

**"ANÁLISIS FUNCIONAL DEL PRINCIPIO
DE OPORTUNIDAD"**



TESIS

Que para obtener el Título Profesional de
LICENCIADO EN DERECHO
Presenta

Alejandro Panduro Reyes

Director de Tesis: **Dr. Raúl Guillén López**

Hermosillo, Sonora.



Año 2009.

Universidad de Sonora

Repositorio Institucional UNISON



**"El saber de mis hijos
hará mi grandeza"**



Excepto si se señala otra cosa, la licencia del ítem se describe como openAccess

A mi madre, Gertrudis;

A mi padre, Juan;

A mi hermano, Rubén.

“Una familia feliz no es sino un paraíso anticipado”

Sir John Bowring (Político Inglés)

AGRADECIMIENTOS

A Germán, por su apoyo, diálogos y consejos, tanto en el desierto como en tierra de conspiradores. También, por alguna vez coincidir en una idea: *El diablo está en los detalles*;

A Juan Soto, por su incondicional amistad en este proceso de transición.

A mi director de Tesis, Dr. Raúl Guillén López, por compartir hacia mi, sutiles y oportunos consejos. Agradecido por siempre.

ANÁLISIS FUNCIONAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

PLANTEAMIENTO

1. *Motivos y alcances esperados con la investigación*..... (7)
2. *Criterios metodológicos básicos ¿Qué se entiende por funcional?* (10)

CAPÍTULO 1

ALGUNOS CRITERIOS DE JUSTIFICACIÓN EN LA REFORMA PENAL MEXICANA

1. *Preliminar* (15)
2. *Críticas al sistema de justicia penal por el manejo de indicadores* (15)
3. *Objetivos esperados con la reforma penal. Énfasis en la eficiencia del sistema de justicia penal* .(21)
4. *Implicaciones en la transición del modelo procesal* (25)

CAPÍTULO 2

FUNDAMENTOS DE LA OPORTUNIDAD

1. *Aproximación* (29)
2. *Aspectos conceptuales del principio de oportunidad.* (29)
3. *Valoración del término Principio* (34)
4. *Confrontación entre los principios de legalidad y oportunidad* (41)
5. *Relación con otros principios penales distintos al de legalidad* (45)
6. *Notas finales* (59)

CAPÍTULO 3

SEGUIMIENTO EN DIVERSAS EXPERIENCIAS DE REFORMA PENAL

1. *Planteamiento* (60)
2. *Caso Norteamericano* (60)
3. *Experiencia Europea* (64)
4. *Caso Latinoamérica* (72)
5. *Notas finales a manera de comparación* (79)

CAPÍTULO 4

LINEAMIENTOS PROCESALES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

<i>1. Resumen</i>	(80)
<i>2. Ejecución de los criterios de oportunidad</i>	(81)
<i>3. Breves avances en la normatividad actual</i>	(91)
<i>4. Recapitulación</i>	(93)

CAPÍTULO 5

DIFUSIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DESDE VARIOS ENFOQUES PROPUESTOS

<i>1. Resumen</i>	(95)
<i>2. Relación con la política criminal y diversas posturas de la criminología</i>	(95)
<i>3. Relación con la teoría general del proceso</i>	(101)

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES	(105)
-------------------------------------	-------

REFERENCIAS	(110)
-------------------	-------

PLANTEAMIENTO

1. Motivos y alcances esperados con la investigación

La incidencia delictiva es un fenómeno que genera una serie de problemas al Estado, por lo cual, existen diversas estrategias para tratar este fenómeno debido a sus implicaciones en la sociedad. En México la solución a este problema se apoya en normas de derecho penal y procesal, así como de legislaciones especiales. Lo anterior, es de utilidad al Estado en la planeación de estrategias para prevenir y —en su caso mediante el poder público— reprimir las conductas prohibidas por la ley penal.

Explícita e implícitamente los sistemas de justicia han adoptado un principio derivado de la carga que tiene el Estado para solucionar o mantener estable la situación delictiva. Este principio se denomina *legalidad procesal* y consiste en que todo hecho en donde se presume la comisión de un delito debe seguirse su persecución hasta el final, de acuerdo a las formas establecidas. Si la ley penal establece que los delitos son afectaciones a la integridad humana, un proceso que busque hacer efectiva la norma, debe considerar la generalidad de la ley, por tanto, el sistema de justicia tiene que investigar y —si es procedente— enjuiciar todas las conductas previstas en la ley penal.

En el transcurso de varias décadas, el seguimiento del principio de legalidad procesal se fue matizando por criterios de selección informales que son apreciados estadísticamente. Además, algunas legislaciones europeas —con influencia del sistema anglosajón—, buscaron mejorar criterios de eficiencia institucional y dar salida a diversos casos en donde el sistema permitía —por la levedad de la lesión causada— una solución distinta a la establecida por el procedimiento penal. A su vez, en Latinoamérica se han promovido reformas a los sistemas de justicia para tratar de revertir diversos aspectos negativos de los mismos (sistema penitenciario que ha fracasado en el cumplimiento de sus objetivos; la saturación y los criterios operativos poco eficientes utilizados en la administración de justicia, entre otras) que demuestran un seguimiento del principio de legalidad que no está cumpliendo con los objetivos del modelo inquisitivo —o mixto—,

dando una transición hacia el modelo acusatorio y adversarial.¹ Recientemente, en México se han modificado algunas facultades de la función judicial y administrativa, en específico, con los alcances de los principios del proceso penal.

Precisamente, esta investigación procura explicar, dentro de esas modificaciones, el *principio de oportunidad*, o criterio, como establece el decreto oficial en el caso mexicano:

Artículo 21. “La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial....

El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.”²

Consiste en una facultad del órgano investigador para no ejercitar la acción penal por motivos de conveniencia. Racionalizará los números de consignaciones para mantener estable la carga laboral en juzgados, y con ello, exista una mejor función judicial en aquellos delitos en donde haya más afectación, debido a las características del nuevo modelo procesal que exigen mayor preparación en la investigación y en las audiencias.³

¹ Los fundamentos de un proceso adversarial o acusatorio responde a un equilibrio en las garantías o derechos fundamentales tanto del derecho penal como del proceso, es decir, mantener un derecho penal garantista respecto a las penas y medidas de seguridad y aplicarlo de igual forma en el proceso. Según Eugenio Zaffaroni esto era usual en el estudio de la norma penal (sustantiva y procesal) antes del siglo XIX como tradición legislativa de enlistar en un mismo cuerpo de normas las ideas de un derecho penal y de su proceso. Ambas disciplinas trabajan en distintas perspectivas, sin embargo, la necesidad de que converjan en un mismo plano político e ideológico (política criminal) debe mantenerse en la regulación normativa. Así, a un derecho penal limitador o de garantías corresponde un derecho procesal penal acusatorio, y a un derecho penal autoritario un proceso penal inquisitorio. Finalmente Zaffaroni expone: *En un derecho penal más republicano, las infracciones no son signos sino lesiones a derechos o bienes jurídicos, que conllevan un mal en sí mismas. Por ello, es necesario saber qué es lo que se imputa al sujeto y debatir entre las partes las pruebas al respecto. Esto requiere que las funciones procesales se separen nítidamente y que la materia de acusación quede bien determinada antes del debate o juicio. De allí las bases del sistema acusatorio, que es la manifestación procesal del derecho penal liberal o de garantías. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Proceso penal y derechos humanos: códigos, principios y realidad”, en Zaffaroni, Eugenio Raúl (coord.), *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*, México, ed. Porrúa- ILANUD, 2000, pp. 6-8.*

² DOF, 18 de Junio de 2008.

³ Básicamente las finalidades del modelo adversarial expuesto por las reformas al sistema penal, se ubican en el artículo 20 constitucional, apartado A, del cual surgen específicamente una serie de principios que motivan el proceso: Artículo 20. *El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.* Para que este principio operen con plenitud es necesario que exista una solvencia en las agendas de audiencias de juicio oral.

En este trabajo se explicarán algunos de sus aspectos, pues la reciente reforma constitucional en México permite la operación de esta figura dentro de la dinámica del sistema de justicia penal.

En el primer capítulo se comentan algunos factores que justificaron la reforma constitucional en materia penal y algunas tendencias respecto a la figura de esta investigación. En el capítulo segundo se muestran los aspectos conceptuales del principio de oportunidad ubicados en otras fuentes de investigación. Posteriormente, se hace una valoración sobre el término *principio*, motivado por la inconsistencia en las ciencias penales de considerar a la disposición de la acción penal como principio, ya que hay ocasiones en donde se hace énfasis de que solo es un criterio de operatividad del sistema por racionalizarse el poder represivo y no llega a ser considerado principio. Se establecerá cuál es la vertiente que se debe seguir para su estudio. Finalmente en el capítulo se establece una relación con otros principios del proceso penal.

El siguiente apartado describe la experiencia comparada que ha tenido el principio de oportunidad en sistemas como el norteamericano —donde tiene el grado de principio rector del procedimiento—, algunos casos de la experiencia europea y de la reformas en Latinoamérica. Después de analizar qué es y dónde ha operado el principio de oportunidad, el capítulo cuarto expone algunos mecanismos específicos en las funciones del ministerio público y en la etapa de juicio, tales como: valor probatorio de las actuaciones; los procedimientos de suspensión del proceso a prueba y condena condicional; disposición de la pena con beneficios para el imputado —o derecho premial—, entre otras circunstancias que permiten los criterios de oportunidad por esa disposición conveniente de la acción penal pública. En el último capítulo se comentan algunos tópicos que apoyan la difusión del tema de investigación.

De manera general, los objetivos que se pretenden con este documento son los siguientes: 1) Delimitar los niveles de operación del principio de oportunidad, entendiendo su pertinencia o no, en el modelo procesal mexicano; 2) Señalar sus beneficios dentro de un problemática planteada; 3) Observar sus fundamentos; 4) Detallar aspectos significativos de las regulaciones procesales comparadas sobre los lineamientos procesales del principio de oportunidad; 5) Entender cómo funciona este mecanismo.

Para documentar el capitulado, se utilizan investigaciones especializadas sobre justicia penal; reforma judicial e institucional; derecho y proceso penal; principio de oportunidad; principios constitucionales, entre otros. Se observará el uso de referencias a través de cita a pie de texto dada la confrontación necesaria del tema y los márgenes de objetividad con los que espera desarrollar este trabajo. Para diversificar la frase *principio de oportunidad*, se entenderá de igual manera al referirnos a la *oportunidad, conveniencia de la acusación, criterios de oportunidad, discreción en la acusación*.

2. Criterios metodológicos básicos ¿Qué se entiende por funcional?

Al estudiar un modelo procesal es necesario analizar aspectos de funcionalidad. Este término, desde el punto de vista de la sociología o la filosofía⁴ representa una “actuación de algo”, en este caso, la actuación de un sistema de acuerdo a ciertos fines delimitados previamente.

Estrictamente, un análisis funcional responde a diversas características aportadas por la sociología.⁵ Émile Durkheim desarrolló algunos postulados básicos de los estudios funcionales, expresando que, para explicar un fenómeno social es preciso investigar

⁴ La función conceptual es definida por Kant como *la unidad del acto de ordenar diversas representaciones bajo una representación común*. En sentido análogo, Husserl entiende por función la actividad de la conciencia en cuanto dirigida a un fin y de tal manera la consideración funcional sustituye a la descripción y clasificación de las vivencias singulares, aparece la consideración de lo singular “desde el punto de vista teleológico de su función que es hacer posible la unidad sintética.” En sociología la función ha sido definida por Durkheim como *la relación entre una institución y las necesidades de un organismo social, o sea, como la actividad por la que una institución contribuye al mantenimiento del organismo*. Funcionalismo es el término empleado en las ciencias humanas para indicar doctrinas y métodos de investigación que utilizan el concepto, entendido y definido de diversas maneras, de función. Cfr. ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 4ª edición, Trad. Esteban Calderón (*et al*), México, 2004, pp. 515- 517.

⁵ Un estudio funcional, metodológicamente debe reunir ciertas características. Sánchez Vásquez hace una sistematización breve de éstas, detallando el desarrollo de dicho método en las ciencias sociales. Se analiza en primer lugar el término *función* y de sus variados elementos etimológicos se entiende —acorde al presente caso—, como “diversas actividades específicas, en donde las relaciones sociales impactan a la comunidad”. De ahí que estos trabajos —funcionales— deben hacer un análisis comparativo y recopilar elementos de utilidad en la observación de las funciones. De acuerdo con Timasheff: *Debemos aprender, por inspección, las relaciones de coexistencia y sucesión en que los fenómenos sociales están unidos unos con otros. Comparando sociedades de diferentes tipos y sociedades en diferentes fases, debemos averiguar qué rasgos de tamaño, estructura, funciones, aparecen asociados entre sí*. Cfr. SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Rafael, *Metodología de la ciencia del derecho*, 6ª edición, México, ed. Porrúa, 2003, p. 41.

separadamente la causa eficiente que lo produce y la función que viene a llenar. En este sentido, la función de un hecho social debe buscarse siempre en la relación que tiene con algún fin público. Algunos de los postulados más importantes del funcionalismo son los siguientes:

- Función entendida como referencia de todo el sistema social;
- Todo elemento social y cultural cumple funciones sociológicas;
- Todos los elementos son importantes.⁶

Autores como Radcliffe–Brown⁷ y Malinowski⁸ —siguiendo las ideas de Durkheim— exponen diversas posturas sobre el término función y la viabilidad de analizar necesidades de grupos o sociedades determinadas. Ellos reconocen la importancia de estudiar las estructuras, límites y patrones de los objetos de estudio para comprobar niveles de funcionalidad. A partir de la década de 1950 la sociología norteamericana

⁶ Sánchez Vásquez expone que la metodología de Durkheim *gira en torno a la formulación de reglas para escoger hechos sociales como materia de estudio. Ante todo, para observar hechos sociales hay que eliminar radicalmente los prejuicios. En segundo lugar, el investigador debe ocuparse de hechos sociales como independientes de sus manifestaciones individuales y buscar la base permanente de sus costumbres colectivas; debe estudiar las normas como tales... en su propia y permanente existencia. Cfr. Ibidem. p. 42.*

⁷ Radcliffe –Brown relaciona el término de estructura social con el término función. Al respecto, expresa que: *Si examinamos una comunidad podemos reconocer la existencia de una estructura social: los seres humanos están conectados por un conjunto definido de relaciones sociales dentro de un todo integrado... La continuidad de una estructura se mantiene a través del proceso de vida social, el cual consiste en las actividades e interacciones de los seres humanos individuales y de los grupos organizados en los cuales están unidos. La vida social de la comunidad se define aquí como el funcionamiento de la estructura social. El concepto de función... implica entonces la noción de una estructura consistente, de un conjunto de relaciones entre entidades unitarias, la continuidad de las estructuras siendo mantenida por un proceso vital formado por las actividades de las unidades constituyentes. Cfr. GUTIÉRREZ PANTOJA, Gabriel, *Metodología de las ciencias sociales. T. I*, 2ª edición, México, ed. Oxford, 2005, p. 181. Además, Radcliffe- Brown define la función de una actividad recurrente como la parte que tiene en la vida social como un todo, y por lo tanto, la contribución que aporta al mantenimiento de una continuidad estructural. Vid. ABBAGNANO, Nicola, *Cit*, nota 4, p. 516.*

⁸ Malinowski refiere el funcionalismo a una serie consecutiva de elementos que forman la sistematicidad de una metodología —funcionalista—. La definición de función la expone de acuerdo a lo siguiente: *...esta claro que el conjunto de reglas, esto es, el propósito reconocido del grupo, y la función, esto es, el efecto integral de las actividades, tienen que distinguirse claramente. El conjunto de reglas es la idea de la institución tal como lo consideran sus miembros y tal como es definida por la comunidad. La función es el rol de esa institución dentro del sistema social de la cultura, tal como sea definido por el sociólogo investigador...al relacionar los tipos generales de las actividades con sus efectos en la vida total, podríamos evaluar la función de cada sistema de actividades organizadas. Vid. GUTIÉRREZ PANTOJA, Gabriel, *Cit*, nota 7, p. 182. El análisis funcional en la sociología tiende a mostrar la parte que las instituciones tienen en la totalidad de un sistema cultural, como afirma Malinowski o, en otros términos, la contribución de una institución al mantenimiento del conjunto social de que forma parte. Vid. ABBAGNANO, Nicola, *Cit*, nota 4, p. 517.*

elabora algunos trabajos que redimensionan los estudios funcionales. Por ejemplo, Talcott Parsons enuncia en su teoría del “funcionalismo- estructural” un esquema denominado “AGIL”, que contempla —en ese orden—: una adaptación, capacidad para alcanzar metas propuestas, *integración* y latencia (mantenimiento de patrones).⁹ Después de esta metodología aparecen nuevas corrientes que parten de la obra de Parsons,¹⁰ pero que se consideran teorías más completas por los variados elementos que intervienen en un estudio sociológico más integral.¹¹

⁹ Expone al respecto de la adaptación que *todo sistema debe satisfacer las exigencias situacionales externas. Debe adaptarse a su entorno y adaptar el entorno a sus necesidades*; En la capacidad para alcanzar metas, *todo sistema debe definir y alcanzar sus metas primordiales*; por integración se entiende que: *todo sistema debe regular la interrelación entre sus partes constituyentes. Debe controlar también la relación entre los otros tres imperativos funcionales. (A, G, L)*; en el mantenimiento de patrones o “latencia”: *el sistema debe proporcionar, mantener y renovar la motivación de los individuos y así las pautas culturales que mantienen y crean la motivación*. De acuerdo a los lineamientos del funcionalismo estructural, éste trabaja con los siguientes supuestos: 1. Los sistemas tienen la característica del orden y la interdependencia de las partes; 2. Los sistemas tienden hacia un orden que se mantiene por sí mismo o en equilibrio; 3. Los sistemas pueden ser estáticos o verse implicados en un proceso ordenado de cambio; 4. La naturaleza de una parte del sistema influye en la forma que pueden adoptar las otras partes; 5. Los sistemas mantienen fronteras con sus ambientes; 6. La distribución y la integración constituyen dos procesos fundamentales y necesarios para el estado de equilibrio de un sistema; 7. Los sistemas tienden hacia el auto mantenimiento. Cfr. RITZER, George, *Teoría sociológica moderna*, Trad. María Casado Rodríguez, Madrid, 5ª edición, ed. McGraw Hill, 2002, pp. 118- 125.

¹⁰ Por ejemplo, el paradigma funcional de Merton —que retoma algunas ideas y diversas críticas expuestas por Parsons —, se compone de once aspectos: 1) Todos los datos del campo sociológico pueden analizarse funcionalmente a raíz de estándares (normas institucionales y culturales); 2) En el sistema social se debe tomar en cuenta las actitudes de los individuos según sus motivaciones personales; 3) existen funciones que son consecuencias que favorecen la adaptación o ajuste del sistema, y disfunciones que son consecuencias que obstruyen la adaptación del sistema; 4) Posiciones diferentes de los individuos en el conglomerado social; 5) existen necesidades y requisitos previos en la sociedad; 6) Hay mecanismos mediante los cuales se realizan las funciones; 7) existen alternativas o sustitutos funcionales; 8) se establece un contexto estructural, el cual reconoce la independencia de cada elemento y las limitaciones de ello para los procesos de cambio; 9) se presentan dinámicas de cambio; 10, se debe formular rigurosamente los procedimientos que se deben analizar mediante el estudio funcional; 11) tomar en cuenta las implicaciones ideológicas en diversos puntos del análisis funcional. Cfr. GUTIÉRREZ PANTOJA, Gabriel, *Cit*, nota 7, p. 190 y ss.

¹¹ Por ejemplo, Habermas desarrolla dos elementos útiles para el estudio social: la acción racional intencional (trabajo) y la acción comunicativa o interacción. Su obra le da mayor importancia a la acción comunicativa. Para él: *las acciones de los agentes implicados en ella se coordinan mediante cálculos egocéntricos del éxito sino mediante actos para lograr la comprensión. En la acción comunicativa los participantes no se orientan principalmente hacia su éxito; persiguen sus metas individuales con la condición de que sean capaces de armonizar sus planes de acción sobre la base de definiciones comunes de las situaciones*. Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Crítica a la razón funcionalista. T. I*, México, ed. Taurus, 2002, p. 256; Niklas Luhmann es otro teórico que ha estudiado la funcionalidad en sociología. Una síntesis de su teoría de los sistemas expone: *Luhmann considera que los sistemas son autorreferenciales, contingentes y siempre menos complejos que su entorno. Los sistemas pueden reducir la complejidad; no pueden ser tan complejos como su entorno, porque si lo son el entorno los supera y les impide funcionar.... Los sistemas organizan sus propias fronteras y relaciones entre sus estructuras internas... los sistemas sociales tienen el problema de la doble contingencia: toda*

En la investigación sociológica la palabra *función* implica varias posturas, tal como lo expresa Hans Zetterberg:

“A menudo los sociólogos emplean la palabra función entendiendo por ella únicamente resultado, y el concepto de condición previa funcional, en el sentido determinante. En sentido estricto, sin embargo, función tiene un significado más especial: funciones son las consecuencias observadas que efectúan la adaptación y ajuste del sistema; disfunciones son todas aquellas consecuencias observadas que dificultan la adaptación del sistema”.¹²

No obstante la variedad de trabajos sobre metodología en ciencias sociales, esta investigación responde al análisis de las características del sistema de justicia penal, que al igual que todo sistema, tiene elementos que interactúan con funciones propias, presentan necesidades de integración entre sus elementos y existen determinados patrones que mantener.¹³ Pese a que los estudios denominados *funcionales* se consideran obsoletos,¹⁴ la adaptación de un elemento al sistema procesal penal debe seguir ciertos pasos de acuerdo a una metodología funcional. Sin embargo, cuando se trate el concepto “funcional” en esta investigación no habrá un seguimiento estricto a los postulados

comunicación debe considerar cómo es recibida, pero esto depende de la estimación que haga el receptor del comunicador. Así, por esta razón, la comunicación es improbable, pero se han desarrollado estructuras sociales para aumentar la probabilidad de la comunicación. Luhmann se interesa por la evolución e implica tres mecanismos: la variación, la selección y la estabilización. La sociedad moderna afronta la complejidad creciente de su entorno mediante un proceso de diferenciación... La diferenciación conduce a una mayor complejidad del sistema, lo que permite una mayor capacidad para responder al entorno y acelera su evolución. Luhmann identifica cuatro formas de diferenciación: de segmentación; de estratificación; de centro- periferia; y funcional. Esta última es la forma más compleja de diferenciación y la que domina en la sociedad moderna. Permite al sistema una mayor flexibilidad, pero si un sistema funcionalmente diferenciado no realiza su función o la realiza ineficazmente, el sistema entero puede hundirse. Cfr. RITZER, George, Cit, nota 9, p. 244- 245.

