas distorsiones de la justicia penal cabe preguntarnos —algo que yo me pregunto a menudo— ¿realmente estamos transitando por un auténtico Estado Democrático de Derecho o sólo lo pregonamos?<sup>13</sup>

#### Fracción VI

Cuando la afectación al bien jurídico tutelado resulte poco significativa.

Este supuesto es el clásico en el que, sin discusión, debe procederse a la destipificación de la figura delictiva en el Código penal que la contenga. El problema es de carácter penal sustantivo. No hay razón para que el ordenamiento procesal proponga soluciones que jurídicamente son inadecuadas.

En cuanto al texto procesal propuesto vale preguntar: ¿Para quién es poco significativa la afectación del bien jurídico? ¿Para el imputado, para el afectado o para la sociedad? El texto no ofrece respuesta alguna.

Otros ordenamientos procesales de diversas entidades federativas, a propósito de un criterio similar, aluden a “hechos insignificantes de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución a éste” Así, los Estados de Morelos, Michoacán, Oaxaca, Zacatecas, Yucatán y Chiapas. Por su parte, Durango, Chihuahua, Tlaxcala, Baja California e Hidalgo, de manera un poco más clara, se refieren a “un hecho socialmente insignificante o de mínima o exigua culpabilidad del imputado”.

<sup>12</sup> El doctor Sergio García Ramírez afirma que la reforma penal constitucional, “introdujo mecanismos de negociación entre el Estado y el delincuente sometiendo la justicia penal al juego de la oferta y la demanda. Y lo peor, engendró una cultura penal que hoy lucha por sus fueros” a dos lustros de distancia, los resultados de esa ley son ampliamente sabidos por la opinión pública, *op. cit.*, nota 10. *La reforma penal constitucional 2007-2008, ¿Democracia y autoritarismo?*, p. 51.

<sup>13</sup> Islas de González Mariscal, Olga. *La justicia penal en la reforma constitucional de 2008*, en Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (coords.), *La reforma constitucional en materia penal*, IX Jornadas de Justicia Penal, IIJ-UNAM-Inacipe, México 2009, p. 226.

De cualquier manera, el texto que se adopte no cambia el fondo del problema: la única solución es la cancelación de los tipos penales que tutelan bienes jurídicos que no son de la jerarquía de los que debe tutelar el ordenamiento penal.

#### Fracción VII

Cuando la continuidad del proceso o la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines preventivos de la política criminal.

El contenido de esta fracción es francamente arbitrario: establece la discrecionalidad más amplia del Ministerio Público en la persecución del delito. Además, la redacción es vaga y ambigua.

Aquí es importante subrayar lo que ha afirmado en conferencias la ex Ministra Victoria Adato: “En ningún artículo del Código Nacional de Procedimientos Penales, ni de otro ordenamiento, se establecen cuáles son los fines preventivos de la política criminal”. En otras palabras: la persecución de los delitos queda subordinada a las consideraciones subjetivas del Ministerio Público.

Por otra parte, frente a este criterio de oportunidad tenemos, como principio general del proceso penal, lo postulado en la fracción I del apartado A del artículo 20 constitucional, que a la letra dice: “El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”. Se transgrede, en consecuencia, uno de los principios básicos de la norma suprema.

B) Una vez concluido el señalamiento de los casos en que operan los criterios de oportunidad, el CNPP, en un párrafo dispuesto en el mismo artículo 256, se establecen los delitos en relación a los cuales no es aplicable el criterio de oportunidad. Dichas excepciones son: los delitos “contra el libre desarrollo de la personalidad, la violencia familiar, los delitos fiscales y aquellos que afecten gravemente el interés público”.

La excepción expresa es innecesaria porque ninguno de esos delitos tiene cabida en las fracciones en las que se consignan los criterios de oportunidad.

Estos delitos, sin excepción, deben perseguirse con eficiencia porque afectan bienes jurídicos que deben protegerse rigurosamente por la lesividad que entrañan y por su trascendencia social.

Se observa que no se hace referencia a los delitos cometidos por servidores públicos, lo cual me parece una omisión grave porque si en las instituciones de procuración de justicia se perciben desvíos, atropellos, corruptelas,

falta de profesionalismo y hasta colusión con miembros de la delincuencia organizada, ello debiera determinar que en esos casos las autoridades fueran más exigentes.

En el párrafo siguiente se apuntan las bases para aplicar los criterios de oportunidad. Se alude a razones objetivas y sin “discriminación”, pero ¿a qué se refiere esa discriminación, a las personas o a los delitos? se dice, además, que el análisis se hará “valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código”, lo cual es correcto, pero se añade que en esa valoración deberán, también considerarse los “criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente”. Cabe preguntarse: ¿Cuáles son esos criterios generales? No se precisa nada, no obstante en el párrafo introductorio de este artículo (256) se anota que el análisis objetivo (de los datos que consten en la investigación) se hará conforme a “las disposiciones normativas de cada Procuraduría”. Este señalamiento pudiera considerarse menos impreciso porque puntualiza que se trata de “disposiciones normativas”. Sin embargo, tales “disposiciones”, que pueden ser: reglamentos, circulares o acuerdos, no son conocidas por el público en general; por ende, no son conocidas ni por el imputado que es el beneficiado ni por la víctima que posiblemente sufra el daño; además, pueden ser cambiadas o modificadas con facilidad; por lo cual producen inseguridad tanto para el imputado como para la víctima. En resumen, esta alusión podría transgredir el párrafo segundo del artículo 14 constitucional.

En los dos últimos párrafos se indica que los criterios de oportunidad se pueden aplicar “hasta antes de que se dicte el auto de apertura al juicio” y que esta aplicación debe ser autorizada por el Procurador o por el servidor público en quien se delegue esta facultad.

El efecto de la aplicación de los criterios de oportunidad se regula en el artículo 257. En su primer párrafo, se determina que dicho efecto es la extinción de la acción penal, pero, además, establece reglas para la aplicación respecto a los autores o partícipes en los diversos supuestos en que se permite la aplicación de los criterios de oportunidad. En el caso de la fracción IV, se suspende el ejercicio de la acción penal.

Como conclusión me parece que estos criterios de oportunidad, aunque en otros países hayan dado buenos resultados en cuanto a la economía procesal, no son precisamente el faro de luz en el sistema de justicia penal mexicana, como se les quiere presentar.

Con la aplicación, de los criterios de oportunidad se va a incrementar, la desconfianza de los denunciantes y querellantes respecto a la impartición de justicia. ¿Tendrá sentido formular la denuncia o la querella si la investigación quedara inconclusa como consecuencia de la aplicación de un criterio

de oportunidad? Ello, de manera inevitable, suscitará un sentimiento de frustración que se va agregar al daño sufrido por el delito?

Estoy segura que con la aplicación de tales criterios sí se van a descongestionar las procuradurías y a los tribunales de las cargas de trabajo, pues un número considerable de delitos no se van a perseguir; pero yo me pregunto: ¿Es el camino que se debe tomar? ¿Es la ruta que queremos para el sistema de justicia penal mexicano: evitarles trabajo a los tribunales con merma de la justicia e incremento de la impunidad?