¹² Vid. ZETTERBERG, Hans, “Teoría, investigación y práctica en sociología,” en König, René (coord.), *Tratado de sociología empírica, Vol. I*, Madrid, ed. Tecnos, 1973, p. 26.

¹³ Sánchez Vásquez expone: *una concreción mayor que la que se nota en estos estudios sobre derecho y cambio social, se debería notar en los estudios de derecho y desarrollo y sobre derecho y modernización. En atención a dicha problemática se impone el ejercicio de realizar investigaciones realistas o empíricas que nos permitan penetrar lo mejor posible en el rol de los operadores jurídicos y sus políticas de derecho, la opinión de la gente y su grado de información, los canales más o menos tradicionales a través de los cuales los grupos de presión incitan al mantenimiento o a la superación de normas jurídicas existentes. Cfr. SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Rafael, Cit, nota, 5, p. 52.*

¹⁴ Zetterberg comenta —tomando en cuenta la fecha de edición de la obra citada— que la utilidad del funcionalismo para el teórico se dificulta, pues observa estados ideales y auto conservadores, los cuales no han sido verificados materialmente. Sin embargo no se descarta la utilidad práctica del funcionalismo porque la lógica de dichos estudios se basa en los imperativos funcionales que son ideales para la auto-conservación de cualquier sistema. Cfr. ZETTERBERG, Hans, “Teoría, investigación y práctica en sociología” en *Cit*, nota 12, p. 27.

desarrollados por Durkheim y sus seguidores, sino que se buscará definir cómo funciona la figura del principio de oportunidad de acuerdo a las finalidades del sistema. No obstante, al analizar cada elemento que integra el planteamiento del tema se puede recurrir a diversos postulados sociológicos que servirán de apoyo a los objetivos acordados en este trabajo. De ahí la importancia de señalar qué entenderemos por funcional dentro de la investigación.

CAPÍTULO 1

ALGUNOS CRITERIOS DE JUSTIFICACIÓN EN LA REFORMA PENAL MEXICANA

1. Preliminar

El tema de la reforma al sistema de justicia penal ha sido tratado desde múltiples enfoques y difundido de forma considerable, tanto en proyectos legislativos, como en sectores académicos especializados.

Al hacer el planteamiento del principio de oportunidad dentro de la reforma constitucional de 2008, es necesario, primero, explicar cómo se dio la mencionada reforma y observar sus finalidades; promotores que intervinieron en su etapa crítica previa; los alcances en diversos foros de discusión, entre otras circunstancias útiles que pueden servir de apoyo en su comprensión. La implementación en las entidades federativas tiene un plazo para entrar en vigencia de ocho años.¹⁵ Por lo anterior, se espera bastante producción normativa que debe ser acompañada con datos y estudios que permitan valorar, tanto los factores que motivan la reforma como los riesgos o inconvenientes al momento de implementar.

2. Críticas al sistema de justicia penal por el manejo de indicadores

Para determinar la necesidad de una reforma, se deben consultar diversos indicadores para observar que el sistema, en su diseño teórico, funciona adecuadamente. De acuerdo con Mario Bunge, un indicador *es una variable observable, que se supone, manifiesta una propiedad o proceso latente o inobservable*, o en otras palabras un indicador es un puente entre la teoría —sobre cómo debe ser algo— y los datos que arrojan la realidad.¹⁶ De esta

¹⁵ DOF 18 de junio de 2008.

¹⁶ En la opinión del autor: *Todos los científicos sociales coinciden en la importancia de los indicadores sociales; más todavía no existe consenso al respecto de lo que es un indicador. La razón de esta carencia*

manera, en un análisis institucional es necesario confrontar el diseño oficial con su nivel de operación real, lo cual se observa a través de mediciones estadísticas, por ejemplo, las cifras oficiales de información, trámites y resoluciones de las instituciones de investigación ministerial y juicio.

Es importante señalar que recurrir a datos oficiales permite observar una práctica desde el punto de vista estrictamente institucional, sin embargo, es útil la confrontación con fuentes externas para apreciar indicadores que escapan a la cifra oficial, manejando así, rangos más amplios para la solución a problemáticas planteadas. Eduardo Buscaglia expresa las ventajas de contar con buenos indicadores en materia de justicia:

“Los costos de aplicación de las normas que enfrentan los subsistemas de seguridad pública, procuración e impartición de justicia dependen, en parte, de la legitimidad institucional percibida por los actores y usuarios de estos subsistemas. Esta legitimidad institucional depende, a la vez, del consenso social implícito en la generación de éstas mismas normas sustantivas y procesales que rigen el funcionamiento de los sistemas de administración de justicia y en que los ciudadanos perciban que sus preferencias sociales sean traducidas fielmente en políticas de Estado. Es por ello que un estudio que se ha abocado al análisis de gobernabilidad de los sistemas de administración de justicia ha encontrado que los sistemas que imponen mayores costos a la sociedad en general y a los Estados en particular son también aquellos sistemas que poseen baja legitimidad institucional percibida por los actores y usuarios de estos subsistemas y, asimismo, adolecen de un pobre consenso social en la generación de estas mismas normas sustantivas y procesales que rigen la actuación de la policía, fiscalía y juzgados.”¹⁷

El riesgo de trabajar en base a indicadores —mediante investigaciones empíricas— recae en una diferencia en el acceso a información de instituciones privadas respecto a las públicas, principalmente en el aspecto presupuestal que tienen estas últimas, pues como señalan Marcelo Bergman y Ana Laura Magaloni:

“En México la información que producen las distintas dependencias del poder ejecutivo y judicial, ha sido elaborada mayormente como un requisito burocrático a cumplir... Los mismos actores que deben recabar la información tienen sus incentivos alineados con la no recolección de la misma. Por lo tanto la calidad de los datos obtenidos es muy pobre y con muy serios problemas en los dos criterios fundamentales de cualquier medición: la validez y la confiabilidad.”¹⁸

no es un problema técnico sino filosófico. Vid. BUNGE, Mario, La relación entre la sociología y la filosofía, Madrid, ed. EDAF, 2000, p. 40.

¹⁷ Cfr. BUSCAGLIA, Eduardo, “¿Cuáles son las diferencias entre países con alto grado de confianza en su sistema penal contra los que carecen de ella?” en: *Iter criminis. Revista de ciencias penales*, número 6, Tercera época, Julio- Agosto de 2006, México, ed. INACIPE, p. 12.

¹⁸ Cfr. BERGMAN, Marcelo y MAGALONI, Ana Laura, “Qué medir, cómo medir y porqué en seguridad pública: Algunos indicadores preliminares” en *Criminalia*, año LXXIII, N° 2, Mayo- Agosto de 2007, México, ed. Porrúa, pp. 7- 8.

Estos investigadores exponen que es más viable recurrir a una consulta de datos “exógena” a los datos oficiales y generar un contraste en ambos, buscando hacer planteamientos después de comparar ambas informaciones.¹⁹

Lo anterior se relaciona con las ideas de reformar el sistema penal, tras observar en algunos puntos del mismo una crisis de funcionalidad basada en los indicadores institucionales, por tanto aparecen como propuesta algunas modificaciones normativas que permitan adaptar los procedimientos a las necesidades actuales. Se espera una actuación diferente tanto los órganos de investigación y de juicio mediante una política criminal más efectiva.²⁰

Algunos trabajos que estudian indicadores del sistema de justicia penal, realizan valoraciones sobre las averiguaciones previas iniciadas; el número de consignaciones a juzgados penales; órdenes de aprehensión dictadas por el juez y cumplidas por la policía ministerial (judicial); el razonamiento del juez en las sentencias dictadas; índices delictivos por año; entre otras. Han sido varios los investigadores que utilizan este método de trabajo para determinar que el sistema se aleja de las premisas fundamentales del

¹⁹ *Ibidem*, p. 8.

²⁰ La planeación de la política criminal, oficialmente, es una labor conjunta de varios órganos del ejecutivo, tanto el gobierno federal como las entidades federativas dentro del denominado Sistema Nacional de Seguridad Pública. Así lo establece el actual artículo 21 constitucional, —casi sin variaciones con el artículo anterior—: *Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas: a) La regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública. La operación y desarrollo de estas acciones será competencia de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los municipios en el ámbito de sus respectivas atribuciones. b) El establecimiento de las bases de datos criminalísticos y de personal para las instituciones de seguridad pública. Ninguna persona podrá ingresar a las instituciones de seguridad pública si no ha sido debidamente certificado y registrado en el sistema. c) La formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos. d) Se determinará la participación de la comunidad que coadyuvará, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito así como de las instituciones de seguridad pública. e) Los fondos de ayuda federal para la seguridad pública, a nivel nacional serán aportados a las entidades federativas y municipios para ser destinados exclusivamente a estos fines.* La política criminal se considera como la “obtención y realización de concepciones de orden en la lucha contra la delincuencia”. Cfr. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte General, T. I*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1994, p 51.

derecho penal y del proceso, por lo cual es notoria —según conclusiones en ese sentido— la necesidad de una reforma que se adecue a los requerimientos institucionales.²¹

El investigador peruano Luis Pásara realizó una muestra de 80 expedientes de asuntos penales en la ciudad de México, que por su importancia sociopolítica, arroja un perfil del centro del país en materia de justicia. Ahí expone que:

“El agente del Ministerio Público tiene un papel preponderante desde que él traza el rumbo del proceso y cobra fuerza decisiva en la sentencia con la que el mismo concluye. El juez, en cambio, alcanza una fuerza distante, dotada de muy poca iniciativa, que en lo fundamental sigue el camino trazado por el MP desde el momento de la consignación del indiciado. Finalmente, el defensor, público o privado, desempeña un papel disminuido y marginal, con poca actividad y una escasa fuerza en el desenlace del proceso. Estos perfiles integran claramente un proceso desbalanceado a favor de la parte acusatoria.”²²

Guillermo Zepeda habla sobre “criterios de selección institucional”, apoyado en un manejo de índices de seguimiento delictivo desde el año 1991 hasta 2001, teniendo este último 1,481 delitos por cada 100,000 habitantes. El mismo autor observa una incongruencia en el seguimiento de las causas penales, indicando que de 100 conductas aparentemente delictivas —incluyendo un estimado de hechos no denunciados o *cifra negra*— se denuncian solamente 25 casos; en averiguación previa se dicta resolución solo en un 4.55%, siendo el 1.66% el correspondiente a consignaciones a juzgados; del 1.66% de casos en etapa de juicio, se dicta resolución en 1.2, siendo de condena el 1.06%. Por tanto de las 100 conductas aparentemente delictivas solo existe condena en 1.06 casos. En la

²¹ Apoyándose en el trabajo de Guillermo Zepeda, *Crimen sin Castigo. Procuración de Justicia y Ministerio Público en México*, México, CIDAC- FCE, 2004, Miguel Carbonell y Enrique Ochoa Reza parafrasean lo siguiente: ... *la posibilidad de que el presunto autor del delito llegue ante la autoridad judicial es del 3.3 % de los delitos denunciados, lo que equivale a que la impunidad se da en el 96.7 % de los casos.* En lo relativo a disposiciones dictadas en la instrucción: *El cumplimiento estricto de las órdenes judiciales de aprehensión tampoco es un punto fuerte de la policía mexicana. Durante el año 2000 solamente se lograron ejecutar el 33% de esas órdenes, porcentaje que un año antes apenas era del 25 %.* En el 2000 estaban pendientes de ser ejecutadas 253,539 órdenes de aprehensión. En el cumplimiento de diversas diligencias dictadas por el juez, el autor citado expone: ... *la cercanía entre la comisión del delito y la detención pone de manifiesto otro rasgo peligroso de la justicia penal mexicana: la policía detiene en muchas ocasiones sin orden judicial. Se calcula que el 40 % de las detenciones se realizan sin la orden de aprehensión que debe emitir el juez.* Algunos aspectos de las detenciones, indican que: *el 71 % de los detenidos en el Distrito Federal no tuvo asistencia de abogado mientras estuvo privado de su libertad ante el Ministerio Público; del 30 % que sí tuvo asistencia de abogado, la gran mayoría (70%) no pudo hablar con él a solas. Ya ante el juez que conoció de la acusación en su contra, el 60% d los detenidos no fueron informados de que tenían derecho a no declarar. Durante su declaración preparatoria ante la autoridad judicial uno de cada cuatro detenidos no estuvo asistido de abogado.* Vid. CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *La Reforma al sistema de justicia penal en México. Algunas evidencias para la discusión*, (Documento de trabajo. Derecho Constitucional), México, ed. IJ- UNAM, 2007, p. 2 y ss.

²² Cfr. PÁSARA, Luis, *Como sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*, México, ed. UNAM, 2006, p. 38 y ss.

etapa de ejecución de sentencia se arrojan finalmente los siguientes datos: 0.66% cumplen sentencia de menos de tres años de prisión, que como señala el autor, procede en ocasiones una conmutación; mientras solo el 0.4 % terminan con penas de más de dos años de prisión.²³

Los datos expresados demuestran una inconsistencia en el diseño del sistema penal que en primer término puede apreciarse como impunidad, ineficiencia y demás características negativas que se le atribuyen a la procuración y administración de justicia. La difusión que ha tenido este comparativo se ha utilizado para demostrar la inconsistencia del discurso en materia de seguridad pública que aplica la fórmula de mayor represión punitiva. Dicha fórmula —institucionalmente— es de difícil ejecución según los datos valorados.

Aparentemente se observa como el proceso básico²⁴ plantea un avance secuencial en sus etapas, donde la función de investigación ministerial es un filtro que decide la continuidad del asunto dentro del sistema penal.²⁵ Se observa como en la etapa de

²³ Vid. ZEPEDA LECUONA, Guillermo, “Algunas modalidades del principio de oportunidad en las reformas penales de América Latina: Lecciones prácticas para México”, en García Ramírez, Sergio, (coord.) *Derecho penal. Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados. T. II. Proceso penal*, México, ed. UNAM, 2005, pp. 254- 260.

²⁴ Se hace mención en la investigación del término “proceso básico” pues se sigue un modelo tradicional que va desde la demanda hasta la ejecución de sentencia y que estudia cualquier modelo procesal mexicano. Por ejemplo, Carlos Natarén hace mención de dos modelos procesales, que mientras trata el tema de las salidas alternas, expresa que: *entiendo por salidas alternas a las forma que, de acuerdo con los nuevos códigos y regulado por ellos, (sic) el proceso penal termina no en virtud de una resolución jurisdiccional, sino debido a la actuación e iniciativa de partes. En este sentido tomaremos como base, el código procesal penal tipo Beloff/ Perlin y su concreción, lo que podríamos llamar el modelo “proderecho” en Oaxaca, Chihuahua y Zacatecas...* Esto indica que hay una presencia de dos modelos de procedimiento, uno tradicional, que busca agotar todas las vías establecidas hasta la ejecución de penas y medidas de seguridad, haciendo uso de figuras alternas de manera excepcional y parcial, y otro, donde esas vías alternativas consisten en un elemento útil dentro de la funcionalidad del modelo. Vid. NATARÉN NANDAYAPA, Carlos, “Las salidas alternas en el diseño del nuevo proceso penal: Breves notas desde la experiencia de las entidades de la Federación”, en: *Reforma judicial. Revista mexicana de justicia*, Número 11, enero- junio de 2008, México, ed. UNAM- Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, (CNTSJ), p. 99 y ss.

²⁵ Raúl Guillén y Armando Cruz, haciendo un análisis descriptivo y exploratorio de la justicia penal en el Estado de Sonora, manejan una muestra de 40 expedientes en tres ciudades del Estado —Hermosillo, la capital, Ciudad Obregón y Nogales—, de lo cual, enuncian que en la formación del expediente en la averiguación previa así como en la etapa de instrucción y juicio, existe poca o nula participación de la defensa; la defensoría pública es la que tiene más presencia en los expedientes analizados. Por otra parte señalan que la importancia de las pruebas obtenidas en la averiguación previa —sin la participación de la defensa— son las que tienen efectividad en la etapa de juicio, ya que primero, sirven al ministerio público para consignar y además son las que determinan la plena responsabilidad penal en el razonamiento del juez. También se expone que la participación del Ministerio Público en la instrucción es más inactiva, pues son las pruebas aportadas en la investigación las que adopta como principal elemento de su causa. En relación a

investigación se hace una selección para reducir los casos con los que se trabajará, pese a que la incidencia delictiva²⁶ y las cifras del fenómeno de victimización,²⁷ se mantienen constantes.

la prisión preventiva, en 33 de los 40 casos se aplicó; también se observa que las resoluciones que exponen los jueces en sentencia, hacen poco uso de jurisprudencia, utilizándose por lo regular criterios relacionados con las cargas procesales del inculcado. *Cfr.* GUILLÉN LÓPEZ, Raúl y CRUZ COVARRUBIAS, Armando, *La Justicia penal en México. Un estudio de caso*, México, ed. UNAM, 2008.

²⁶ Por ejemplo, Díaz Aranda afirma que la incidencia delictiva en México mantiene una estrecha relación con las variables económicas, de ahí que desde el año de 1991 la tasa delictiva a mostrado fluctuaciones, pues en esa fecha se presentaban 809 denuncias por cada 100,000 habitantes; pasando a 1,111 en 1994; 1,490 en 1997; reduciendo a 1,398 en el año 2000. *Cfr.* DÍAZ ARANDA, Enrique, “Criminalidad y derecho penal en México, ¿Hacia dónde vamos?”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, México, ed. UNAM, 2004, p. 164; Por otra parte, Martha Frías y otros autores muestran una estadística del año 2004 en donde indican que diariamente en el país se denunciaron 3,832 delitos del fuero común por 223 del fuero federal. Se maneja una estadística sobre la situación delictiva con las variantes que ha presentado, señalando que durante el año de 1997 se denunciaron diariamente 4,084 delitos en fuero común junto a 202 en federal. Se especifica que las variaciones se mantuvieron entre 3, 800 a 4,100 delitos de orden común y entre 200 a 230 del tipo federal. Se indica que en 2004 (Basados en datos del INEGI) diariamente se reportaron en promedio 3,832 del fuero común y 223 del orden federal. La investigación hace un seguimiento de incidencias delictivas señalando que en todo el país en 2001 se cometieron 14.9 delitos por cada 1,000 habitantes (1490 por cada 100,000), en 2002 la tasa fue de 14.7 por cada 1,000 habitantes mientras en 2003, de 14.6. Termina la sección del reporte de investigación con la incidencia delictiva en la provincia de Sonora, siendo esta de 9 delitos por cada 1,000 habitantes. Se llega a una conclusión que la presencia delictiva se ha mantenido o aumentado. *Vid.* FRÍAS ARMENTA, Martha, (*et al*), “Funciones ejecutivas y delincuencia juvenil: Datos preliminares”, en Frías Armenta, Martha y Corral Verdugo, Víctor (coords), *Niñez, adolescencia y problemas sociales*, México, ed. CONACYT-Universidad de Sonora, 2005, pp. 267 - 268.

²⁷ Se puede decir que la victimización es el efecto de sufrir un daño, directa o indirectamente, por un delito, o en otras palabras, la victimización supone que una persona, grupo o sector social que es, o fue objeto de un daño o lesión de un delito o infracción. *Cfr.* REYES CALDERÓN, José Adolfo y LEÓN- DELL, Rosario, *Victimología*, 2ª edición, México, ed. Cárdenas Editor, 2003, p. 309; en este sentido, las encuestas desarrolladas por el Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, en los años 2004 y 2007, muestran los siguientes resultados: (2004) 22% de la población fue víctima de la delincuencia antes de 2004; 11 de cada 100 personas fueron víctimas de la delincuencia en 2004; el delito de robo ocupa el 73 % de la incidencia de los delitos; en el país durante 2004, en 13% de las viviendas hubo al menos una persona que fue víctima de algún delito; del total de las víctimas, solo el 23 % acudió al Ministerio Público (las principales causas por las cuales no se acudió a denunciar es por considerarlo pérdida de tiempo y desconfiar de las autoridades, representando en común el 53%); solo se inicia averiguación previa en el 20 % de los casos denunciados, es decir, en dos de cada 100 delitos denunciados; la cifra negra se estima en 88%; en general, las víctimas fueron 7, 465, 411, las multivíctimas (más de un delito sufrido) son 2, 058, 828. En 2007, los datos arrojados son los siguientes: durante el 2007 11% de la población (mayor de 18 años) fue víctima de algún delito en México; el porcentaje de hogares con víctimas del delito es de 13 %; 77.7% de los delitos cometidos son de robo en distintas modalidades; una cifra equivalente al 1.05 % del Producto Interno Bruto (PIB) de México es aproximadamente lo que se gasta en cuestiones de inseguridad (perdidas económicas, salud a consecuencia del daño causado y gasto en medidas de seguridad), lo cual, sobrepasa en la inversión pública al respecto, con una diferencia del 70 % aproximadamente; por otra parte, no acudieron a denunciar el 79 % de los delitos; del 21 % que si acudieron a denunciar, solo en 13 % de los casos se inició investigación; la cifra negra en este año se estima en 87 %. *Cfr.* Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A. C, (ICESI) Tercera y quinta encuesta sobre inseguridad, ENSI- 3- 2005 y ENSI- 5- 2008. www.icesi.org.mx

Por otra parte, la operación selectiva de casos llevados ante un juez tiene relación con el valor probatorio de las actuaciones en averiguación previa, donde se observa que el Ministerio Público consigna aquellos casos en donde la flagrancia es su principal elemento, por lo cual, los autos de consignación se basan principalmente en pruebas obtenidas por acciones de patrullaje.²⁸

Finalmente, es conveniente mencionar que los temas que han sido expuestos no forman parte de un estudio integral de los detalles que han justificado la reforma constitucional. No obstante, se observa como algunas cuestiones fundamentales de operatividad ya fueron tratadas en investigaciones que abordaron la crisis en el balance de indicadores del procedimiento penal.

3. Objetivos esperados con la reforma penal. Énfasis en la eficiencia del sistema de justicia penal

Una investigación apoyada por la Suprema Corte enlista una serie de críticas sobre la operación de los órganos de juicio y expone posibles cambios en el modelo de justicia penal. Las observaciones que se realizaron en el titulado *Libro blanco del Poder Judicial de la Federación*, radican en la autonomía del ministerio público y en la oralidad de la etapa de juicio. Otras propuestas señalan que es necesario un equilibrio entre las garantías constitucionales de inculpadados y víctimas del delito, además de incentivos en la función judicial que hagan eficientes los procedimientos.²⁹

²⁸ Carbonell y Reza, haciendo referencia a una investigación empírica de Marcelo Bergman, y otros, (*Delincuencia, Marginalidad, y Desempeño Institucional*, CIDE, 2006) explican que: *En buena medida, la impunidad se genera por la baja eficiencia institucional de los cuerpos policiacos mexicanos. La mayoría de las detenciones realizadas por la policía con motivo de la comisión de un hecho delictivo son practicadas en el mismo momento de cometerse el hecho o en las tres horas siguientes. Según una encuesta realizada entre la población penitenciaria en el año 2002, el 48% de los encuestados declaró haber sido detenido a escasos minutos (menos de 60) de la comisión de delito. Otro 22% fue detenido entre la segunda hora y las 24 horas siguientes. penitenciaria. Esto significa que la capacidad de que la policía pueda detener a alguien pasado ese tiempo, es muy baja. Cfr. CARBONELL, Miguel y REZA OCHOA, Enrique, Cit, nota 21, p. 3.*

²⁹ La investigación estuvo a cargo de Antonio Caballero Juárez, Sergio López- Ayllón y el maestro Alfonso Oñate Laborde. Sobre lo mencionado, se expone: *Precisamente, a propósito de las posturas que revisan al sistema de manera integral, es posible encontrar posiciones que privilegian el fortalecimiento de principios como el de publicidad, el de concentración o el de inmediación. Incluso se habla de la necesidad de articular efectivamente el proceso penal acusatorio. En forma general, también se destaca la necesidad de consolidar el principio de presunción de inocencia y de encontrar vías que permitan formalizar y fortalecer*

Por otra parte, se consultaron los tópicos de la prisión preventiva; el arraigo; la duración de los procesos; salidas alternativas;³⁰ mayor participación del ofendido en el proceso —inclusive en la promoción de la acción penal—; despenalización de algunas conductas menos lesivas; control judicial de las resoluciones del ministerio público; profesionalización de la defensa de los imputados; cumplir con el principio de presunción de inocencia; fortalecer los servicios periciales y finalmente, mejorar los aspectos de imagen de los jueces ante la sociedad.

La mayoría de las necesidades expuestas sobre el mejoramiento de la justicia penal se han concentrado en la etapa de investigación ministerial o de procuración de justicia,³¹

la participación de las víctimas en los procedimientos. Este tipo de propuestas de reforma tiene generalmente puntos de contacto con el derecho comparado. No obstante, el referente fundamental es el espacio de consenso sobre la definición del debido proceso penal en las normas y en la jurisprudencia internacional. Cfr. CABALLERO JUÁREZ, Antonio (et. al), Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México, México, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), 2006, p. 361 y ss.

³⁰ Al respecto: *La Consulta muestra una corriente muy generalizada que se inclina por favorecer la incorporación de salidas alternativas en el procedimiento penal. La mediación (entre ofendido e indiciado en delitos menores), la suspensión de proceso a prueba y la aplicación del principio de oportunidad a cargo del ministerio público, entre otros, son mecanismos que permiten salidas alternativas al proceso penal. Entre sus ventajas destaca la posibilidad de confeccionar soluciones más adecuadas para las víctimas, la reducción del número de asuntos que llegan a juicio, y en general reducir los costos de la operación del sistema de justicia penal. Bajo esta perspectiva se presentaron propuestas en donde se coloca a instituciones como la mediación como el eje de una política de salidas alternativas. En otros casos, la mediación aparece como un elemento adicional en modelos que incorporan el principio de oportunidad para el ministerio público o la suspensión del proceso a prueba, entre otras instituciones. Si bien la discusión es todavía incipiente, no puede ignorarse que la legislación de varios Estados de la República ya contempla este tipo de instituciones. En todo caso, la discusión sobre las salidas alternativas y sus beneficios como una opción ágil para resolver mejor los problemas de los usuarios de la justicia y para descongestionar al sistema penal, aparece como una necesidad apremiante. Cfr. *Ibid.* p. 368.*

³¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Función constitucional del ministerio público. Tres ensayos y un epílogo*, México, ed. UNAM, 2004, p. 177 y ss.; CARBONELL, Miguel, *La constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, México, ed. UNAM, 2004, p. 145 y ss.; El procesalista mexicano Cesar Osorio y Nieto sostiene la siguiente crítica: *Con el tiempo la averiguación previa adquirió, y así seguirá siendo, una gran importancia y trascendencia en el procedimiento penal, pudiendo estimarse que de la adecuada integración de la averiguación previa y de su debida fundamentación y motivación, dependerá la sentencia pero tal vez, por la misma importancia de la averiguación previa y su proyección, influencia y peso en el proceso, la averiguación previa se convirtió en una actividad demasiado formalista, de una excesiva literalidad, en ocasiones sumamente extensa, así como dilatada en el tiempo, ya que no es raro que, una averiguación previa concluya cuando prescribe el delito; judicializada, esto es, se siguen los formatos y las técnicas propias de los juzgados, lo cual se observa en especial cuando el Ministerio Público ejercita la acción penal y procede la elaboración de la ponencia correspondiente conocida como pliego de consignación, documento que en tanto su estructura formal como en su contenido guarda similitud, toda proporción guardada, con las sentencias, adquiriendo en ocasiones tales ponencias o pliegos, dimensiones inusitadas, hasta de más de mil fojas. Cfr. OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, *La averiguación previa*, 18ª edición, México, ed. Porrúa, 2008, p. 97.*

sin embargo, la etapa de juicio presenta problemas de tipo institucional que generan disfunciones en el modelo. La perspectiva organizacional de los tribunales implica una valoración de los medios que utilizan los tribunales para manejar su trabajo, mejorando así su capacidad para resolver asuntos de manera eficiente.³² Desde el punto de vista sociológico, las organizaciones pueden ser vistas como sistemas sociales compuestos por decisiones, donde el propósito no es el cumplimiento de ciertos objetivos, sino coordinar decisiones entre sí.³³ Héctor Fix Fierro, afirma que un tribunal es una organización de tipo profesional, al estar integrada por personas capacitadas para su trabajo y porque los abogados o defensores que participan en diversas etapas procedimentales exigen cierto nivel profesional. Las cuestiones de fondo sobre las controversias penales son resueltas por un tribunal, de allí que los asuntos que llegan a esa instancia deben pasar por aspectos organizacionales³⁴ que se pueden explicar de una manera sistémica. Niklas Luhmann expone que:

³² Héctor Fix- Fierro habla sobre los objetivos de estudiar aspectos organizacionales, pues se busca un complemento desde el enfoque económico (análisis: costo- beneficio- eficiencia), además de un análisis teórico y práctico de la administración y gestión de los tribunales. *Vid.* FIX- FIERRO, Héctor, *Tribunales, Justicia y Eficiencia*, México, ed. UNAM, 2006, p. 199 y ss.

³³ Fix Fierro, hace uso de los textos de Niklas Luhmann, donde resalta que la selección de cualquier alternativa responde a esquemas aleatorios dependientes de estudios casuísticos. *Cfr. Ibid.*, p. 203; por otro lado, la responsabilidad social de las organizaciones se puede caracterizar por dos términos del idioma inglés: *responsability* y *accountability*, donde en la primera existe una motivación interna sobre un determinado fin; mientras que la segunda alude a una rendición de cuentas que se debe hacer en virtud de un compromiso asumido. Esta distinción se origina por Michael Foucault al indicar los conceptos de moral y ética, por tanto las organizaciones que cumplen con la normativa vigente son socialmente responsables por imposición, lo cual no imposibilita que dicha organización pueda ir más allá de sus límites legales en la procuración de bienestar social. Schvarstein expone que: *La justificación en la responsabilidad social de las organizaciones del Estado es básicamente de orden teleológico, ya que su finalidad esencial consiste en la satisfacción del bien común... Las organizaciones del estado se han autonomizado institucionalmente, sus estructuras y procedimientos se han vuelto crecientemente burocráticos en el sentido patológico del término y nadie parece tener la capacidad ni el poder necesario para dar vuelta este proceso de deterioro. El síntoma más manifiesto de esto que digo es el discurso de la víctima: jueces, secretarios, ministros y directores, legisladores, todos se manifiestan impotentes para cambiar esta situación.* *Cfr.* SCHVARSTEIN, Leonardo, *La inteligencia social de las organizaciones. Desarrollando las competencias necesarias para el ejercicio efectivo de la responsabilidad social*, Buenos Aires, ed. Paidós, 2003, pp. 48-57.

³⁴ Juan Enrique Vargas explica: *En principio, existen dos modelos o estructuras de coordinación entre las áreas administrativas y las jurisdiccionales en los tribunales. Por una parte, se encuentra el sistema inglés, en donde el aparato administrativo está constituido por una Agencia del Servicio Civil: El Servicio de la Corte del Reino Unido (United Kingdom Court Service) que es autónomo frente a los jueces y el gobierno. En este caso, la administración judicial es un tema absolutamente técnico y los jueces deben subordinarse a las decisiones que en el ámbito de su competencia, que esa agencia adopte. Es decir, los jueces no tienen ninguna injerencia en la administración de su oficina, tarea que es asumida íntegramente por un servicio*

“El rol formal de un juez contribuye a la clausura del sistema jurídico, al hacer efectiva la prohibición de denegación de justicia. Solamente los tribunales como centro del sistema de jurídico, tienen la obligación jurídica de resolver toda cuestión sometida a su decisión, y al convertirse en miembros de la organización judicial, los jueces aceptan esa obligación: Solamente a través de una organización queda garantizada la universalidad del poder de tener que decidir todas las cuestiones jurídicas”.³⁵

Existen investigaciones que tratan los problemas de los Tribunales estatales donde muestran una percepción social sobre la justicia con niveles bajos de aceptación que determina un posible conflicto con la cultura de la legalidad.³⁶ Además, el trabajo de los jueces es señalado con los siguientes elementos negativos: falta de intermediación —no esta el juez en las audiencias—;³⁷ poco control del juez en el proceso por la delegación de funciones;³⁸ poca actividad en la etapa probatoria, ya que los elementos que se obtienen en averiguación previa tienen un peso muy fuerte; poca argumentación en las resoluciones judiciales; y escaso uso de criterios jurisprudenciales y tratados internacionales.³⁹

*externo. Los propios jueces son considerados un recurso más del sistema que debe ser administrado eficientemente. Así, su agenda de trabajo es elaborada y controlada por la administración. Insistimos en que la única y exclusiva responsabilidad de los jueces es propiamente jurisdiccional: asistir a las audiencias y dictar resoluciones. Esta modalidad ha dado muy buenos resultados en la experiencia inglesa, justicia que comúnmente es evaluada como de alta calidad y eficiencia. Cfr. Vargas Viancos, Juan Enrique, “La organización y funcionamiento de los tribunales en un sistema acusatorio oral” en Zoon, Ina (coord.), *Reforma al proceso penal: Tendencias y metodología de implementación*; ed. PGR- Unión Europea, México, 2006, p. 241.*

³⁵ *Vid.* FIX- FIERRO, Héctor, *Cit*, nota 32, p. 208.

³⁶ Encontramos que las tendencias hacia creer en las instituciones de justicia (tribunales) está a la baja. La percepción ciudadana obtenida en una encuesta nacional, determina qué se entiende por justicia, dando los principales porcentajes una forma de percepción legalista (cumplimiento de la ley) y garantista (respetar derechos de las demás personas). *Vid.* CONCHA CANTÚ, Hugo Alejandro, (et al), *Cultura de la constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, ed. UNAM- Comisión Federal para la Mejora Regulatoria (COFEMER)- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), 2004, p. 37 y ss.

³⁷ Los datos que se manejan son en base a entrevistas a los indiciados sobre si se conoció al juez que lo juzgó, también se indica una razón para la poca presencia de los jueces, siendo esta la alta saturación de casos que se presentan en tribunales. *Vid.* PÁSARA, Luis, *Cit*, Nota 22, pp. 42- 47.

³⁸ En un diagnóstico sobre administración de justicia se le hizo preguntas a jueces y magistrados penales si tenían la facultad de guiar las etapas procesales, obteniendo respuestas similares para un control y para un no control por parte de los encargados, señalando las posibles causas por las que no se tiene un verdadero manejo de los casos. *Vid.* CONCHA CANTÚ, Hugo Alejandro y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *Diagnostico sobre administración de justicia en las entidades federativas*, México, ed. UNAM-IIIJ-National Center for State Courts, 2001, pp. 181-192.

³⁹ *Cfr.* PÁSARA, Luis, *Cit*, nota 22, pp. 20- 34.

Ahora bien, ¿Que se propone, respecto a la eficiencia judicial, con las ideas de la reforma penal? La respuesta a esta pregunta se dirige a cuestiones complejas, en donde por un lado, el manejo de recursos —aumentándolos— es clave para planificar cualquier proceso de reforma. En el mismo sentido, la carga de trabajo de los tribunales debe ser controlada proporcionalmente a una estabilidad en la generación de conflictos, pues de nada sirve reducir los niveles de trabajo dejando amplios márgenes de impunidad.

La eficiencia en los tribunales debe ir encaminada hacia dos vertientes: inversión de recursos económicos y profesionalización de los operadores; por otro lado, establecer mecanismos específicos para regular, dentro del marco normativo, el acceso de asuntos a los juzgados penales. El último criterio es el más complejo de cumplir por la adaptación de diversas funciones tanto en tribunales y en la procuración de justicia. Este trabajo expone el principio de oportunidad como una visión para cumplir con el segundo objetivo, lo cual se observará más adelante, en forma detallada.

4. Implicaciones en la transición del modelo procesal

En ocasiones, es difícil determinar cuáles son las vertientes críticas que justifican un proceso legislativo, es decir, son variados los motivos adoptados por el legislador.

Como ejemplo está la experiencia latinoamericana de reforma procesal, donde se busca transitar de unos sistemas inquisitivos a modelos de tipo acusatorio. En este caso, varios países han expuesto la necesidad de modificar su procedimiento penal para combatir los índices de operatividad de sus sistemas penales.⁴⁰ Los actores que impulsaron modificaciones normativas y la capacitación institucional formaban parte de

⁴⁰ Cristián Riego, hace una descripción de los países que han modificado su proceso penal, enunciando de ellos: la inclusión de salidas alternativas; facultades discrecionales y mecanismos de simplificación, que aparte de mencionar los anteriores casos, (a excepción de Colombia) señala a Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Venezuela. La investigación de Cristián Riego parte de un análisis comparado del seguimiento de la reforma penal en Latinoamérica, que desarrolla el CEJA (Centro de Estudios de Justicia de América) hasta el 2004, en donde se contempla cómo va el proceso de transformación para los sistemas acusatorios, y cuestiones de la oralidad. *Vid.* RIEGO RAMÍREZ, Cristián, “Informe comparativo: proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, No. 7, Enero – Junio de 2006, México, ed. UNAM-III-Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, (CNTSJ), pp. 198-201.

estrategias internacionales del sistema anglosajón para impulsar la democracia, apoyados por modelos procesales europeos o del mismo sistema norteamericano.⁴¹ Otros fenómenos que influyeron son diversas recomendaciones acordadas por organismos internacionales⁴² que inciden en normatividades nacionales. Estos elementos, de manera indistinta, motivaron las reformas procesales más importantes en América Latina.

En el mismo sentido, México inició formalmente su intención por transformar integralmente el sistema de justicia penal con la iniciativa presidencial de 2004, en donde se promueven los denominados *juicio orales* y el *debido proceso*, términos confusos por la variedad de percepciones, pero que recopilaban tendencias similares a las que terminaron por reformar la constitución en junio de 2008. Sumado a lo anterior, los proyectos de reforma en Estados como Chihuahua, Nuevo León, Oaxaca, Estado de México, entre otros, expusieron una serie de indicadores que el sistema no cumplía y

⁴¹ En palabras de Máximo Langer, profesor de la Universidad de California en Los Ángeles (UCLA), la preocupación de Norteamérica por diversos países de latinoamérica, derivó en el interés por cuidar sus aspectos procesales y sus tendencias democráticas al interior de sus países: *En 1961, el presidente de los Estados Unidos John F. Kennedy lanzó la Alianza para el Progreso y estableció la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID, por sus siglas en inglés). Dentro del contexto de la Guerra Fría, el objetivo geopolítico de la Alianza para el Progreso y la USAID fue alentar el desarrollo económico para reducir el riesgo de que grupos comunistas y de izquierda tomaran el poder en países en desarrollo. Mas adelante comenta: En 1985, la USAID creó una oficina sobre administración de justicia en su oficina para América Latina y el Caribe y comenzó a prestar asistencia a otros países en la región, incluyendo Bolivia, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Panamá, y Perú. Esta asistencia incluyó cursos de capacitación para jueces, fiscales, otros actores legales y oficiales de la policía; asistencia técnica para el manejo administrativo de casos, bases de datos legales y bibliotecas jurídicas; y la provisión de materiales y herramientas para el Poder Judicial. Parte de esta capacitación y asistencia técnica fue provista por una pequeña oficina de las Naciones Unidas, el Instituto para la Prevención y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), apoyada por la USAID. Vid. LANGER, Máximo, *Revolución en el proceso penal latinoamericano: Difusión de ideas legales desde la periferia*, Santiago de Chile, ed. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2007, pp. 31 y 33.*

⁴² Existen críticas por parte de programas mundiales sobre desarrollo en países emergentes, y mediante el impulso de estrategias institucionales para aumentar la eficiencia estatal, se procuran establecer reformas legales al respecto, Von Haldenwang expresa que: *Desde mediados del decenio de 1990, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha adoptado un enfoque algo diferente de la gobernanza, que hace hincapié en la importancia de los procesos de participación política y de las organizaciones de la sociedad civil que pueden hacerse escuchar, y destaca el papel del Estado en la promoción de un desarrollo humano y no sólo económico. El PNUD ha identificado cuatro dimensiones de la gobernanza: Gobernanza económica: un orden económico de mercado, competitivo y no discriminatorio, que favorece el crecimiento económico; Gobernanza política: instituciones políticas participativas, democráticas, legítimas, pluralistas y accesibles; Gobernanza administrativa: una administración pública eficiente, transparente, independiente y responsable; Gobernanza sistémica: instituciones sociales que protegen los valores culturales y religiosos, contribuyen a garantizar la libertad y la seguridad, y promueven la igualdad de oportunidades para el ejercicio de las capacidades personales. Cfr. VON HALDENWANG, Christian “Gobernanza sistémica y desarrollo en América Latina” en *Revista de la CEPAL*, N°. 85, Santiago de Chile, ed. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, (CEPAL), 2005, pp. 37 y ss.*

decidieron impulsar —mediante proyectos de capacitadores externos e investigaciones nacionales— reformas a su legislación, estableciendo métodos distintos para trabajar el procedimiento penal.⁴³

La anterior secuencia de eventos permite observar cómo se llegó a la reforma actual e indirectamente determinar la viabilidad de nuevos modelos procesales. Definitivamente, la institución o figura que tiene una alta responsabilidad en este proceso de transición es el Ministerio Público, lo cual se ha observado en el fortalecimiento de sus funciones mediante las reformas normativas.⁴⁴

Con lo anterior se puede formular el siguiente tópico: ¿En que radica la función ministerial en el proceso penal acusatorio? Como ya se explicó al inicio del capítulo, las críticas al sistema de justicia se concretan en el Ministerio Público, tanto por las características de la investigación delictiva respecto a sus facultades, como también, por ser la etapa previa al juicio donde se valora la probable responsabilidad del imputado — que proporciona las bases para la responsabilidad plena en la etapa judicial.

También se comentó que los indicadores en materia de justicia penal permiten observar si se cumple con la premisa de trabajar todas las causas penales mediante el procedimiento. Es ahí donde radica la idea de racionalizar los recursos para la persecución delictiva y cumplir con las funciones del modelo procesal acusatorio que se caracteriza por elevar expresamente las garantías de las partes y confrontar los resultados de la investigación Ministerial en una discusión directa (Principio de inmediación). Para cumplir lo anterior es necesario conducir discrecionalmente el trabajo en investigación y posteriormente en juicio, pues cumplir con una argumentación de las partes exige tiempo

⁴³ Cfr. NATARÉN NANDAYAPA, Carlos, *Cit. nota 24*, pp. 99- 102.

⁴⁴ Al respecto, Jesús Tirado Estrada afirma: *Cualquier proceso de reforma de la justicia criminal que, partiendo de un modelo procesal inquisitivo, pretenda instaurar un modelo netamente acusatorio conlleva la necesidad de adaptar la estructura, organización y métodos de trabajo del Ministerio Público. Éste se ha erigido en una clave estratégica de la reforma y, por ello, su diseño y su actividad constituyen uno de los motores nucleares que determinan el éxito o el fracaso de los cambios. Cfr. TIRADO ESTRADA, Jesús, “Retos del Ministerio Público y reforma del modelo procesal penal. Problemática y experiencias europeas y latinoamericanas”, en Zoon, Ina (coord.), *Cit. nota 34*, p.138; en el mismo sentido, Cristián Riego dice: *En casi la totalidad de los países que han hecho reformas, la ley ha otorgado a los ministerios públicos un conjunto muy importante de facultades con el fin de que estos puedan organizar de mejor manera la persecución penal haciéndola más efectiva. En algunos casos, estas regulaciones tienen defectos que se analizaron a propósito del diseño, pero aun así, existen importantes espacios para la innovación. Una parte de estos cambios legales tiene que ver con la organización interna del Ministerio Público. Vid. RIEGO RAMÍREZ, Cristián “La oralidad en América Latina” en id. p. 226.**

y objetividad por parte de la función judicial. Por eso, dentro de las principales implicaciones que conlleva el transitar de un modelo procesal más limitado de garantías (inquisitivo) a uno de tipo acusatorio, requiere que se racionalice, o dicho de otra forma, se administre de forma inteligente la función del Ministerio Público (Fiscal). Es ahí donde radica el objeto de este trabajo y que en el capitulo se explicará, al describir el principio de oportunidad.

CAPÍTULO 2

FUNDAMENTOS DE LA *OPORTUNIDAD*

1. Aproximación

En esta parte de la investigación se explica qué es el principio de oportunidad. En un primer acercamiento se exponen sus aspectos conceptuales trabajados desde la dogmática penal. Después, se analiza la pertinencia del término *principio*, a los criterios de oportunidad en la acción penal. También se expone la relación del tema con otros principios de la dogmática penal, como es el caso de la fragmentariedad, celeridad, legalidad procesal, entre otros, ya que dentro de la dinámica del *debido proceso*, el sistema a implementar debe respetar las garantías fundamentales y promover la eficiencia en la persecución delictiva, razones expuestas en la justificación del nuevo modelo de justicia en lo relativo a los nuevos límites de los principios citados.

2. Aspectos conceptuales del principio de oportunidad

El principio de oportunidad responde a intereses institucionales,⁴⁵ ya que éste consiste en omitir el ejercicio de la acción penal, inclusive desistirse de la misma, cuando exista

⁴⁵ Joan Queralt resume dicho aspecto utilitario: *como la necesidad supone un desbordamiento disfuncional e ilegítimo del principio de legalidad, dejándolo en papel mojado cada vez que interese, el de oportunidad opera en sentido contrario. En efecto, si bien la necesidad hace referencia al cuándo y al porqué de la actuación policial, el principio de oportunidad hace referencia al sí, es decir, a si es conveniente proceder a la actuación. Por lo tanto, la oportunidad puede entenderse de forma absoluta y relativa: de forma absoluta supone una dejación total de persecución de un hecho determinado o una clase de hechos determinados; de forma relativa supone limitar la capacidad de actuación a las necesidades del momento. En definitiva, de uno u otro modo, la oportunidad supone no cumplir con la legalidad, limitando su alcance efectivo a un número de supuestos, por calidad y cantidad, menores de los que resultaría de una más exacta correspondencia entre el diseño legal y los hechos realmente acaecidos. Cfr. QUERALT, Joan, “Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, Núm. 5. Enero-marzo de 1990, Madrid, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), p. 154.*

levedad respecto al daño causado por la conducta del activo.⁴⁶ De esta manera se atiende la causa penal mediante estrategias distintas a lo establecido por el procedimiento, como las salidas alternativas. En otras palabras, el principio de oportunidad representa la selectividad⁴⁷ de casos con mayor gravedad e interés para el Estado, dejando al margen del proceso aquellos con menos interés. Todo ello, en beneficio de la operación del costoso y complicado poder punitivo.⁴⁸

Es de reciente integración en el modelo constitucional mexicano pese a las consideraciones doctrinarias presentadas desde hace tiempo.⁴⁹ Comienza su crítica en

⁴⁶ Generalmente, al referirse a circunstancias delictivas menores, se relaciona directamente con un indicador económico del daño causado. Por ejemplo, se ha citado el término Bagatela, —entendido como *cosa de poca sustancia y valor*— para referirse a los delitos de poca cuantía en el daño, generalmente robo. Cfr. ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, Salamanca, ed. PPU, 1991; Roxín habla sobre diversas expectativas del Derecho penal en relación con sus características futuras, específicamente en sus aspectos utilitarios. Menciona el autor una serie de corrientes abolicionistas que buscan, más que aplicar metódicamente el poder público sancionador del Estado, un mejoramiento en factores sociales primordiales que generan delincuencia, sin embargo esta corriente surgida de la posguerra no ha aterrizado sus premisas, por lo cual no puede considerarse una solución óptima. También comenta en relación a una tendencia de convertir mayormente el derecho penal en un conjunto de medidas de seguridad, lo cual, —desde su punto de vista— no favorece tampoco a un control ideal de la situación delictiva. Vid. ROXÍN, Claus, “Tiene futuro el Derecho penal” en *Revista del Poder Judicial*, número 49, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1998, p. 375 y ss.

⁴⁷ Vid. *Supra* nota 23.

⁴⁸ Por principio de oportunidad se entiende “aquel que permite a los órganos del Estado dejar de perseguir o de condenar a los responsables de determinadas conductas tipificadas como delito o hacerlo al margen del campo penal, o con penas más leves o medidas distintas, cuando concurran circunstancias tasadas por la ley o libremente apreciadas (máxima discrecionalidad) por quienes están encargados de aquel derecho del estado (Fiscales y/o con participación de los jueces). Se trata en definitiva, de poder llegar a una decisión procesal cuando existen indicios de delitos sin necesidad de llegar a juicio.” Vid. ORTIZ ÚRCULO, Juan Cesáreo, *El principio de oportunidad: Naturaleza, ámbito de aplicación y límites*, Madrid, ed. Centro de Estudios Jurídicos de Justicia, 2004, p. 3403. www.cej.justicia.es

⁴⁹ Juan José González Blanco, respecto al principio de oportunidad, establece que: *la acción penal no debe ejercitarse cuando así convenga a las razones del Estado, porque se turbe la paz social o se quebranten intereses políticos o de utilidad pública; campea el criterio de conveniencia, que resulta muy perjudicial para satisfacer los criterios de justicia; el ejercicio de la acción penal es potestativo; se deja en manos del órgano del Estado resolver sobre su ejercicio. Líneas adelante: el reconocimiento de ambos principios (legalidad y oportunidad) o de uno de ellos, es consecuencia de la organización estatal que priva en un momento determinado. En los estados totalitarios, como arma de lucha, priva el principio de oportunidad, se sacrifica el interés individual que resulta absorbido por el concepto férreo de Estado; en tanto que en las democracias es norma de acción el principio legalista.... Los partidarios del principio de oportunidad, argumentan que siendo el ejercicio de la acción penal un acto administrativo, no debe infundirse un carácter obligatorio a su ejercicio.... indudablemente el principio legalista es el que cuanta con mayores simpatías porque satisface el más elemental anhelo de justicia absoluta, puesto que no existe nada más odioso que nuestros derechos se supediten al capricho o a la conveniencia oficial. Cfr. GONZÁLEZ BLANCO, Juan José, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, 3ª edición, México, ed. Porrúa, 1959, pp. 46 y 47.*

mayor medida con la iniciativa presidencial de 2004, ya que en la exposición de motivos dirigida al Senado, se expone lo siguiente:

“La tradición jurídica mexicana en materia penal, se ha construido al amparo del principio de legalidad, el cual dispone, en esta materia, que el Ministerio Público está obligado a investigar y a perseguir los hechos denunciados porque a juicio del denunciante pudieran ser constitutivos de delito, sin tener atribuciones para determinar fundada y motivadamente y bajo su responsabilidad, el no continuar, suspender, interrumpir o concluir su actuación con motivo de la denuncia o querrela, sin embargo, esta situación implica que deba aparentar que investiga donde no hay nada que investigar o donde desde el principio se advierte de la lógica y la experiencia, que nada positivo arrojará la investigación; esto que pareciera relevante sólo para aspectos prácticos, conlleva la saturación del órgano de investigación, y el consecuente rezago, que genera ineficacia e impunidad en los asuntos donde realmente debe proseguirse la investigación y en los cuales debiera centrarse el Ministerio Público para obtener sentencias condenatorias. Existen dos niveles de criterios de oportunidad, es decir, el libre y los reglados. El primero consiste en que la facultad del Ministerio Público de aplicar el principio de referencia es discrecional y, por ello, no se encuentra sujeto a determinadas normas. El segundo es aquel en donde la facultad del Ministerio Público se encuentra sujeta a controles, es decir en la ley se consagran una serie de casos y condiciones para la aplicación del principio de oportunidad. Nuestra propuesta adopta la segunda vertiente. En múltiples países existe un principio de legalidad que permite la adopción de criterios de oportunidad reglados, de manera que se permite al órgano de investigación, bajo circunstancias predeterminadas por la ley, no emprender investigación alguna, o suspender la que practica, si no hay elementos que permitan visualizar algún resultado concreto. A la aplicación de estos criterios de oportunidad, la doctrina le ha asignado dos objetivos primordiales. El primero es la descriminalización de hechos punibles, con la finalidad de evitar la aplicación del poder del Estado donde otras formas de reacción frente a la conducta reprochable pueden alcanzar mejores resultados, consistentes en la adecuación social del hecho, la culpabilidad mínima del autor y la ausencia de necesidad preventiva. El segundo es la eficiencia del sistema penal a través de la implementación de la denominada "Justicia Alternativa" y de mecanismos auto-compositivos. Este criterio es el que se retoma en la presente Iniciativa, a través de las figuras de "La Conciliación" y la "Suspensión Condicional del Proceso", mismos que en su conjunto se denominan "Medidas Alternativas". La conciliación es procedente en cualquier etapa del procedimiento, en la Averiguación Previa ante el Fiscal y durante el proceso judicial ante el juez y la suspensión condicional del proceso es procedente sólo en el proceso ante el juez de la causa. Ambas figuras tienen como finalidad permitir soluciones rápidas al conflicto, que a su vez restañen sin contratiempos los daños causados a la víctima u ofendido y permitan al indiciado o procesado reincorporarse al grupo social con plena responsabilidad.”⁵⁰

⁵⁰ El proyecto del artículo 21 constitucional de esa iniciativa contenía lo siguiente: *En todos los procesos penales el Ministerio público tendrá la intervención que determine la ley, con independencia de si ha ejercido o no directamente la acción penal. El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal y la apertura de un juicio. La ley fijará los supuestos y condiciones para la aplicación de estos criterios que no procederán cuando el delito lesione intereses públicos fundamentales.* Se observa en esta ocasión, que los que desarrollaron la iniciativa sometida a reforma, expusieron los postulados básicos, y que de manera similar influyeron en la reforma del presente año (2008), inclusive en la redacción del artículo 21 constitucional. *Cfr. Gaceta del Senado de la República, México, 1 de Abril de 2004, p. 14 y ss. de la iniciativa.*

Sobre ello, Teresa Armenta Deu, lo explica como *una opción de política criminal que configura el ejercicio de acción penal con mayores o menores ámbitos de discrecionalidad*.⁵¹ Por su parte, Alberto Binder lo define como *la facultad que se le da al Estado para modificar su decisión de intervenir en el proceso penal cuando se dan diversas circunstancias*.⁵² Dichas circunstancias, según el autor tratado, radican en determinar que el Estado no tiene interés o no tiene posibilidades concretas en la persecución. Finalmente Julio Hernández Pliego expresa:

“Es un principio que reconoce como fondo una disponibilidad sobre el objeto del proceso, sobre su tratamiento procesal e incluso sobre el proceso mismo, permitiendo elasticidades que no corresponden con la legalidad, como la discreción acerca de si se persiguen procesalmente las conductas de apariencia delictiva; si se seleccionan los elementos fácticos que han de tomarse en cuenta para ello, entre otros.”⁵³

Este se contrapone al principio de legalidad procesal, rector en los modelos inquisitivos, que obliga a un seguimiento total de las investigaciones por la vía del proceso penal. Esto ha generado que en ocasiones se le considere como principio dispositivo,⁵⁴ por permitir una “disposición” de la acción penal por las partes.⁵⁵ Víctor

⁵¹ Vid. ARMENTA DEU, Teresa, “Nuevo proceso penal: Sistema y valoración de pesos y contrapesos”, en García Ramírez, Sergio (coord.) *Derecho penal. Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados. T. II. Proceso penal*, México, ed. UNAM, 2005, p 42.

⁵² Cfr. BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª edición, Buenos Aires, ed. Ad. Hoc, 2004, p. 221; en el mismo sentido, Joan Queralt comenta: *el despliegue de la oportunidad requiere que el imputado sea consciente de que por las razones legalmente previstas se produce antes de archivar el procedimiento que contra él se venía siguiendo. En cambio, la oportunidad en sede de detención, es decir, detener o no detener, pasa necesariamente por no tomar contacto con el presunto culpable y éste no experimenta el efecto preventivo-especial de la medida abstencionista. No es desdeñable la eficacia del principio de oportunidad cuando, a la vista del atestado, el Juez decida proseguir las actuaciones y acordar alguna medida cautelar de carácter personal antes de la apertura del juicio oral; pero ésta es una cuestión diversa que cae fuera de nuestro ámbito de trabajo. Cfr. QUERALT, Joan, Cit. nota 45, p. 156.*

⁵³ Vid. HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio, *Programa de derecho procesal penal*, 14ª edición, México, ed. Porrúa, 2006, p. 22; Sergio Casanueva, hace la siguiente consideración: *El principio de oportunidad enuncia que el Ministerio Público ante la noticia de un hecho punible o inclusive ante la existencia de prueba completa de la perpetración de un delito, está autorizado para no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal cuando así lo aconsejen motivos de utilidad social o razones político- criminales. Cfr. CASANUEVA REGUART, Sergio, Juicio oral. Teoría y práctica*, 3ª edición, México, ed. Porrúa, 2008, p. 34.

⁵⁴ El principio dispositivo coloca en las partes la facultad de iniciar libremente el proceso y disponer de sus diversos actos, incluyendo su conclusión. Cfr. VÉSCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso*, Bogotá, ed. Themis, 2002, pp. 44; Eduardo Pallares sostiene que el principio dispositivo coloca la actividad o inactividad del proceso en las partes y no en el juez. En la obra expone: *Este principio indica indiscutiblemente el triunfo histórico de los derechos de libertad, porque si así no fuese, vendría a constituirse una verdadera desnaturalización policiaca del proceso, el cual debe su elevación como garantía jurídica de libertad ciudadana, justamente a la separación ya recordada, entre la función de*

Fairén Guillén afirma que el principio de oportunidad surge como una introducción de criterios de derecho civil en el proceso penal, impulsado ello por las modificaciones a diversas estructuras de las normas procesales:

“Han continuado los movimientos de penalización del proceso civil y de civilización del proceso penal, iniciados en el siglo anterior, y ya estudiados por Klein. Los primeros, en cuanto a la aparición y desarrollo de modelos procesales civiles presididos por la influencia de la oficialidad —inquisitivos—, en materia de familia, incapacitación. Estas aproximaciones, a veces de origen histórico, han dado lugar ya a la elaboración de un Código Unitario Civil y Penal (con parte de las materias unificadas o uniformadas) en Suecia (Rättengenbalk, 1942- 1948) de grandes aciertos y fundamental economía normativa”. ...algunos países, y con menosprecio del modelo adversary, acusatorio, incluso previsto en la Constitución de los Estados Unidos, es práctica muy reiterada la de finalizarlo por acuerdos entre los acusadores y los acusados, con aprobación del juez y sin intervención del jurado. Las partes disponen así, en no poca medida, del derecho sustancial —penal— aplicable, y del procesal, por la fundamental parte del juicio, trial plea bargaining, de los Estados Unidos, y sus derivados en Europa —patteggiamento—, ciertas conformidades negociadas, etcétera”.⁵⁶

En varias ocasiones se ha expuesto una relación entre algunos principios penales y el de oportunidad, específicamente en cuestiones del fin y la proporcionalidad de la pena. Por ejemplo, Joan Queralt enuncia:

juzgar y la función de acusar. Vid. PALLARES, Eduardo, Diccionario de derecho procesal civil, 24ª edición, México, ed. Porrúa, 1998, p. 636.

⁵⁵ Alfredo Dagdug, explica que, buscar una modernizar el sistema de justicia requiere de diversas estrategias, de las cuales se indica una adecuada estructuración legal del principio dispositivo: *El principio dispositivo no puede constituir un sustituto del principio de necesidad procesal, pues ello crearía desigualdad entre la sociedad. Lo que se busca es que el principio de oportunidad nazca como mecanismo auxiliar y complementario del principio de necesidad. En este sentido se propone implementar las figuras siguientes: La Mediación; la conciliación; la negociación; la conformidad. Respecto a la conformidad, hay que señalar que se trata de una estrategia defensiva, confesando los hechos para obtener una sanción premial; la negociación se trata de un acto bilateral entre acusación y defensa por medio del cual se llega a un acuerdo, mismo que se someterá de forma dispositiva a la jurisdicción; la conciliación es la tarea de un tercero imparcial, que procura se concilien las partes. Cfr. DAGDUG KALIFE, Alfredo, “Hacia una modernización del sistema de enjuiciamiento penal mexicano” en *Iter Criminis. Revista de ciencias penales*, Tercera época, número 3, Enero- Febrero de 2006, México ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), p. 19.*

⁵⁶ Al respecto el autor expresa que: *se aprecia un retorno hacia el contractualismo en el proceso penal.* Algunos de estos aspectos de la experiencia comparada se detallaran en parte siguientes del capitulado, resaltándose así, una especie de fenómeno documentado de la búsqueda por la eficiencia institucional. *Vid. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Tendencias actuales del derecho procesal penal” en Soberanes Fernández, José Luis (Comp.), Tendencias actuales del derecho, México, ed. FCE- UNAM, 1994, p. 15;* lo que distingue preso penal del proceso civil, es que aquel es fundamentalmente obligatorio, solo se reconoce un mínimo de disposición en los delitos que se persiguen por querrela. Al hablar de obligatoriedad del proceso penal, se entiende que no queda a la voluntad de quienes en el intervienen, ponerle término convencionalmente, ni paralizar su desarrollo. *Vid. GONZÁLEZ BLANCO, Juan José, Cit. nota 49, p. 7.*

“... junto a estos supuestos de intervención del principio de oportunidad, basados en deficiencias del sistema, nos hallamos ante otras manifestaciones del mismo principio, pero de mucho mayor calado. Me refiero a la *aplicación de la técnica de la oportunidad a la política criminal*. Si bien es cierto que *teóricamente* el margen legítimo para la práctica del principio de oportunidad es mínimo en Derecho español al regir el principio de legalidad y de oficialidad en materia de persecución penal, no dejan de existir zonas en las que la aplicación de una previsión legal se encomienda al arbitrio del operador concreto. En materia penal tenemos, por ejemplo, la elección del grado de la pena en función de la concurrencia o no de circunstancias modificativas y de su eventual compensación, lo que indudablemente da un amplio margen de maniobra al Juez, incluso antes, la consideración de delictivo o no del hecho suscitado en la querrela”.⁵⁷

Como un breve comentario, la función básica del principio de oportunidad consiste en administrar el ejercicio de la acción penal, reservándola para aquellos casos de mayor afectación para el Estado. Implícitamente —de los conceptos citados— se destacan aspectos de racionalización del poder público en beneficio de la carga de trabajo de los órganos de investigación ministerial. Dentro de cualquier sistema procesal esto representa una serie de críticas, pues colocar una facultad discrecional (independientemente de la regulación normativa de los supuestos donde operará) representa gran interés para el sistema de justicia penal.

Por esta razón, se explicarán algunas cuestiones esenciales de esta figura al valorar el término *principio*, lo que permitirá una comprensión mayor de los aspectos conceptuales, dando paso a describir su relación con otros principios esenciales del modelo procesal acusatorio.

3. Valoración del Término Principio

A. Principios desde la interpretación constitucional

Dentro de la parte dogmática de la constitución se resalta la función de los principios del derecho, por ser consideraciones filosóficas fundamentales derivadas de un análisis profundo del interés social. Éstos se manifiestan en la ley como directrices rectoras de la actuación estatal. Rolando Tamayo documenta el origen histórico de los principios en el derecho romano y expresa que la ciencia del derecho en Grecia se traslada al derecho

⁵⁷ Cfr. QUERALT, Joan, Cit. nota 45, p. 155.

romano donde aparecen “primeros principios” conocidos como *regula*,⁵⁸ que haciendo una extensión de su significado derivó en el término *pauta* o *patrón*.⁵⁹ Los principios constitucionales delimitan las funciones del sistema normativo. Sobre ello, Gustav Zagrebelsky afirma:

“Los principios jurídicos se distinguen de las reglas —la única clase de normas que tradicionalmente se aceptaba— en que los primeros tienen una formulación tan abstracta que los hace aplicables a innumerables supuestos concretos y ordena otro tanto de conductas para ellos. Mientras una regla es aplicable cuando un conjunto *x* de hechos fácticos ocurre y prescribe una determinada conducta *y*; un principio establece valorativamente una determinada situación que el orden jurídico debe alcanzar, impone a éste un *ethos* que debe satisfacer, lo que vuelve relevante en prácticamente cualquier acción al sujeto cuya conducta regule, sino podría indicarle una amplia gama dentro de la cual pueda actuar para satisfacerlo.”⁶⁰

En el mismo sentido, Eduardo García de Enterría comenta: *Los principios resisten a los cambios legislativos y permiten seguir dotando a las leyes de sentido y adaptarlas a nuevas condiciones sociales, introduciendo criterios materiales de justicia al hacerlas realidad efectiva*.⁶¹ Existe una contradicción teórica de dos corrientes contemporáneas de la filosofía del derecho, por un lado H. L. A. Hart y en otro Ronald Dworkin. Este último expone que el derecho no puede verse solo como un conjunto de reglas, sino también, de principios. Éstos se dividen en directrices de tipo económico, social o político, y en estricto sentido son exigencias morales que establecen derecho. A diferencia de las reglas, no son todo o nada, por lo que tienen una dimensión de peso o ponderación. Además forman parte del sistema jurídico por razón de su contenido y no por razón de su origen.⁶²

H. L. A. Hart sostiene:

“Hay al menos dos rasgos que los distinguen de las reglas. El primero es una cuestión de grado: los principios son, en relación con las reglas, amplios, generales o no específicos, en el sentido que frecuentemente lo que puede ser considerado como una variedad de reglas distintas, puede ser exhibido como las ejemplificaciones o las instancias de un

⁵⁸ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, ed. UNAM, 2ª edición, 2007, p. 113.

⁵⁹ *Vid. Ibid.*, pp. 113- 114.

⁶⁰ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustav, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5ª edición, Trad. Marina Gascón, Madrid, ed. Trotta, 2003, p. 110.

⁶¹ *Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, ed. Civitas, 1984, p. 26.

⁶² Cfr. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, ed., UNAM, 2007, p. 110.

principio en particular. El segundo rasgo es que los principios, en virtud de que se refieren, más o menos explícitamente, a algún propósito, fin, título o valor, son considerados, desde algún punto de vista, deseables de mantenerse o adherirse a ellos y, de esta forma, no son solo considerados como proporcionando una explicación o razón de las reglas que los ejemplifican, sino contribuyendo a su justificación”.⁶³

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero explican que las pretensiones de Dworkin sobre la teoría de Hart, consisten en demostrar que esta última era incapaz de dar cuenta de la presencia del derecho en pautas distintas a las reglas, lo que no favorecía en la solución de los denominados casos difíciles.⁶⁴ Los mismos autores exponen que el estudio más estructurado de los principios comienza con Dworkin y prácticamente es una teoría contemporánea sobre la cual inicia el estudio de los principios, sin embargo, con anterioridad autores como Bobbio,⁶⁵ Esser, García de Enterría, Del Vecchio, y otros, ya trabajaron al respecto. Exponen que las más significativas posturas sobre los principios son las siguientes: a) *Principio* en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal, las que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; b) *principio* en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos; c) principio en el sentido de norma programática o directriz, esto es, una norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines; d) principio en el sentido de norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico de un sector del mismo o de una institución; e) principio en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, como se debe seleccionar la norma aplicable e interpretarla; f) principio en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia

⁶³ Cfr. HART, H. L. A., *Post scriptum al Concepto de Derecho*, Penélope Bulloch y Joseph Raz (eds.), México, ed. UNAM, 2000, p. 39.

⁶⁴ Vid. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, ed. Ariel, 2004, p. 23.

⁶⁵ Para Norberto Bobbio: *los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales. El nombre de principios llama a su engaño, tanto que es una vieja discusión entre los juristas si los principios generales son normas. Para mí es indudable que los principios son normas como todas las otras. Más adelante apunta: Muchas normas de la Constitución son principios generales del derecho, pero, a diferencia de las normas del Código Civil, algunas de estas esperan ser todavía aplicadas: son principios generales expresos no aplicados. Al lado de los principios generales expresos están los no expresos, o sea aquellos que se pueden obtener por deducción de normas específicas o, por lo menos, no muy generales. Son principios, o sea normas generalísimas, formuladas por el intérprete, quien trata de acoger, comparando normas aparentemente diferentes entre sí, aquello que comúnmente se le llama el espíritu del sistema. Cfr. BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, 2ª ed., Bogotá, ed. Themis, 1999, pp. 238-241.*

jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo.

Los autores proponen una clasificación que consiste en cuatro características de diferenciación: a) principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas; b) principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito y principios en el contexto del sistema secundario o sistema del juez; c) principios explícitos e implícitos y d) principios sustantivos y principios institucionales.⁶⁶

Como se indicó, los principios en el derecho son fundamentales en el análisis normativo,⁶⁷ pues constituyen aspectos fundamentales en la delimitación del *Estado constitucional de derecho*,⁶⁸ objetivo general de cualquier orden jurídico contemporáneo. La clasificación expuesta por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero agrupa las formas más comunes de comprender qué es un principio. Debido a que todas las posturas tienen su justificación dentro de las características del derecho, este trabajo no adoptará ninguna en específico, al contrario, se espera comprender porqué la *oportunidad* reúne algunas

⁶⁶ Vid. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Cit. nota 64*, pp. 26- 28.

⁶⁷ Guastini comprende una forma débil y una fuerte en la distinción entre principios y reglas: *en el aspecto fuerte se dice que los principios no son normas pues son distintos a las reglas, explicándolo porque se niega que los principios fuesen eficaces, es decir, productores de efectos jurídicos, y por otro lado se prevé la desventaja de que los principios jurídicos tienen que ser implementados por el legislador para concretizarlos en reglas, siendo valores prejurídicos. En el punto débil, se dice que los principios son normas, pero ubicadas de manera especial, de sus elementos (según algunas versiones) como la estructura lógica o el contenido, por su posición en el ordenamiento o por las funciones que cumplen en el. Vid. GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, ed. Gedisa, 1999, pp. 143- 171.*

⁶⁸ Manuel Atienza expone que: *Por Estado constitucional, como es obvio, no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una constitución, sino el Estado en el que la Constitución... contiene: a) Un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre diversos órganos estatales, b) Ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del derecho, c) Mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes.* De lo indicado, se observa en el apartado b) una serie de derechos fundamentales que justifican —o alinean— los procesos del derecho. Se entiende entonces que partiendo de un estudio histórico —básico— en donde se exponen los aspectos fundamentales del término *principio*, se adecúa de manera coherente un requisito de un Estado Constitucional de derecho, que desde varias épocas culturales se ha querido hacer en referencia a diversos modelos constitucionales y de interpretación. Cfr. ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación. Cátedra Manuel Garzón Valdés*, México, ed. Fontamara, 2003, p. 75; De acuerdo con Peter Häberle: *El Estado constitucional sostiene el deber del poder público de someterse a la ley y a la constitución, resaltándose la irrelevancia de que la ley, mediante un requisito estrictamente formalista —principio de legalidad— regule cualquier contenido, lo cual, correctamente debe ser fundado precisamente en la dignidad de la persona humana, en el pluralismo y un ejercicio racional del poder. Vid. HÄBERLE, Peter, *Verdad y Estado Constitucional*, Trad. Guillermo Mañón Garibay, México, ed. UNAM, 2006, p. 1.*

funciones de los principios. Por lo anterior, es necesario ver que entiende la dogmática penal al respecto.

B. Principios en materia penal

Los principios constitucionales del proceso penal permiten diversos ejercicios de interpretación sobre los mismos.⁶⁹ En materia penal se encuentran el *non bis ibidem*, defensa, legalidad, celeridad, fragmentación, entre otros de gran importancia.

Olga Sánchez expone que en el análisis dogmático del derecho penal es constante el uso de referencias a principios como el de legalidad, el principio de utilidad y de intervención mínima, el principio de humanidad de las penas, el de proporcionalidad, de resocialización y demás aplicados por los estudios penalistas recientes.⁷⁰ Se indica que, en ocasiones, el término principio hace referencia a los fines del derecho penal entendiéndose como una obligación de perseguir determinados fines como normas programáticas.⁷¹ Otras veces, los principios constituyen enunciados con funciones

⁶⁹ La dogmática penal consiste en la función de interpretación del derecho positivo, que permite una adecuación de dicho texto respecto a problemas sociales específicos, respetando dentro de lo posible la literalidad de los preceptos. En términos de Roxín, es *una disciplina que estudia la interpretación, sistematización, y elaboración del desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal*. Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique, *Derecho penal. Parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, 2ª edición México, ed. Porrúa- UNAM, 2004, p. 34.

⁷⁰ Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga, *Los Principios en el Derecho y la Dogmática Penal*, Madrid, Ed. Universidad Carlos III de Madrid- Dykinson, 2004, p. 58; en el mismo sentido, Calderón Cerezo y Choclán Montalvo describen su postura: *Los principios penales tienen por objeto el establecimiento de límites al empleo de la potestad punitiva, protegiendo así al ciudadano de una intervención arbitraria o excesiva del Estado. Así, el principio de legalidad pretende contribuir a la seguridad jurídica y viene impuesto por la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que establece el art. 9.3 de la Constitución. Por su parte, los principios de intervención mínima y de culpabilidad ponen límites a una reacción penal no proporcionada con la finalidad de defensa del orden social que se pretende con el instrumento punitivo*. Cfr. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Derecho penal. Parte general, T. I*, Barcelona, ed. Bosch, 1999, p. 46.

⁷¹ Sánchez expresa el sentido axiológico presentado como norma fundamental de los principios, por lo cual: *los principios son normas que dotan de identidad sustancia a esta rama del ordenamiento jurídico... Como la ratio legis de las normas que configuran distintos tipos penales. Así sucede cuando los penalistas utilizan el término principio para referirse a los valores superiores del ordenamiento jurídico y a sus concreciones normativas... Más propiamente se recurre a los principios para referirse a ellos como normas generales que inspiran el ordenamiento jurídico. Son los principios informadores que ejercen un indudable influjo en la regulación del ámbito jurídico- penal, condicionando su propio contenido material. Sobre*

determinadas, como la de designar ámbitos de aplicación y solucionar concursos de normas. Al respecto, la autora afirma:

“Con tal variedad de sentidos es difícil atribuir a los principios unas características unívocas que los diferencien de otro tipo de normas. Pero en cualquier caso, habrá que determinar previamente si para los penalistas los principios son normas jurídicas o simplemente postulados éticos o políticos que guían o influyen en la actuación del legislador. Obviamente para responder a esta cuestión habrá que descartar alguno de los sentidos en los que es utilizado el término principio, cuando como simplemente con ellos se pretende explicar en síntesis la normativa de alguna institución. Y, especialmente, se hará referencia al segundo sentido en que ha sido utilizado el término principio. Es decir, a las normas más generales que inspiran este sector de ordenamiento jurídico. Unas normas a veces explícitas y otras deducidas de otras normas jurídicas del sistema.”⁷²

Para ubicar la *oportunidad* directamente en los contenidos del término *principio* se debe valorar la utilidad del ejercicio de sus funciones, además, observar donde se regula la citada figura partiendo de la literalidad y tendencias con que está expresada. Como uno de los objetivos de esta investigación es considerar la pertinencia de llamar *principio* al objeto de este estudio, es necesario hacer un contraste sobre las características de los principios y aspectos conceptuales de aquel.

Sergio Estrada Vélez relaciona la concepción de la oportunidad procesal vista como una regulación de la acción punitiva —o *ius puniendi*—, alejando dicho término de la valoración estricta del concepto de principio por no reunir varios elementos tratados en investigaciones especializadas. Una de las posturas de Estrada, que sostiene en conclusiones, es la siguiente:

“El problema del principio de oportunidad recae en la dimensión jurídica. Este principio no cumple con ninguna de las funciones asignadas a los principios jurídicos: no crea, no integra ni interpreta el derecho, por el contrario, excepciona la aplicación del derecho mismo; no es el fundamento de los derechos fundamentales, no se puede erigir en parámetro de constitucionalidad de una norma jurídica. Es, simplemente, una facultad política que se quiere disfrazar de derecho.”⁷³

estos principios se asienta la construcción dogmática del derecho penal ya que se hace uso de la doctrina para señalar las características esenciales del derecho penal... Los principios son, entonces, los presupuestos formales y materiales de las normas que determinan los delitos y las penas que, a su vez, son presentadas como componentes y consecuencias de esos principios. Cfr. Ibid. pp. 60 y 61.

⁷² Cfr. *Ibid.*, p. 62.

⁷³ Para justificar dicha postura, expone estos argumentos: *Una teoría de los principios jurídicos acorde con el estado constitucional refleja, como una antítesis de una idea de principios cimentada en el Estado liberal, una noción representada por las siguientes características: a. La prevalencia de los principios sobre las restantes normas del ordenamiento jurídico permitiendo la elaboración de juicios de constitucionalidad a partir de los mismo. b. Su carácter de norma jurídica independientemente del procedimiento de positivización... c. Un estudio de los principios a partir de criterios funcionalistas o*

El principal argumento de profesor colombiano radica en considerar esta figura como una simple facultad política (racionalización) disfrazada de derecho. Para ello utiliza la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy que se basa en fundamentar cualquier resolución en los principios de derecho; menciona además la necesidad de impulsar criterios funcionalistas. Según el autor, la oportunidad no cumple con estos aspectos y no se le puede considerar como *principio*.

Al momento de establecerse en la constitución la posibilidad de utilizar criterios de oportunidad entran en juego una serie de características de los principios constitucionales. Por un lado, tenemos una función establecida en la constitución y que debe cumplir con determinados fines en la normatividad secundaria, siendo posibilidad de las procuradurías de justicia adaptarse a esta facultad, que desde luego, cumple con fines establecidos, algo parecido a las características *programáticas* de los principios constitucionales en materia penal.

Por otra parte, no existe excepción en la aplicación del derecho ya que en este caso existe una adaptación de las facultades constitucionales de procuración de justicia a una realidad derivada de la crisis en sus indicadores, por lo cual, plantearse la racionalización del ejercicio de la acción penal no es un simple capricho legislativo, ya que forma parte de los objetivos que pretende el modelo acusatorio de proceso penal.

Considerarlo o no como principio requiere tomar en cuenta la utilidad que podría generar en un sistema penal que atraviesa problemas en cuanto a su diseño normativo, es decir, rebasado en cuanto sus alcances. Esa es la razón por la cual se recurre a diversas alternativas.

prácticos que permiten su emancipación de concepciones filosóficas unidireccionales o comprensivas de toda la dinámica principal. d. La necesidad de señalar con claridad las diferencias entre principios y valores para evitar que los problemas epistemológicos propios de la fundamentación de y desde los valores (pérdida de seguridad jurídica, infracción del principio de separación de poderes, el decisionismo judicial, entre otros), se extienda a los principios jurídicos. Cfr. ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván, "Acerca de la potestad de modulación de la acción punitiva o del mal llamado Principio de Oportunidad," en: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 36, N° 106, Enero- Junio de 2007, Medellín, Colombia, ed. Universidad de Medellín, pp. 128 y 144.

4. Confrontación entre los principios de legalidad y oportunidad

Por cuestiones de planeación en la investigación, primero se plantea la relación entre el principio de oportunidad y el de legalidad procesal, debido a que son varias las investigaciones y proyectos normativos —inclusive legislaciones vigentes— que han establecido esa contradicción. Posteriormente se relacionará con otros principios penales.

Conceptualmente, se entiende por legalidad procesal *el seguimiento de todas las conductas de apariencia delictiva, mostrando dicho seguimiento el recorrido que marca el procedimiento ordinario o rápido (sumario), dependiendo de la legislación del país que se estudie.*⁷⁴ Winfried Hassemer expone que: *el principio de legalidad obliga al ministerio fiscal a promover la acción pública en cuanto aparezcan indicios materiales de criminalidad.*⁷⁵ José Cafferata aporta su postura:

“El principio de legalidad se concibe como la automática e inevitable reacción del estado frente a la posible comisión de un delito, concretada mediante una acción penal que lleva la hipótesis delictiva ante los jueces, requiriendo su investigación y juzgamiento, y el castigo del ilícito que resultara haberse cometido. El principio influye en los dos momentos de la acción penal: en el inicial de su promoción y en el posterior de su ejercicio. En el primero se traduce, por regla, en la inevitabilidad de la promoción de la acción penal frente a la posible comisión de un delito, necesariamente se debe promover la acción, sin que pueda evitarse por ningún motivo. En el segundo momento, se exterioriza en la irretractabilidad de su ejercicio, prohibiéndose, por regla, su suspensión, interrupción o cese, lo que importa su mantenimiento hasta el dictado de una sentencia definitiva y el agotamiento de la ejecución penal.”⁷⁶

En otras investigaciones se encuentra establecida una contradicción entre las finalidades del principio de legalidad procesal y el de oportunidad, por la incompatibilidad de ambos.⁷⁷ Se maneja el *principio de legalidad* en dos formas: como el

⁷⁴ Cfr. MAIER, Julio B., *Derecho Procesal Penal, T. I. Fundamentos*, Buenos Aires, ed. Del Puerto, 2004, pp. 832-834.

⁷⁵ Vid. HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, Barcelona, ed. Bosch, 1984, p. 197; Juan José González Blanco lo entiende de la siguiente forma: *el principio de legalidad se funda en que, inevitablemente debe ejercitarse la acción penal siempre que se encuentren satisfechas las condiciones mínimas o presupuestos generales y cualesquiera que sea la persona contra quien se intente. El órgano de acusación se encuentra subordinado a la ley misma.* Cfr. GONZÁLEZ BLANCO, Juan José, *Cit*, nota 49, p. 45.

⁷⁶ Cfr. CAFFERATA NORES, José, *Temas de derecho procesal penal*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1988, p. 33.

⁷⁷ No obstante, en esta investigación se tiene claro que dichas contradicciones pueden encontrar una funcionalidad dentro del procedimiento penal, asimilando las características objetivas de ambos principios.

ya indicado seguimiento completo de la situación delictiva por la vía procesal; o en su sentido amplio,⁷⁸ como una garantía constitucional que obliga a que la persecución penal se fundamente en normas vigentes al momento de ejecutarse la ejecución de la conducta delictiva. Sobre ello, Joan Queralt comenta:

“Por principio de legalidad o de habilitación legal, que nace de los artículos 9.3 y 103.1 CE para lo que aquí interesa, se entiende la atribución por una Ley, o norma con fuerza de Ley, a un poder público de una determinada potestad de intervención sobre los derechos de los particulares, especificando, además, los supuestos en que tal potestad ha de emplearse y los medios legales que se ponen a disposición de los agentes que han de aplicar aquellas previsiones legales.”⁷⁹

García Ramírez afirma que *una legalidad, la cual nunca se ha cumplido, está enfocada a perseguir todos los delitos que se encuentran en los casos no denunciados, los que se archivan, o los que llegan a un arreglo de la víctima con el victimario, de ahí el posible debilitamiento en la búsqueda de hacer efectivo este principio, viéndose la opción que tenemos de mirar hacia la oportunidad como un posible recurso de trabajo. Vid. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Algunas cuestiones del proceso penal”, en García Ramírez, Sergio (coord.) Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. T. II. Proceso penal, México, ed. UNAM, 2005, p. 169; también se ha reconocido la contradicción e inclusive algunas posturas para elegir determinada opción procesal, como lo expresa González Blanco: el reconocimiento de ambos principios o de uno de ellos, es consecuencia de la organización estatal que priva en un momento determinado. En los estados totalitarios, como arma de lucha, priva el principio de oportunidad, se sacrifica el interés individual que resulta absorbido por el concepto férreo de Estado; en tanto que en las democracias es norma de acción el principio legalista.... Los partidarios del principio de oportunidad, argumentan que siendo el ejercicio de la acción penal un acto administrativo, no debe infundirse un carácter obligatorio a su ejercicio.... indudablemente el principio legalista es el que cuanta con mayores simpatías porque satisface el más elemental anhelo de justicia absoluta, puesto que no existe nada más odioso que nuestros derechos se supediten al capricho o a la conveniencia oficial. Cfr. GONZÁLEZ BLANCO, Juan José, Cit. nota 49, p. 47.*

⁷⁸ En palabras de Francisco Rubio Llorente, después de comparar el principio de legalidad con el principio de juricidad, se entiende una concepción claramente de utilidad para el Estado, así: *parece aconsejable seguir, también en lo que toca al principio de legalidad, el prudente consejo de entender que cuando la Constitución formula los principios mediante expresiones que tienen algún contenido mínimo universalmente aceptado, utiliza tales expresiones precisamente para incorporar ese contenido mínimo y que la consagración constitucional del principio de legalidad significa, en consecuencia, que todos los restantes poderes del Estado están sometidos al legislativo; más concretamente, que la relación jurídica de la Administración con los ciudadanos o, para decirlo con mayor rigor, con los sometidos; puesto que se trata de un poder territorial, sólo es posible en la medida en la que cabe referir a la Ley formal, a la norma con rango de Ley, la delimitación de los respectivos derechos y obligaciones, el alcance de la potestad ejercida y el correlativo deber... Vid. RUBIO LLORENTE, Francisco, “El principio de legalidad” en: Revista española de derecho constitucional, Año 13. Núm. 39. Septiembre-Diciembre 1993, Madrid, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), pp. 21-23.*

⁷⁹ Vid. QUERALT, Joan, Cit. nota 45, p. 143; de acuerdo a las corrientes procesalistas en México, se encuentra una relación con la inmutabilidad del proceso cuando se siga una oficiosidad, así: *Consiste el principio de inmutabilidad en que llevada al proceso la relación de derecho substantivo, no puede tener otra solución posible que la que se dé en la sentencia. En otros términos: que ni el Ministerio Público, ni el acusado, ni el juez, ni la defensa, pueden paralizar la marcha del proceso o darle una solución distinta de aquella que se determine en el mandamiento judicial. Cfr. OVALLE FAVELA, José, Teoría general del proceso, 6ª edición, ed. Oxford, 2007, p. 139.*

Díaz Aranda explica los antecedentes del principio de legalidad,⁸⁰ así como el manejo de éste en forma de garantías individuales implícitas: la validez de la ley penal que deriva de un procedimiento exclusivamente legislativo; el mandato de certeza jurídica consistente en la delimitación de los tipos penales; prohibición de una mala analogía que afecte la libertad personal del individuo, al aplicar argumentos de semejanza con supuestos establecidos en la ley penal; por último la prohibición de la retroactividad en la punición. No obstante, se permite la interpretación legal para la solución de vacíos generados en la ley, así como la retroactividad en beneficio del reo.⁸¹

El origen de la legalidad en el proceso penal se encuentra ligado a la necesidad de establecer normativamente el poder punitivo del Estado. Precisamente, toda actuación debe establecerse en la norma, de ahí que una característica de la ley penal es la generalidad, o sea, su aplicación de manera general en los supuestos respectivos. Por lo anterior, cualquier conducta de apariencia delictiva debe perseguirse porque afecta la integridad humana, así protegida por la ley penal. Es por ello que existe una relación entre la legalidad en estricto sentido y la legalidad procesal que motiva el seguimiento forzoso de todas las causas.⁸²

Exegéticamente el principio de legalidad se encuentra en varios sistemas normativos, inclusive en legislaciones donde se utilizan mecanismos o criterios de oportunidad en la persecución criminal, donde estos últimos funcionan como excepción. En propuesta alternativa a la legalidad procesal se encuentra el principio de oportunidad, que se apoya en la *conveniencia* en el manejo de la acción,⁸³ lo que es imposible con el

⁸⁰ La expresión *nullum crimen nulla poena sine lege*, que se ubica por primera vez en el tratado de Feuerbach, considera las funciones del derecho penal de acuerdo a tres principios: la imposición de una pena responde a una ley anterior; la imposición de una pena está condicionada a la realización de una conducta tipificada; la conducta está prohibida legalmente cuando existe una ley que ordene imponer una pena a quien la realice. Es por esta razón que se deriva, una concepción de la legalidad en el proceso, siguiendo forzosamente, aquellas conductas que cumplan con el fundamento de la pena, por tanto, debe seguirse en todos los casos por la generalidad de la norma penal. *Cfr.* DÍAZ ARANDA, Enrique, *Cit*, nota 69, pp. 56 y 57.

⁸¹ *Cfr. Ibidem.* p. 61.

⁸² *Supra*, nota 80.

⁸³ Según González Blanco: *Acción, de agere obrar, en su acepción gramatical, significa toda actividad o movimiento que se encamina a determinado fin. En su sentido jurídico, acción es la manera de ponerse en marcha el ejercicio de un derecho. Por lo mismo, la acción debe entenderse en un sentido esencialmente dinámico; es el derecho de obrar, y está constituido "por el acto o conjunto de actos por los cuales se*

seguimiento teórico del principio de legalidad.⁸⁴ En un intento por generar mayor compatibilidad entre los citados principios, se establece el denominado principio de oportunidad *reglado*, el cual se apoya en una descripción normativa de los casos en donde puede operar, a excepción del tipo *discrecional* del Fiscal Norteamericano que tiene una amplitud en los criterios de negociación.⁸⁵

Hassemer expone una frase con alto sentido de integración: *toda legalidad como sea posible, toda oportunidad como sea necesaria*.⁸⁶ Sin duda el autor procura la dinámica del sistema penal, al integrar elementos de ambas posturas. En México, la constitución deja una posibilidad de implementación de criterios de oportunidad, sin embargo, esta propuesta no modifica la calidad de rector del principio de legalidad, por

recurre al poder jurídico para obtener que le presté fuerza y autoridad al derecho. Más adelante agrega: Es en efecto, la acción penal un poder- deber de obrar, substancialmente distinto del derecho subjetivo de castigar o exigencia punitiva, y que no siempre tiende a la imposición de una pena. Vid. GONZÁLEZ BLANCO, Juan José, Cit, nota 49, pp. 36 y 45; por otra parte, Gómez Colomer aporta el siguiente criterio de clasificación: La obligación de perseguir y de acusar tiene tantas excepciones en esos delitos bagatela que, en la práctica, la máxima general es el principio de no legalidad (no persecución, no acusación). Si se introducen además totalmente las soluciones alternativas que rigen en los países de nuestro entorno cultural, se irá mucho más allá. Fundemos a continuación esta opinión en torno al conocido principio de oportunidad. a) Por el que el Ministerio Fiscal queda autorizado para decidir si inicia el proceso penal o no: b) Para ofrecer medidas distintas a la acusación (persecución) a cambio de contraprestaciones (trabajos, reparaciones, conciliaciones, etc.), normalmente sujetas a condición: c) O para negociar la pena (conformidad) o incluso la impunidad del acusado. Vid. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, Alternativas a la persecución penal y principio de legalidad, Madrid, ed. Centro de Estudios Jurídicos de Justicia, 2004, p. 3434 Y 3436. www.cej.justicia.es

⁸⁴ Sobre esta postura Zaffaroni comenta lo siguiente: *Abreviar los procesos resulta indispensable... Pero esta empresa requiere inversión presupuestaria, de modo que, ante la situación creada, se ha tratado de hallar una fórmula de reducción de los procesos que no tuviese inconveniente y que, además fuese funcional en otros efectos. Lo que se buscaba era una institución que: a) redujese la prisión preventiva sin implicar gastos, b) que no pudiese perjudicar a los invulnerables o menos vulnerables, c) que sustituyese la tortura, y d) que pudiese satisfacer la voluntad de imponer privación de la libertad por delitos de gravedad media o leve. Se halló con la plea bargaining de la que se valen en estados Unidos para batir el record de presos con bajo porcentaje de prisión preventiva. Con este objeto se están importando a la región distintas variantes de la bargaining o regateo (más pudorosamente traducido como negociación). Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Cit. nota 1, p. 15.*

⁸⁵ Véase el capítulo III.

⁸⁶ El autor llega a la conclusión de esta frase, por la relación entre utilidad y planeación que representa el principio de oportunidad: *Los principios de legalidad y oportunidad en el Proceso Penal acentúan diferentes partes de las ideas jurídicas: la legalidad, la justicia, la oportunidad, la utilidad (efectividad, la inteligencia política). Una opción político criminal debería por ello observar que la relación entre la justicia, como meta, y la conveniencia como condición restrictiva para la consecución de esa meta, se puede fácilmente expresar de la siguiente manera: Tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como (desde el punto de vista actual político y económico) sea necesaria. Cfr. HASSEMER, Winfried, Cit, nota 75, p. 198.*

ello, la relación de ambos dentro de un margen otorgado normativamente especificará el nivel de complemento de ambos en las funciones de procuración de justicia.

En conclusión, estos principios se relacionan en forma directa por su incompatibilidad. El de legalidad representa una armonía de acuerdo a los postulados generales del derecho penal, sin embargo, esa armonía entra en crisis cuando convergen factores institucionales y sociales que hacen que el diseño teórico no se cumpla. Es preciso aclarar que la legalidad, aun con todas las características que representa, puede llegar a ser ambigua en el análisis casuístico, de ahí que, una regla general respecto a la aplicación de la legalidad procesal no garantiza la armonía del derecho penal.

Presentar el principio de oportunidad como apoyo de la legalidad es una opción con alto nivel de viabilidad, si antes, se sigue un adecuado proceso de implementación con límites precisos y medios de control suficientes.

5. Relación con otros principios penales distintos al de legalidad

Además de la confrontación con el principio de legalidad, los criterios de oportunidad se encuentran relacionados con otros principios que cumplen funciones específicas dentro del proceso. Estas relaciones permiten una comprensión de la utilidad de cada principio a comparar, y claro, se puede determinar —en un análisis más objetivo— cuál es más importante o conveniente para el sistema penal.

En la actualidad, los términos *garantista* y *debido proceso* son básicos en la propuesta de reformas legislativas. En forma simple, el *garantismo* se puede explicar como una serie de garantías fundamentales que motivan el sentido de la norma penal.⁸⁷ Por otra parte, con una tradición directa del sistema anglosajón,⁸⁸ el *debido proceso* es

⁸⁷ De manera general, los postulados garantistas se pueden establecer en la siguiente relación de principios constitucionales: retributividad o sucesividad de la pena respecto al delito; el principio de legalidad en sentido estricto; el principio de necesidad; el principio de lesividad; el principio de materialidad; el principio de culpabilidad; el principio de jurisdiccionalidad; el principio acusatorio; el principio de la carga de la prueba; y el principio contradictorio o de defensa. Según Olga Sánchez, esto configura un derecho penal mínimo, lo cual es complementado con dos principios a favor del indiciado: *in dubio pro reo* y el de *favor rei*. Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga, *Cit*, nota 70, p 79.

⁸⁸ Juventino V. Castro, en la explicación de las garantías del proceso, describe el antecedente del debido proceso en el sistema del *common law*, después cómo se llegó hasta las formalidades esenciales del procedimiento. Básicamente ya se habían introducido criterios del *due process of law* en el sistema

también un conjunto mínimo de garantías para considerar que un proceso es adecuado.⁸⁹ Estos dos términos parecen tener una gran similitud por la comprensión de derechos fundamentales mínimos, sin embargo, el garantismo se considera como una teoría del derecho que busca adecuar la actuación estatal en una filosofía integral; mientras tanto, el debido proceso consiste en garantías fundamentales de la normatividad procesal que, en caso de incumplimiento, origina los medios de control constitucionales para hacerlos efectivos, —por ejemplo, el juicio de amparo.

Algo que puede representar una importancia de los conceptos citados es la posibilidad de interacción de varios principios procesales que motivan el desarrollo de un sistema penal. Según José Ovalle Favela, los principios procesales son *criterios o ideas fundamentales, contenidos en forma explícita o implícita en el ordenamiento jurídico, que señalan las características principales del derecho procesal, y que orientan el desarrollo de la actividad procesal*; además clasifica el estudio de los principios procesales en:

parlamentario inglés, pero es hasta la integración norteamericana cuando el *due process* se desarrolla, solo en materia penal mediante dos instituciones: el *hearing* y el *notice*. El primero consiste en la oportunidad de exhibir pruebas en audiencia que demuestren la inocencia en la imputación que se le ha hecho a un individuo; el *notice* es la información hecha al indiciado del nombre de su acusador, el delito que se le imputa, entre otras cuestiones relacionadas. Posteriormente en la quinta enmienda a la constitución norteamericana de 1789 se expone: “No se le privará a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad sino por medio del debido proceso legal”. Esto, según Juventino V. Castro, permite la evolución del *due process of law*, pero el término “due” (debido) genera vaguedad, por lo cual se llega a la conclusión de que: *No es el poder legislativo el que debe determinar lo que debe entenderse por debido proceso, sino que éste es aquello que está de acuerdo con la Constitución Federal y con las tradiciones inglesas*. Posteriormente, en una segunda etapa de interpretación del debido proceso generada por la enmienda XIV de la constitución americana de 1866 se establece que: “Ningún estado podrá privar a persona alguna de la vida, la libertad o la hacienda sin el debido proceso legal”, lo cual generó por parte de la Corte Federal Norteamericana una postura al respecto: una ley que oye antes de ordenar, que proceda previa investigación y que no castiga previamente sin oír al afectado (sic). Finalmente el autor expone: *En una última época de esta evolución de conceptos, se llega a la conclusión de que es debido proceso legal lo que está de acuerdo con un conjunto de principios fundamentales de justicia y libertad que son la base constitucional de Estados Unidos. En pocas palabras, son una serie de principios inmutables de justicia, sin los cuales no se concibe una sociedad libre, conclusión ésta que es verdaderamente de carácter filosófico y ético, puesto que trata de fijar la idea de lo justo para cada caso concreto*. Cfr. CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, 11ª ed., México, ed. Porrúa, pp. 255- 257.

⁸⁹ Cipriano Gómez Lara —citando a Héctor Fix Zamudio— indica que la doctrina mexicana ha considerado al debido proceso como un conjunto de requisitos y condiciones de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar los derechos de los gobernados. Se contemplan algunos elementos: a) exigencia de un proceso previo en donde se cumplan las formalidades del procedimiento; b) prohibición de tribunales especiales y leyes privativas; c) restricción de la jurisdicción militar; d) derecho o garantía de audiencia; e) fundamentación y motivación de las resoluciones de autoridad competente; f) compatibilidad con los principios básicos del sistema positivo, por mencionar algunos. Cfr. GÓMEZ LARA, Cipriano, “El debido proceso como derecho humano” en: González Marín, Nuria (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos*, T. II, México, ed. UNAM, 2006, p. 345

básicos, particulares y alternativos. Los primeros son comunes a todos los sectores normativos; los principios particulares son los que delimiten la función de un sector normativo específico; finalmente los alternativos, son aquellos que se aplican en sistemas donde rige otro principio procesal, como formas de excepción.⁹⁰ Esta última clasificación es el que corresponde al principio de oportunidad.

Con estas ideas, es posible establecer una serie de principios constitucionales, en materia penal que tienen una relación con el tema. Esto facilita los objetivos del apartado.

A. Principio de fragmentariedad

Es también conocido como *ultima ratio* o *fragmentación*. Se basa en las múltiples opciones que presenta el sistema normativo ante una infracción al mismo, pues además de la materia penal, las figuras del derecho civil o administrativo —o algunos procedimientos especiales— son preferibles al derecho penal, ya que éste representa complejidad por el uso del poder punitivo.⁹¹ Sobre ello, Claus Roxín expresa:

“A través del principio de subsidiariedad se abre un segundo ámbito de despenalización. Este principio se fundamenta en la idea de que el derecho penal solo puede ser la *ultima ratio* de la política social merced a su, por autonomasia, carácter aflictivo. Esto significa que solo debería conminarse bajo pena una conducta socialmente lesiva allí donde la superación de la perturbación social no se puede alcanzar con otros medios extrapenales de mayor injerencia... Para el derecho penal del futuro todavía se abre aquí —sobre todo en numerosas leyes penales especiales— un amplio campo de despenalización.”⁹²

⁹⁰ Vid. OVALLE FAVELA, José, *Cit. nota 79*, p. 199 y 200.

⁹¹ Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique, *Teoría del delito*, México, ed. Straf, 2006, p. 3.

⁹² Cfr. ROXÍN, Claus, *Cit. nota 46*, pp. 381 y 382; De igual manera, se entiende por *ultima ratio*: *el último recurso que debe usar el Estado, pues es preferible acudir a otras instancias para hacer más legítima la aplicación de normas penales. Esto como base para el seguimiento de una política criminal acorde al un Estado social y democrático de Derecho. Cfr. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “Principio de ultima ratio o expansión del derecho penal”, en García Ramírez, Sergio, *La reforma a la justicia penal. Quintas jornadas sobre justicia penal*, México, ed. UNAM, 2006, p. 311; por otra parte, Luis Gordillo expresa: *El ius puniendi cuenta con tres límites fundamentales: a) la titularidad, b) la vinculación al Derecho penal objetivo, c) la garantía jurisdiccional. Hablar de Derecho penal subjetivo significa referirse a los problemas de legitimidad del poder punitivo o ius puniendi del Estado. La legitimidad del Derecho penal o del poder punitivo proviene, del modelo fijado en la Constitución y de los Pactos y Tratados internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocidos por la propia Constitución (art.10.2), respetándolos y garantizándolos en su ejercicio. Nos referimos a los aspectos de legitimación extrínseca. Sin embargo, existe también una legitimación intrínseca del propio instrumento jurídico punitivo representada por una serie de principios específicos que inspiran y limitan su actuación. Todos son igual de importantes en la configuración de un Derecho penal respetuoso con la dignidad y la libertad humana, meta y límite del Estado social, democrático del Derecho y, por tanto, de todo su**

Este principio —al igual que el de legalidad— se relaciona frecuentemente con la discreción en la acción penal. Precisamente, la apertura de la fragmentariedad brinda múltiples opciones de solución a un conflicto.⁹³ Es ahí donde aparecen las características de la *oportunidad*, ya que ante la omisión o el desistimiento de la acción procede una negociación o una mediación entre las partes, así como las opciones de multa, apercibimiento y suspensión condicional del procedimiento. Estas formas representan directamente esa apertura relacionada con la fragmentariedad.⁹⁴

B. Principios de celeridad y de economía procesal

La celeridad es un principio constitucional que deben cumplir los órganos jurisdiccionales y es una garantía para el individuo que acude a ejercitar su derecho subjetivo público de acción, lo que significa que todo procedimiento iniciado debe resolverse a la brevedad. En

ordenamiento jurídico. Cfr. GORDILLO SANTANA, Luis, “Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal” en Redur. Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja, número 4, Diciembre de 2006, España, ed. Universidad de la Rioja, p. 92 y ss. www.unirioja.es/redur.

⁹³ Choclán y Cerezo desarrollan este principio: *La protección de los bienes jurídicos no se realiza sólo por medio del Derecho Penal, sino que la intervención punitiva constituye un medio de protección subsidiario cuando se ha demostrado la ineficacia de otros sectores del ordenamiento jurídico (la acción civil, sanciones administrativas) para la solución judicial del problema, y el derecho penal solo protege la parte de los bienes jurídicos, y en ocasiones, incluso los bienes protegidos solo lo son frente a determinadas modalidades de ataque, por lo que se habla de la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal. Cfr. CALDERÓN CERREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, Cit. nota 70, p. 47.*

⁹⁴ De hecho se entiende que en los países donde aplica un principio de oportunidad es más accesible la función de mecanismos alternativos de la justicia penal, como lo sostiene José Daniel Cesano: *dado que el derecho es proceso y el derecho penal es proceso penal antes que nada, resulta que una alternativa global debe partir de esta consideración., es decir, ella ha de ser buscada fundamentalmente la interior del sistema procesal penal. Ello significa, en primer lugar, dar cabida al principio de oportunidad de modo que el control penal se ejerza en una gran cantidad de hechos en los que la ilegitimidad en la intervención aparece más patente y que realmente pueden encontrar ubicación en otros ámbitos del derecho o de la convivencia social. En segundo lugar, dar amplia cabida a las formas de mediación dentro del proceso penal, de modo de llegar a una conciliación entre víctima, autor y Estado, con utilidad en los intervinientes en la interacción punitiva. Para la víctima en cuanto se siente realmente amparada y reparada por el sistema en sus derechos, para el autor porque logra una reconciliación con el otro y para el Estado tanto por el hecho de que el autor se integra de forma voluntaria de modo positivo como en cuanto la administración de justicia vela por sus derechos y las garantías de sus ciudadanos, que es su papel primigenio. Cfr. CESANO, José Daniel, “De la crítica de la cárcel a la crítica de las alternativas” en *Boletín mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie*, año XXXVI, Núm., 108, Septiembre- Diciembre de 2003, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, p. 874.*

el mismo sentido, se entiende por economía procesal a la búsqueda para conseguir en el proceso los mayores resultados con la menor disposición de tiempo, recursos y actividades.⁹⁵

Existe una relación de estos principios con la denominada eficacia procesal, que desde el proceso civil —similar en esencia a la materia penal— Eduardo Pallares hace una interpretación:

“El proceso no debe producirse con perjuicio de quien se ve en la necesidad de promoverlo para ejercitar sus derechos de acudir a él para la defensa de los mismos. De todas las máximas que determinan la figura del proceso ideal, ninguna es tan honda y frecuentemente violada en la práctica como ésta, ya que una experiencia secular demuestra que los procesos son costosos, dilatados, producen gran pérdida de actividades y resultan ineficaces en gran parte. De acuerdo con este principio, el proceso debe ser, de ser posible, que el actor realice mediante él penamente sus derechos.”⁹⁶

Se regresa a la tendencia ya comentada en la oportunidad y fragmentariedad, es decir, se busca que las causas penales se atiendan dentro de la mayor economía posible de los recursos, en forma alternativa a los costos del proceso. Por ejemplo en el delito de robo,⁹⁷ cuando el daño en el delito es leve, y no existan agravantes —con violencia en las personas o en las cosas, de noche— puede solucionarse por una suspensión del procedimiento condicionado a la reparación del daño, donde existe una solución propuesta sobre la causa penal, a la vez que se reduce ese caso en la necesidad de exponer documentalmente (expediente) los elementos necesarios para justificar la investigación ministerial. Posteriormente, en la función judicial se reduce una causa que, pese a existir procesos sumarios que tienen mayor celeridad, genera un gasto de recursos.

⁹⁵ Cfr. OVALLE FAVELA, José, *Cit. nota 79*, p. 204.

⁹⁶ Por otra parte, en relación a la economía procesal: *el proceso ha de desarrollarse con la mayor economías de tiempo, energías y de costo, de acuerdo con las características de cada caso. Vid. PALLARES, Eduardo, Cit. nota 54*, p. 629.

⁹⁷ El delito de robo ocupa el 73 % de la incidencia de los delitos en 2004, y el 77.7 % en 2007. *Cfr. Supra nota 27*.

C. Principio de proporcionalidad en materia penal

El principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, fundamenta toda intervención estatal a partir del principio de Estado de derecho.⁹⁸ Lo anterior contempla la prohibición de exceso como la necesidad o mínima lesividad de la pena y en sentido estricto, busca la *adecuación al fin* de lo actuado o por actuar en el proceso penal.⁹⁹ Joan Queralt expone:

“he propuesto que si los Poderes públicos se rigen en su actuación respecto de los particulares de acuerdo al principio de proporcionalidad, éstos deberán responder ante las extralimitaciones de los agentes —salvo casos groseros sin apariencia de legalidad— también mediante una institución anclada en la proporcionalidad: el estado de necesidad, dado que, aun intentando evitar una lesión, quien la produce está justificado. Atemperar las conductas al principio de proporcionalidad supone postergar el de necesidad, pues, en puridad, podría resultar necesario no respetar el mandato de proporcionalidad, con lo que la fuerza lenitiva de conflictos que el ordenamiento aspira a ejercer quedaría en nada.”¹⁰⁰

La proporcionalidad permite una valoración integral de la aplicación de las penas y medidas de seguridad. La relación con la conveniencia de la acusación radica en el fortalecimiento de criterios de objetividad, es decir, cuando el asunto no sea grave, por las circunstancias del caso, pueden existir soluciones con mayor coherencia que las aplicadas con un modelo tradicional. En ocasiones se ha dicho —como una percepción de la justicia—, que en el tratamiento de los delitos es mayor el gasto invertido por la justicia penal que el causado a la víctima.¹⁰¹ Con la visión del principio de legalidad, esto no se

⁹⁸ Vid. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Cit.* nota 20, p.110.

⁹⁹ Luis Gordillo establece esta clasificación, la cual explica de la siguiente manera: *En el concepto de proporcionalidad en sentido amplio, en cuanto prohibición de exceso, se contiene dos principios materiales, el de necesidad o mínima lesividad y el de proporcionalidad en sentido estricto o de adecuación al fin. El primero, de naturaleza empírica, implicaría la exigencia de seleccionar entre varios medios idóneos aquél menos lesivo para la consecución del objetivo pretendido; el segundo, de carácter normativo –valorativo, impone una ponderación acerca de si el fin perseguido justifica el medio, adecuado, necesario, utilizado. En cuanto al segundo aspecto, la vertiente normativa del principio de proporcionalidad (o principio de proporcionalidad en sentido estricto), exige que la mediación, en cuanto asunción voluntaria de la responsabilidad a partir de la conciliación con la víctima tenga lugar en unas condiciones que no resulten excesivas en relación al fin de protección preventiva de bienes jurídicos y pacificación social, que no implique unas cargas que no se justifiquen conforme a la consecución del mencionado fin. Cfr. GORDILLO SANTANA, Luis, *Cit.*, nota 92, p. 114 y ss.*

¹⁰⁰ Vid. QUERALT, Joan, *Cit.* nota 45, p. 140.

¹⁰¹ Cfr. CABALLERO JUÁREZ, José Antonio y NATARÉN NANDAYAPA, Carlos, “El malestar en el proceso. Análisis de los problemas en el procedimiento penal mexicano”, en *Criminalia*, Año LXXI, No. 1 Enero- abril de 2005, México, ed. Porrúa, p 9 y ss.

considera una respuesta con sentido, sin embargo, las tendencias hacia administrar con eficiencia el procedimiento penal contemplan en mayor medida la proporcionalidad en la aplicación del castigo por parte del poder público.

D. Principio de la tutela judicial efectiva

Desde la teoría general del proceso, el concepto de acción esta ligado a esa tutela judicial garantizada constitucionalmente, e implica que cualquier controversia legal debe ser atendida por sus respectivos órganos públicos. Por otro lado, el derecho de acción se hace efectivo al acudir a ejercerlo ante las instituciones respectivas. De esta manera, la acción procesal vincula la potencia de la acción en sentido abstracto, por ello, cuando se ejercita ese derecho inicia la ejecución de los procedimientos respectivos por parte de la función judicial y de diversos órganos administrativos que también intervienen.¹⁰²

Específicamente en materia penal el concepto de acción tiene lineamientos específicos, pues según Manuel Rivera Silva:

“Es indiscutible que en cuanto se comete el hecho delictuoso, surge el derecho-obligación del Estado de perseguirlo; más para que el propio Estado pueda actuar, resulta obvio que debe tener conocimiento del hecho e investigado éste, llegar a la conclusión de que es delictuoso, para de esta manera ejercitar su derecho ante la autoridad judicial, reclamando la aplicación de la ley”.¹⁰³

Con lo anterior se observa que la acción surge de una obligación del Estado, por esta razón el acusador debe estar a cargo de la preparación para hacerla efectiva ante

¹⁰² *Vid.* PALLARES, Eduardo, *Cit.* nota 54, pp. 26-28.

¹⁰³ *Cfr.* RIVERA SILVA, Manuel, *El procedimiento penal*, 25ª edición, México, ed. Porrúa, 1997, p. 43; Arilla Bas ofrece una relación de características que tiene la acción penal: a) es pública porque sirve a la realización de una pretensión estatal (pretensión punitiva); b) es única, porque abarca todos los delitos perpetrados por determinado sujeto; c) indivisible en cuanto recae sobre todos los sujetos del delito (salvo alguna exclusión de la pena); d) es intrascendente en virtud que —de acuerdo a la dogmática constitucional ubicada en el artículo 22— se limita a los responsables de los delitos; e) discrecional ya que el Ministerio Público puede ejercerla o no, de acuerdo a los requisitos del artículo 16 constitucional; f) es retractable ya que el órgano de investigación se puede desistir de la acción sin que ello prive de otros medios para la limite la reparación del daño por parte de la víctima u ofendido —como la vía civil, lo establecido en el artículo 10 de la Ley de Amparo, 2 fracción VIII y 141 fracción V del Código Federal de Procedimientos Penales—. *Vid.* ARRILLA BAS, Fernando, *El procedimiento penal en México*, 24ª edición, México, ed. Porrúa, 2007, pp. 25-26;

órgano judicial, y posteriormente se fije la punición de esa conducta delictiva. Esta característica es la que motiva diversas críticas del principio de legalidad respecto a su funcionalidad, por ejemplo, José Cafferata Nores expresa:

“Un análisis de la realidad contemporánea demuestra claramente que a pretensión de investigar, juzgar y castigar cada uno de los hechos delictivos que pueden ser cometidos, tropieza con serias cuestiones y dificultades. Aquellos provienen principalmente de las modernas tendencias de la denominada política criminal, las cuales, partiendo de los partes de las ciencias empíricas, ponen en crisis el fundamento científico y la utilidad de algunas instituciones penales tradicionales, como la pena privativa de libertad, el principio de legalidad, etc., destacando la necesidad de adecuarlas a la realidad, mediante las transformaciones que fueren necesarias.”¹⁰⁴

Exegéticamente normatividades del sistema continental hacen explícitamente la tutela judicial. En México se ubica en el artículo 17 constitucional que establece la disponibilidad de órganos para hacer efectiva la justicia, prohibiéndose la denominada auto- tutela.¹⁰⁵ Con el decreto de reforma constitucional no se acuerda ninguna variación a este principio constitucional, por lo cual, al disponer en sede administrativa la finalización del proceso es necesario que existan medios específicos que permitan generar una solución al asunto donde no se ejercite la acción —o se condicione la misma.

E. Principios de presunción de inocencia y seguridad jurídica

¹⁰⁴ Cfr. CAFFERATA NORES, José, *Cit*, nota 76, p. 29.

¹⁰⁵ Un ejemplo es el artículo 24 de la constitución española, que a la letra dice: Artículo 24; 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. En el sistema constitucional mexicano, encontramos esta fórmula tradicional en el artículo 17: *Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.*

El principio de presunción de inocencia antes de la reforma constitucional de 2008 era interpretado solamente con criterios aislados de interpretación judicial, pese a la amplitud de críticas expuestas sobre la citada figura. Por ejemplo, se encuentra la siguiente tesis aislada:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.

El principio de presunción de inocencia que en materia procesal penal impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador, es un derecho fundamental que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza en general, cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. En consecuencia, este principio opera también en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de "no autor o no partícipe" en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; por ende, otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Tesis: 2a. XXXV/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Mayo de 2007, p. 1186; además se encuentra la siguiente tesis: Tesis: P. XXXV/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, XVI, Agosto de 2002, p. 14: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL: De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado; también: Tesis: I.7o.P.107 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Marzo de 2008, p. 1797, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DEBE CONSIDERARSE EN LOS CASOS EN QUE SE TIENE DERECHO A LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

Considerar a un inculpado como inocente antes del dictado de sentencia, implica varias cuestiones además de la categorización de delincuente. Estas circunstancias radican en el manejo de la prueba y en la aceptación de responsabilidad del inculpado antes de la resolución. En este sentido, la acusación hecha por el Ministerio Público contiene la descripción de una conducta que la ley considera como delito, por lo cual, en base a determinados hechos se acusa al inculpado. En el procedimiento penal se establece la *carga probatoria* que tiene el imputado para desvirtuar la acusación hecha por el órgano investigador, la cual, dentro de la tesis aislada que se cita (nota 106), suponen implícitamente la presunción de inocencia al no tener el inculpado que demostrar su inocencia, sino al contrario, el acusador debe comprobar su probable responsabilidad. Esta tesis es un criterio incongruente porque no se toma en cuenta la obligación de acusar que tiene el Ministerio Público, por tanto, forzosamente debe, en base al principio de legalidad, preparar el caso, y a su vez, se le genera al inculpado la carga de demostrar su inocencia.¹⁰⁷

En conclusión, este principio radica en la perspectiva de la prueba y en la carga legal de culpabilidad si el inculpado no demuestra su inocencia, salvo violaciones notorias a la ley penal que se observen en el proceso. Es por ello que con el principio de oportunidad no existe la obligación de perseguir todas las conductas, y por tanto, puede existir una solución distinta al proceso. Sin embargo, éste requiere que la responsabilidad sea aceptada, para que proceda la reparación del daño y otros medios como la suspensión

¹⁰⁷ El profesor y Ministro de la Corte Constitucional Chilena, Juan Colombo Campbell, expone una serie de argumentos por los cuales la presunción de inocencia consiste en un principio informador del proceso penal. Por un lado, comenta: *en mi opinión, está inmerso en el debido y justo proceso penal, uno de cuyos ingredientes básicos, es aquel que determina que quien debe probar es el que acusa una situación anormal, como lo es la existencia de un conflicto penal*. Posteriormente, en materia de prueba: *La inocencia es una regla referida al juicio de hecho de la sustancia penal, que exige una prueba completa del hecho punible, de la culpabilidad del imputado y de la antijuricidad de la conducta. Durante la sustanciación, la convicción le servirá al juzgador para establecer medidas cautelares, sobreseer o archivar la sentencia definitiva para absolverlo o condenarlo*. Vid. COLOMBO CAMPBELL, Juan, “Garantías constitucionales del debido proceso legal. Presunción de inocencia”, en: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año 13, T. I, 2007, Montevideo, Uruguay, ed. Fundación Konrad Adenauer Stiftung, pp. 358- 359; Finalmente, el Decreto de reforma constitucional (DOF 18 de junio de 2008) establece en varios puntos, lo siguiente: Art. 20, A, frac. V)... *La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente*; (Art. 20, B, frac. I) *De los derechos de toda persona imputada: I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa*.

condicional a prueba y la colaboración con la justicia o, en último caso, la negociación de beneficios en la pena.

En relación al principio de inocencia, la aplicación de los criterios de oportunidad por ser resoluciones que ponen fin al procedimiento sin sentencia, deben estar ratificadas —en determinado momento— en sede judicial para que no exista una violación a las formalidades esenciales del procedimiento.

Es lo que sucede con el principio de seguridad jurídica, que condiciona la certeza de la actuación de los órganos de investigación y juicio para que se pueda realizar una defensa adecuada, pues los criterios cambiantes representan de la misma manera, violaciones al procedimiento —salvo consideraciones establecidas en la ley, por ejemplo, al momento de formular sus conclusiones el Ministerio Público.

Tanto el principio de inocencia como el de seguridad jurídica, en relación con los criterios de oportunidad, motivan que en la ejecución de estos últimos exista una consideración de la prueba que se tenga para acusar a un inculpado y de la certeza con la que se ofrecerá el beneficio. En los siguientes capítulos se podrá estudiar como mantener estables los principios de este aparatado en la aplicación de la discreción en la acusación.

F. Principio de proporcionalidad como método equilibrador de principios

El principio de proporcionalidad regula y aporta, mediante criterios de ponderación, una solución adecuada a la colisión de varios principios del derecho, resolviéndose —por lo regular— mediante un mecanismo de control constitucional como los ejemplos del caso alemán y español.¹⁰⁸ Carlos Bernal Pulido afirma: *el principio de proporcionalidad cumple una función argumentativa en la interpretación de los principios fundamentales*

¹⁰⁸ Rubén Sánchez Gil afirma que este principio: *Responde especialmente a la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a los derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa. Estructura, a grandes rasgos en que toda providencia de autoridad restrinja el alcance de un derecho fundamental — u otro principio constitucional— sólo en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, de conformidad con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder, inherente al Estado constitucional; así que un criterio que sirve para determinar si la intervención legislativa es un derecho fundamental es legítima o no. Cfr. SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, ed. UNAM, 2007, p. 20.*

*afectados en un caso concreto, para determinar el significado preciso de las disposiciones constitucionales que las contienen.*¹⁰⁹

Contempla una serie de subprincipios que permiten considerarlo como lineamiento metodológico.¹¹⁰ Se encuentra así la *idoneidad*, *necesidad* y la *proporcionalidad en estricto sentido*. Según Robert Alexy, cada uno cuenta con diversos criterios para hacer una valoración entre principios constitucionales:

“Los principios de idoneidad y de necesidad conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible. De modo tal que expresan la idea del óptimo de Pareto. En cuanto al tercer subprincipio, el de proporcionalidad en el sentido estricto, esta enfocado en la optimización de las posibilidades jurídicas. Estas posibilidades jurídicas están esencialmente definidas por principios contrapuestos. La ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos. Por lo tanto, el tercer subprincipio se puede expresar mediante la siguiente regla: cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro. Esta regla podía denominarse *ley de la ponderación*.”¹¹¹

A partir de lo expuesto, se explicará cada uno de los subprincipios de la proporcionalidad, los cuales, pueden servir al momento de hacer un análisis comparativo entre el principio de oportunidad y cualquier otro principio que intervenga en el sistema penal, aportándose algunos criterios al momento de una contención entre las finalidades de éstos.

i. idoneidad

¹⁰⁹ Vid. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, ed. Centro de estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2005, p. 538.

¹¹⁰ Cossío Díaz expone: *el principio de proporcionalidad y las exigencias de sus subprincipios, expresan un conjunto de condiciones de racionalidad que toda medida estatal debe cumplir, y que por tanto, también tienen un nexo con el contenido de la deliberación política, convirtiéndose entonces en un límite constitucional a la actuación del legislador, que éste debe respetar. Impone realizar un fino examen, frecuentemente profundo y sutilísimo, sobre la relación entre un determinado interés público u otro principio —no solo tutelado sino exigido constitucionalmente— que incidiría en un derecho fundamental y a efectividad este último, (sic) y plantea argumentos que obligan a ir mucho más allá de aquel*. Este argumento deriva del voto particular del Ministro Cossío Díaz del amparo en revisión 1110/2005. Cfr. COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa” en *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 15, julio- diciembre de 2006, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, pp. 320-330.

¹¹¹ Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y ALEXY, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, ed. UNAM, 2006, p. 2.

El subprincipio de idoneidad desarrolla dos vertientes: el “fin legítimo en la medida legislativa” y la “capacidad de la medida legislativa”.

Tratándose del primer aspecto, para intervenir un derecho fundamental el legislador debe intentar lograr un fin constitucionalmente legítimo. El fin legislativo debe estar permitido en la ley suprema y tender a satisfacer un principio constitucional, lo que excluye como legítimo a todo fin prohibido por ello, pues limitar la eficacia de derechos fundamentales en nombre de cualquier interés afecta la supremacía constitucional.¹¹² Por otro lado, la capacidad de la medida legislativa califica si los alcances de un determinado principio constitucional tienen la capacidad suficiente para conseguir los fines que pretende una determinada norma.¹¹³

ii. Necesidad o indispensabilidad

Rubén Sánchez Gil, interpretando algunas resoluciones del tribunal constitucional alemán, expone:

“Este subprincipio dispone que la medida legislativa que restrinja un derecho fundamental, sea estrictamente indispensable para satisfacer el fin que a aquellos se intenta oponer, porque: 1) es la menos gravosa para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado; o 2) no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disposiciones afectan el derecho intervenido en una medida mayor. De no estar ante uno de los supuestos apuntados, la medida en cuestión será ilegítima porque intervendría un derecho fundamental de una manera que no sería estrictamente necesaria, porque existe alguna alternativa menos perjudicial para él, con los mismos resultados para el fin legislativo que se le opone.”¹¹⁴

En forma simple, se entiende que cualquier intento por establecer normativamente un límite a un derecho fundamental en beneficio de otro, debe ser motivado por una verdadera necesidad, debido a que los principios fundamentales son las directrices del orden normativo y no deben exceder en la flexibilidad en su aplicación.

¹¹² *Cfr.* BERNAL PULIDO, Carlos, *Cit.*, nota 108, pp. 690- 709.

¹¹³ *Vid.* SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Cit.*, nota 107, p. 43 y ss.

¹¹⁴ *Cfr. Ibid.* p. 45.

iii. Proporcionalidad en estricto sentido

Cuenta con el subprincipio ponderación. Esta debe observarse desde dos sentidos: uno normativo y otro empírico. En la ponderación se busca establecer si el fin legislativo justifica la intensidad en que se menoscaba algún derecho fundamental o principio.

El análisis normativo depende del significado que los bienes constitucionales tengan asignado en el ordenamiento, a su vez, se refiere a los niveles de intensidad con que se afecta un principio constitucional con su contendiente, según la eficacia, rapidez, probabilidad y el alcance de la normatividad que se estudie.¹¹⁵ En el análisis empírico han de tomarse en cuenta las valoraciones de tipo científico y dogmático existentes al momento de realizarse la ponderación, tomando en cuenta los elementos de funcionalidad del sistema normativo. Mediante estos análisis se puede medir la intensidad del menoscabo en comparación con el interés del Estado, ocurriendo tres clasificaciones: grave, medio y leve. Cuando se logre un punto medio, se podrá considerar la intervención del legislador como justificada.

Después de apreciar los subprincipios de la proporcionalidad, se considera que, establecer contradicciones entre principios penales que se contraponen a la *oportunidad*, este principio —considerado como un método— es de apoyo al momento de confrontar intereses contrapuestos de funciones propias del sistema de justicia penal.

Por ejemplo, en el supuesto que mediante este método se plantea la contradicción entre legalidad y oportunidad, obliga a formularnos las siguientes interrogantes: ¿Es necesario limitar el seguimiento total de las causas penales? ¿Las instituciones cumplen con el principio de legalidad? ¿En que sentido la oportunidad vulnera otros principios penales de la constitución? ¿En que punto, grave, medio o leve, afecta el principio de oportunidad al orden constitucional?

También es posible hacer planteamientos sobre otros principios o el sistema constitucional mismo. Por ello, la necesidad de exponer en cierta medida la integración normativa de los elementos que intervienen en el nuevo modelo procesal permitirá la consolidación de las funciones que se encuentran actualmente en un proceso de implementación.

¹¹⁵ *Vid. Ibid.*, p. 50.

6. Notas finales

El principio de oportunidad establece una facultad discrecional al órgano acusador de ejercitar o no, la acción penal pública. Esto depende de factores que permiten una apertura hacia la solución de la causa penal distinta al procedimiento. Se presenta cuando el interés del Estado, por existir levedad en la lesión causada, propicia esa flexibilidad que resulta en beneficios para el sistema, específicamente en la administración de asuntos a tratarse en la etapa de juicio, pues con el nuevo modelo de procesal hay mayores exigencias en el desarrollo de las audiencias. Al existir saturación de asuntos, se complica cumplir este aspecto.

Entender la oportunidad como *principio* requiere cotejar las posturas que han sido aceptadas sobre el tema, que por lo general, coloca a éstos como directrices normativas fundamentales y un orden para las instituciones al momento de ejecutar sus facultades asignadas por la constitución. Los criterios de oportunidad se encuentran en la constitución, por ello, tienen por ese solo hecho una función que cumplir dentro de las finalidades del derecho positivo, ya que su inclusión radica en complementar una necesidad que exige el nuevo procedimiento penal. En este caso, se considera más importante adecuar eficazmente esta facultad en beneficio del sistema que debe tener un alto nivel de compromiso y objetividad en su instauración en México.

La contradicción de la legalidad procesal con la oportunidad, radica en la esencia de ambas posturas, ya que una busca una filosofía más acorde al espíritu del derecho penal ideal, mientras que la oportunidad busca la utilidad del derecho penal en sus niveles de operación. La legalidad no pierde su preponderancia, sin embargo, surge un complemento interesante que trabajado sensatamente, puede favorecer algunos resultados si previamente se regulan sus inconvenientes con la realidad institucional del país.

Vincular el tema de esta investigación con los principios fundamentales del derecho penal y del proceso requiere analizarlos desde las características de complemento que pueden llegar a generar la menor vulneración al orden constitucional.

CAPÍTULO 3

SEGUIMIENTO EN DIVERSAS EXPERIENCIAS DE REFORMA PENAL

1. Planteamiento

Ya que la investigación trata sobre un principio que en ocasiones se considera *en gestación*,¹¹⁶ es útil describir en forma breve la justificación que han hecho varias legislaciones sobre la oportunidad procesal.

Sin llegar a consolidar un estudio comparado se espera observar las características básicas de la figura vistas en el capítulo anterior, respetando los rasgos de cada sistema normativo observado y las peculiaridades de cada proceso de implementación al que se llegó con dicha figura.

2. Caso Norteamericano

En este país se consolida un sistema procesal donde el principio de oportunidad es *rector* del procedimiento.¹¹⁷ Es característica la discrecionalidad del Fiscal, el cual negocia la

¹¹⁶ Se utiliza este término porque la evolución de este tipo de principios se presenta por el trabajo de la doctrina y la jurisprudencia. *Cfr.* SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga *Cit.*, nota 70, p. 76.

¹¹⁷ Ricardo Basíllica y Fernando Abad comentan lo siguiente: *El sistema procesal de los Estados Unidos está regido esencialmente por el principio de oportunidad, donde el mismo es la regla, elevado al principio rector de de la persecución penal. El derecho anglosajón se traslada a Estados Unidos, el sistema analizado desconoce el principio de legalidad visto como se encuentra en nuestro ordenamiento penal, sin duda no resultaría exagerado decir que de no contarse con el principio de oportunidad se vería seriamente amenazado en su base el Sistema Procesal Norteamericano. Así las cosas, cabe destacarse que el poder de selección reside en el Ministerio Público (también en la policía que interactúa en la persecución penal) y es inherente a el, como son discrecionales los" actos de gobierno del poder ejecutivo con ese arma el Ministerio Público gobierna el proceso penal y su forma concreta (a través de herramientas, que de conformidad con el perseguido, le permitan variar la naturaleza del procedimiento abreviándolo; ejemplo de ello resultan el plea bargaining, guilty plea, armonizando sus posibilidades concretas de perseguir penalmente con eficiencia, (números de procesos y complejidad), con los recursos personales y materiales de la Administración de Justicia en general, en el marco de una estrategia concreta y directa para la mejor*

pena utilizando figuras como el *plea bargaining*,¹¹⁸ procedimiento por el cual dicho encargado de la acusación solo lleva a juicio los casos que tiene posibilidades de ganar. Esta figura permite la terminación de los procesos con declaraciones de culpabilidad evitando la etapa de juicio y favoreciendo la realización de acuerdos entre las partes.

Se encuentran tres alternativas a dicha figura: 1) Un acuerdo que permite al acusado declararse culpable de un cargo menor del que pudiese probarse en su contra; 2) declararse culpable, en la espera de una pena atenuada o alternativa, como la condena condicional; y 3) declararse culpable, esperando el imputado que el fiscal se desista de otros cargos en su contra o que no formule nueva acusación.¹¹⁹

Esto requiere una metodología de trabajo en los órganos de investigación donde una declaración obtenida del indiciado debe ser valorada y guardar inmunidad sobre ella mientras se obtiene información que pueda servir de cargo contra otro acusado, garantizándole no ser perseguido por lo ya declarado, es decir, ese valor testimonial no le será aplicado al momento de la acusación. Hay dos clases de inmunidades, por un lado se

y más eficaz aplicación de la ley. Cfr. BASÍLICA, Ricardo y ABAD, Fernando, “El sistema procesal penal en los Estados Unidos” en Varios autores, *Técnicas de juicio oral en el sistema penal colombiano*, Bogotá, ed. Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), 2004, p 44.

¹¹⁸ Sobre este: *El plea bargaining consiste en concesiones que el fiscal hace a cambio de la aceptación de responsabilidad del imputado, aceptación que significa la renuncia al juicio. Las concesiones pueden consistir en la imposición de una condena leve por el hecho efectivamente cometido, o bien en la imputación de menos cargos o un cargo menor que el efectivamente cometido, o una combinación de ambos. El beneficio para el imputado es una pena menor que la que obtendría si el jurado lo declarara culpable, pues la decisión de ir a juicio aumenta la pena en un porcentaje promedio que hace unos años era del 40%. La Corte Suprema ha reconocido que el plea bargaining es inherente al derecho penal y a su administración y que la disposición de los casos después de esas discusiones no solo es una parte esencial del procedimiento penal, sino una parte altamente deseable por diversas razones. Cfr. Ibid., p. 45.*

¹¹⁹ Hendler comenta que, la existencia del sistema descrito data del siglo XIX, y menciona una tesis de jurisprudencia de la Corte Suprema que lo reconoce: U.S. Supreme Court, Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971); No. 70-98; Argued November 15, 1971; Decided December 20, 1971; 404 U.S. 257. Cfr. HENDLER, Edmundo, *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Buenos Aires, ed., AD-HOC, 1996, p. 198; por otra parte, dentro de la misma figura, Gómez Colomer agrega su clasificación: *Existen tres clases de plea bargaining: 1. Sentence bargaining: El consenso se produce entre el imputado y el MF o el Juez, de manera que se obtiene una promesa de reducción de la pena ante la declaración de culpabilidad de aquél. 2. Charge bargaining: El consenso tiene por objeto lograr la impunidad total de parte de los delitos cometidos y reconocidos por el imputado. 3. Bargaining mixta: El consenso tiene por objeto tanto la promesa de reducción de pena como la no perseguibilidad parcial de los hechos punibles cometidos y reconocidos por el imputado, pudiéndose aceptar obligaciones específicas de contenido legal, como testificar contra personas, informar a la Policía, etc. Vid. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, Cit. nota 83, p. 3435.*

encuentra la *inmunidad del uso de la declaración*; además de la *inmunidad del hecho de la declaración*.¹²⁰

Dentro de las instancias preliminares existe una importante capacidad para establecer los lineamientos con los que se va a tratar el caso, dicho de otra manera, en esta etapa se establece si habrá o no un seguimiento del asunto hasta juicio. Edmundo Hendler menciona que:

“La decisión de llevar adelante el caso pone en juego el conocido poder discrecional de los fiscales o, como lo llaman nuestros procesalistas, la *disponibilidad de la acción*. Pero primero también, hay una determinación del funcionario policial superior, que pone en juego su propio criterio de oportunidad. No es usual, sin embargo, a pesar de esto último, que en delitos de cierta gravedad se desestime el caso sin el consentimiento del fiscal.”¹²¹

El sistema norteamericano permite márgenes muy amplios en el manejo de la acción pública. Lo anterior se debe a que este modelo se basa en el denominado realismo,¹²² por eso se promueve convenientemente el manejo de la acción en beneficio del sistema, solucionándose por esta vía aproximadamente el 90 % de los asuntos. Héctor Fix Fierro expone:

¹²⁰ En la inmunidad de la declaración, el fiscal no se apoyará en la declaración del imputado que ha decidido cooperar mediante la figura del plea bargaining. Por otro lado, la inmunidad del hecho de la declaración consiste en que el fiscal no podrá exponer el hecho declarado por el imputado, es decir, la conducta, independientemente que de ella puedan surgir posteriores acusaciones. Tema revisado en el caso *Kastigar v US*, donde se establece la inmunidad de uso. El límite para poder perseguir a quien se le obligó a declarar, debe probar el hecho por una fuente totalmente independiente. Las Reglas Federales del Procedimiento se refieren solo a la inmunidad del uso. *Revise Kastigar v US 142 US, 547. Cfr. Ibid.*, p. 178 y ss.; en opinión de Joachim Hermann: *Estados Unidos puede ser tomado como modelo porque la Corte Suprema estadounidense ha transmitido decisión tras decisión, lo que dio un giro de la declaración de culpa hacia un proceso regulado con las protecciones necesarias para el acusado. A la fecha, la Corte Europea no tuvo la oportunidad de desarrollar pautas para negociaciones y acuerdos. Cfr. HERMANN, Joachim, “El estado de reforma del proceso penal en Europa”*. en Zoon, Ina, *Cit. nota 34*, p. 122.

¹²¹ *Vid. HENDLER, Edmundo, Cit, nota 119*, p. 184.

¹²² Alberto Bovino habla sobre algunas características básicas de proceso americano, explica que: *Una de las maneras de evaluar la calidad de la oralidad propia de un procedimiento, consiste en determinar el papel de las partes en dicho procedimiento. En este sentido, el procedimiento penal de los Estados Unidos, puede ser descrito sintéticamente como un sistema procesal que depende de un órgano neutral y pasivo que determina los hechos controvertidos –tribunal o jurado– para resolver litigios sobre la base de la información presentada por las partes enfrentadas en un procedimiento formal. Asimismo, sobre la característica de la función judicial dice: Se ha señalado que la principal responsabilidad del juez consiste en mantener la integridad del sistema judicial, en verificar que se respete el debido proceso legal, el principio de igualdad ante la ley y las garantías fundamentales de un juicio justo. ... el juez representa el símbolo de la justicia imparcial y que es una figura central en la administración de justicia. Cfr. BOVINO, Alberto: “La oralidad en el procedimiento penal” en Zoon Ina (coord.), *Cit, nota 34*, pp. 51- 53.*

“Existe una relación entre la dimensión profesional y estructural (burocrática y administrativa) de los tribunales, ya que tal relación puede tener un impacto significativo sobre las estrategias potenciales para aumentar la eficiencia. Una razón inmediata de esta discusión, son las frecuentes aseveraciones (y quejas) de los tribunales angloamericanos, (en particular de los Estados Unidos) han estado sometidos a un proceso de burocratización que socava los valores tradicionales del procedimiento judicial contradictorio. La burocratización en este sentido, es ejemplificada principalmente por las técnicas de gestión de asuntos (*case management*) que aplican crecientemente los jueces angloamericanos con el fin de lograr una resolución más expedita de los asuntos, pero también puede ser reconducida a otros fenómenos estructurales del litigio”.¹²³

Respecto a la burocratización norteamericana, se indica que con ésta no se espera el fortalecimiento de las relaciones de jerarquía judiciales ni mejorar las expectativas de la profesión jurídica, sino que se enfoca en los problemas relacionados con las cargas de trabajo. Otros aseguran que el manejo de asuntos (*case management*) provoca activismo empírico y a la vez menos garantismo y acceso a la justicia. Una investigación de 1990 citada por Fix Fierro relaciona las características del modelo norteamericano con aspectos del principio de oportunidad:

“Bajo el doble impacto de la creciente demanda de servicios y la limitación de recursos fiscales y organizacionales, la administración de justicia se racionaliza. Los tribunales están dejando de ser dominios semif feudales, controlados profesional y colegiadamente por los jueces, para convertirse en dependencias administrativas modernas, análogas a una empresa, preocupadas por la celeridad, la eficiencia, la productividad, la simplificación y la efectividad de costos en la provisión de servicios judiciales. La función judicial, bajo el eje del debido proceso y los procedimientos constitucionales, se dirige a la gestión de asuntos, las sentencias negociadas y la negociación informal dentro de un sistema organizacionalmente integrado, basado en conocimiento experto de tipo técnico- gerencial y tecnología de la información”.¹²⁴

Tratándose de criterios organizacionales en el modelo norteamericano, la figura del *plea bargaining* es un mecanismo muy frecuentado por sus beneficios de costo y tiempo. Según Mirham Damaska, algunos de los factores más importantes en la aplicación de la *oportunidad*, son las razones históricas del sistema americano aunado a las ventajas de economía para el sistema de justicia.¹²⁵

¹²³ Vid. FIX- FIERRO, Héctor, Nota 32, p. 209.

¹²⁴ Cfr. *Id.*

¹²⁵ Las razones históricas del procedimiento angloamericano inciden en juicio por jurado, determinando las características del procedimiento judicial, por ejemplo, la audiencia como exposición concentrada y oral de los argumentos expresados por las partes; la definitividad de la resolución de primera instancia y las limitadas posibilidades de apelación. Otro aspecto del juicio por jurado es que es tardado y costoso, implicando cargas para el acusador y la defensa, por lo que se utiliza la negociación ante una posible

Ante la duda sobre si la eficiencia es la causa principal para el impulso de sentencias negociadas, no existen datos contundentes que arrojen una solución a ese indicador. No obstante, hay diversas investigaciones empíricas que tratan de aportar elementos al respecto, por ejemplo, se tiene el dato que por medio de la negociación de sentencias se aplica en el 56 % de los casos, mientras que pasan a una etapa de juicio solo 12 % (sea ante jurado o ante *magistrate court*). En otras fuentes se indica datos similares que van desde el 80 y 90 % de los casos.¹²⁶

3. Experiencia Europea

En algunas legislaciones europeas se han introducido criterios de oportunidad.¹²⁷ Países como Alemania, Italia, España, Portugal e Inglaterra, de acuerdo a la planeación de estrategias dentro de su política criminal, han considerado métodos para favorecer la eficiencia del sistema penal.¹²⁸

paralización ocasionada por la falta de celeridad y altos costos que implican un seguimiento oficioso total. Cfr. *Ibid.* p. 228 y ss.

¹²⁶ Víctor Fairén sostiene que: *El aparente triunfo de las democracias inorgánicas ha llevado también a otro aparente triunfo del modelo penal acusatorio puro y, en su pleno desarrollo, al mantenimiento del jurado también puro, de veredicto (Inglaterra y Estados Unidos). Más la extensión, complicación y carestía de tal modelo, las dificultades para la constitución de los jurados, la inoperancia de los mismos en no pocos casos muy destacados, el gran aumento de la delincuencia que llega hasta la saturación de los tribunales; todo eso, y más, ha llevado a desarrollarse el contractualismo —que aparece relacionado con el principio de oportunidad procesal— mediante el negociar del Ministerio Público con el acusado, y disponiendo del derecho penal y del procesal correspondiente —el plea bargaining—, pone fin al proceso (entre 80 y 90 % de los casos en estados Unidos), con la aprobación judicial, y ello sin necesidad de abordar el estadio más jurisdiccional, claro y complicado, el del trial o debate ante el jurado.* Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Cit.*, nota 56, p. 17.

¹²⁷ Jesús Tirado Estrada indica que: *una característica que también suele acompañar los regímenes comparados en esta materia (función del Ministerio Público) es la complementación del sistema con el establecimiento del principio de oportunidad, normalmente reglada, en el ejercicio de la acción penal pública y la previsión de procedimientos simplificados en los que las zonas de consenso son primadas con significados beneficios punitivos. Razones de conveniencia y de política criminal basadas en la necesidad de dar un tratamiento específico a la criminalidad menor y, asimismo, razones de economía procesal y eficiencia práctica se alegan como fundamento de su previsión. El objetivo es racionalizar los esfuerzos intensificándolos en la criminalidad de cierta gravedad.* TIRADO ESTRADA, Jesús, “Retos del Ministerio Público y reforma del modelo procesal penal. Problemática y experiencias europeas y latinoamericanas” en: Zoon, Ina (coord.); *Cit.* nota 34, p.148.

¹²⁸ Joachim Hermann expone: *Originalmente, las negociaciones y los acuerdos entre la partes fueron una característica típica del proceso anglo-americano, en donde las declaraciones de culpabilidad y el convenio declaratorio sustituían frecuentemente al juicio. En la segunda mitad del último siglo, la idea de que el acusado debía ser autorizado para participar activamente en la solución de su caso ha invadido a*

Cada legislación cuenta con distintos indicadores para medir la eficiencia de su sistema de derecho penal, lo cual, es importante considerar.¹²⁹ Por ejemplo, respecto al sistema de sanciones, Josep Tamarit ha expuesto que existen tres modelos político-culturales que inciden en las estrategias criminales: un neoliberalismo atenuado como el del Reino Unido; un corporativismo social democrático en los países nórdicos; finalmente, un corporativismo conservador en un grupo amplio de países. Existe además un cuarto grupo que se identifica preferentemente con los dos primeros modelos. Básicamente las sanciones de prisión y multa son las que se cumplen en mayor forma en

*los países europeos. Cuando el juicio inquisitorio estaba siendo reemplazado por nuevas formas de juicio adversarial se pudo ver que los actos procesales previos al juicio también estaban influenciados por el modelo adversarial. Poniendo más énfasis en la autonomía del acusado, se está en acuerdo con las ideas democráticas modernas y liberales. Como siempre, los países europeos han dado diferentes pesos al implantar convenios y acuerdos con sus sistemas de justicia penal. España e Italia aprobaron la nueva legislación introduciendo un marco de casos consensuales. Según la ley española, el fiscal y el acusado pueden, después de presentar un caso oficial al inicio del juicio, entrar en negociaciones para alcanzar una conformidad. Con tal acuerdo, el acusado desiste al derecho a juicio; el fiscal reduce el cargo o solicita a la Corte imponer una sentencia más clemente. A diferencia de la declaración de culpa en el proceso estadounidense e inglés, la conformidad no requiere una admisión de culpa por parte del acusado. Pero similar al convenio declaratorio, la conformidad transfiere parte del poder de sentenciar del juez al fiscal. Cfr. HERMANN, Joachim, “El estado de reforma del proceso penal en Europa”, en *Ibid.*, p. 121.*

¹²⁹ Josep Tamarit así se expresa en relación al tópico indicado: *Las dificultades a que debe hacer frente un trabajo de comparación son evidentes.... la dispersión de las categorías conceptuales es quizás la mayor de ellas... A esta dificultad se une la diversidad en los procedimientos de obtención de la información. En el plano criminológico, los datos judiciales oficiales adquieren en un estudio sobre sanciones una relevancia muy superior a la que es habitual en los análisis sobre la criminalidad, por lo que nos vemos abocados a padecer las deficiencias asociadas a tal clase de estadísticas, sobradamente puestas de relieve por la literatura especializada. Sobre ésta y otras cuestiones se proyectan las diferencias en la calidad de los sistemas de gestión pública de los Estados de la Unión, diferencias que se van revelando como más acusadas que las cada vez más moderadas diferencias económicas. Baste como imagen de este estado de cosas la distancia existente entre las estadísticas judiciales españolas (cuyas carencias en cuanto a rigor metodológico son ya a estas alturas imperdonables) y las que regularmente publica el Home office británico. Más adelante trata los aspectos de los modelos de sanciones: Podría alcanzarse tan sólo un valor relativo si se llega a la caracterización de cuatro grandes modelos político-jurídicos: nórdico, anglosajón, continental central (básicamente germánico) y meridional. Una tal clasificación tiene en cuenta las afinidades jurídicas, geográficas y culturales, incluso político-económicas, aunque la homogeneidad dentro de cada grupo es muy desigual. Si puede hablarse con propiedad en el caso de los países nórdicos (los tres escandinavos más Finlandia) de un modelo político-criminal y social con características comunes tan remarcables como la contención en el uso de la pena privativa de libertad, las diferencias internas en el grupo meridional son muy acusadas (basta para ejemplificarlo con referirse a Francia y España). Además, hay casos difícilmente clasificables como Holanda, con elementos comunes a la vez con el Reino Unido, los países nórdicos y los centroeuropeos, o Portugal, cuya opción por el modelo legislativo germánico no puede ocultar sus intrínsecos rasgos “meridionales”, amén de los nuevos Estados de la Unión, como Polonia, sólo en parte asimilable a los países germánicos. Vid. TAMARIT SUMALLA, Josep., “Sistema de Sanciones y política criminal. Un estudio de derecho comparado europeo”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, año 9, número 6, Granada, España, ed. Universidad de Granada, 2007, pp. 5 y ss. <http://criminet.ugr.es>*

los países europeos, siendo así en Alemania, Austria, Italia, Polonia y Portugal, donde las penas alternativas se aplican con un carácter secundario o complementario, distinto al caso español que ofrece una serie de posibilidades más amplias.¹³⁰

Tomando en cuenta lo complejo que es intentar describir cómo están organizados los sistemas punitivos en Europa, se expondrán diversos rasgos del principio de oportunidad en las legislaciones indicadas.

A. Italia

En el caso de Italia, con la reforma del Código Penal de 1930 —*código Rocco*— se establece el seguimiento de todas las conductas criminales mediante la acción penal obligatoria.¹³¹ El retraso generado por la atención de todas las conductas delictivas, generó en la década de los ochenta varias estrategias de tipo legislativo, como la despenalización de ciertas conductas típicas y un mayor uso de medios administrativos de sanción. Además se contempla un acuerdo entre fiscal e imputado previo a la apertura de juicio oral solo cuando la pena es menor a tres meses de prisión, fenómeno conocido como *patteggiamento*, no procediendo recurso a favor del imputado pero si procedente para el Ministerio Fiscal.¹³²

¹³⁰ Cfr. *Ibid.* p. 7.

¹³¹ Manzini, expone —de acuerdo a las ideas del código italiano de 1930—: *El ministerio público o pretor debe promover la acción penal siempre y cuando concurren en concreto las condiciones para él, en ejecución de un absoluto precepto de ley que excluya toda discrecionalidad. Esta regla, ya aceptada por el Código de 1913, ha sido también adoptada por el código de 1930, el cual no admite que el ministerio público pueda abstenerse de promover la acción penal por la sola razón de oportunidad. Más adelante: El control del juez instructor, necesario para legitimar la inacción del ministerio público, confirma también la mencionada regla, pues el ministerio público queda obligado a proceder siempre que haya una apariencia de fundamento en la noticia del delito, excluida toda consideración de mera oportunidad. Cfr. MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, ed. Ediciones Jurídicas Europa América, 1951, pp. 294-295.*

¹³² Vid. ORTÍZ ÚRCULO, Juan Cesáreo, *Cit.* nota 48, p. 3400 y ss.; *Sobre esta legislación* Joachim Hermann, indica: *En Italia, el fiscal y el acusado pueden, en cualquier momento antes del juicio o en las etapas iniciales del mismo, negociar en cuanto a la sentencia para alcanzar un acuerdo (patteggiamento sulla pena). Las partes acuerdan solicitar al juez imponer una sentencia reducida sin juicio. La sentencia puede reducirse a una tercera parte de la que pudo haber sido impuesta después de un juicio. El acusado italiano también puede negociar en cuanto al tipo de proceso, solicitando un fallo rápido (giudizio abbreviato). Sobre tal requerimiento el juez determina si el caso puede decidirse solamente con base en los expedientes de las investigaciones previas a juicio. Para hacer atractivo un fallo rápido para el acusado, la sentencia que será impuesta en el caso de una condena puede ser reducida en un tercio. A diferencia del patteggiamento, el juicio sumario está disponible en cuanto a todos los crímenes excepto aquellos condenados a prisión de por vida. Cfr. HERMANN, Joachim, “El estado de reforma del proceso penal en Europa”, en Zoon, Ina, *Cit.* nota 34, p. 122.*

B. Portugal

La inclusión de criterios de oportunidad en Portugal procede de una reforma en el código procesal en 1987, donde atribuye al Ministerio Público la competencia exclusiva para promover la acción penal con carácter obligatorio, tratándose de los delitos públicos. No obstante, se contempla en forma mitigada el principio de oportunidad para lo que se llama pequeña y mediana criminalidad, consagrando diversas formas de consenso procesal como las siguientes:

1. La figura del *archivo por dispensa de la pena* permite el archivo de la investigación antes o después de haber formulado la acusación, tratando solamente de hechos punibles sancionados con pena privativa de libertad no superior a seis meses o multa no superior a 120 días. Esto se condiciona a la reparación del daño y a la rehabilitación del inculpado. Si la reserva es realizada antes de formularse acusación se exige ratificación del Juez de Instrucción. Si es después de la acusación, el ofendido o víctima debe prestar anuencia al archivo;
2. La confesión integral de culpabilidad es otra manifestación del principio de oportunidad. Ocurre al inicio del juicio cuando el acusado confiesa su culpa y el Presidente del Tribunal ordena pasar a los alegatos de las partes, dictando la pena, a excepción que de oficio ordene el desahogo de pruebas. Se aplica a conductas con penas de prisión no mayores a tres años;
3. La suspensión provisional del proceso y el proceso *sumarísimo* —previsto delitos con pena alternativa— permite al Ministerio Fiscal requerir al acusado ante el Tribunal para que exprese su aceptación de la imputación. Equivale a una sentencia ejecutoriada que no es recurrible por ningún medio, desarrollándose todo en una sola audiencia ante el juez de instrucción.¹³³

¹³³ Vid. ORTÍZ ÚRCULO, Juan Cesáreo, *Cit.* nota 48, p. 3401.

C. Alemania

En este país, existen algunos matices del principio de oportunidad.¹³⁴ Claus Roxín indica la siguiente clasificación:

1. Delitos perseguibles mediante acción privada, manifestando el Estado, un desistimiento de la oficiosidad en la persecución;
2. Hay supuestos en los que el Fiscal puede acordar el archivo de las actuaciones, suavizar las penas o sustituirlas por mandatos, cuando se considere la persecución del proceso como una desventaja para el Estado, por encontrarse en conflicto diversos intereses públicos;
3. En determinados supuestos, si el arrepentimiento activo¹³⁵ del acusado sirve para esclarecer el hecho delictivo o para evitar sus consecuencias, el Fiscal puede archivar u ofrecer una pena menor;
4. Tratándose de una circunstancia en donde la persecución penal sea objeto de negociación en la figura del “chantaje”¹³⁶ se procurará no perseguir dicha conducta eximiendo a la víctima del chantaje del tipo penal con el cual es coaccionado, en el entendido de que con ello no se afecte el interés general;

¹³⁴ Existe así una serie de corrientes abolicionistas que buscan, más que aplicar metódicamente el poder público sancionador del estado, un mejoramiento en factores sociales que generan delincuencia, sin embargo esta corriente surgida de la posguerra no ha aterrizado sus premisas, por lo cual no puede considerarse una solución óptima. También hay una tendencia de convertir mayormente el derecho penal en un conjunto de medidas de seguridad solamente, lo cual, —desde el punto de vista del autor— no favorece tampoco a un control ideal de la situación delictiva. *Vid.* Roxín, Claus, *Cit.* nota 46, p. 375 y ss.; Joachim, Hermann menciona: *en Alemania existen también arreglos entre el acusado y el juez durante el juicio. En casos complejos en donde la recopilación de evidencia pudiera tomar semanas o meses, el acusado ofrecerá al juez una confesión a cambio de una concesión en la sentencia o de una reducción de los cargos. En este tipo de arreglo el fiscal ejerce, principalmente, funciones suplementarias. Por otro lado, lo ideal no es que el juez tome un papel activo en los arreglos. Cfr.* HERMANN, Joachim, “El estado de reforma del proceso penal en Europa”, en Zoon, Ina, *Cit.* nota 34, p. 122.

¹³⁵ El *arrepentimiento activo* consiste en determinadas actitudes mostradas por el activo, tendientes a reparar el daño y demás circunstancias ocasionada por el delito. Se encuentra dentro de la figura de las atenuantes en los códigos penales.

¹³⁶ Con esto se quiere decir que una persona puede ser chantajeada por un delito que cometió y condicionada a hacer determinada actividad ilícita porque la persona que somete con el chantaje tiene información que involucra en el hecho delictuoso.

5. En delitos fijados con pena inferior a un año procede algún medio alternativo al proceso, como la vía administrativa o civil, también el archivo del procedimiento penal;
6. Finalmente, en la pequeña criminalidad el Fiscal está facultado para decretar el archivo cuando concurren dos requisitos: escasa culpabilidad y falta de interés público en la persecución.¹³⁷

Para que estos supuestos se concreten es necesario que exista una ratificación en sede judicial. Por otro lado, en Alemania existe la revisión de la actuación del Fiscal, que puede obligarlo a ejercitar la acción —ya que no procede la acción popular—, sin embargo, no se relaciona este recurso en la aplicación del principio de oportunidad.

Claus Roxín trata los aspectos utilitarios del derecho penal moderno. Las figuras de la *despenalización* y de la *diversión* se manejan como dos instrumentos de regulación político- sociales, donde la primera busca anular aquellos tipos penales que no son necesarios para el mantenimiento de la paz social.¹³⁸ Por otra parte, la *diversión* actúa cuando no es posible operar efectivamente una despenalización, pues consiste en una aplicación alternativa a la formal condena judicial, así:

“Tales métodos de *diversión* han alcanzado en Alemania una considerable proporción debido a que, en los delitos de bagatela en cuya persecución no existe ningún interés público, el tribunal, pero también la fiscalía, pueden suspender el procedimiento e incluso llegar a la renuncia de la acción penal en el marco de la criminalidad media, mediante el establecimiento de prestaciones en favor de la comunidad”.¹³⁹

Con la aplicación de estos criterios se hace una revalorización del sistema penal, aunque no es un fenómeno del todo trascendental. Textualmente el autor citado expone: *ni*

¹³⁷ Cfr. ORTÍZ ÚRCULO, Juan Cesáreo, *Cit. nota* 48, pp. 3398- 3400.

¹³⁸ *Vid. Supra*, nota 92.

¹³⁹ Agrega el autor: *Semejante métodos de diversión se aplican ya hoy en Alemania en casi la mitad de todos los casos, desplazando, por tanto, una parte importante de la punición. esta clase de reacción ante determinados hechos punibles debería ser un componente esencial del derecho penal del futuro, a pesar de algunos inconvenientes que afectan a los indeterminados presupuestos de tal diversión, y al parcial traslado de la competencia de la decisión e la fiscalía. pues se ha demostrado que ya la apertura de un proceso penal o los denominados sustitutivos penales tiene un efecto preventivo en los autores no usuales de escasa entidad que hacen irrelevante una formal punición. Por consiguiente la diversión es el medio más humano en la lucha contra el crimen en comparación con la punición, y por eso, aquella preferible a esta última. aquí reside el derecho relativo al abolicionismo. Pero una diversión solo es posible dentro de los límites y bajo supervisión estatal. Cfr. Vid. ROXÍN, Claus, *Cit. nota* 46, p. 383.*

*la despenalización ni tampoco la diversión, pueden quitar relevancia a la pena. Pero podrían y deberían limitar el castigo a un núcleo sustancial de la conducta realmente requerida de sanción penal.*¹⁴⁰

D. Inglaterra

El proceso penal inglés tiene gran similitud con el modelo estadounidense,¹⁴¹ ya que maneja una amplia variedad de penas y medidas de seguridad. En este caso, son

¹⁴⁰ Cfr. *Id.* Por otra parte el estudio de Tamarit Sumalla que se ha citado explica textualmente las premisas en la persecución delictiva alemana y la aplicación de circunstancias del principio de oportunidad: *Probablemente el rasgo más conocido del sistema punitivo alemán es la importancia alcanzada por la pena pecuniaria, tras la adopción del sistema de origen escandinavo de días-multa. La reforma penal alemana larvada durante los años sesenta del siglo XX, de gran influencia en el plano doctrinal para diversos países europeos, latinoamericanos e incluso de otros continentes, adoptó este recurso como contrapeso de la pena de encarcelamiento, junto a la renuncia a las penas de prisión de corta duración. De modo persistente, el número de penas de multa impuestas por los Tribunales penales alemanes cuatriplica aproximadamente el de las condenas a prisión (nuevamente el 80 % en 2003). La pena de multa no es concebida para desempeñar una función complementaria de la pena privativa de libertad, sino para ocupar el puesto que a ésta se le ha asignado tradicionalmente como reacción ante delitos poco graves. Prueba de ello es que, en términos ponderados por habitantes, el número de estas sanciones en Alemania es muy inferior al de las impuestas en Inglaterra y Gales o Francia e incluso algo inferior al de las penas privativas de libertad impuestas en España. Otra característica del sistema alemán es un uso muy elevado de la suspensión a prueba de la ejecución de la pena, lo cual provoca una reducción todavía menor del número de penas de prisión efectivamente ejecutadas. Como en España, el recurso por parte de los jueces a la suspensión condicional ha ido en aumento a lo largo de los últimos años, aunque en Alemania ha llegado a situarse en torno a los dos tercios: Sanciones impuestas (2003)68; Penas privativas de libertad 127.649; Suspendidas 88.166; Multas 507.086; Total 634.735. La distribución de las penas privativas de libertad impuestas refleja una opción preferente por las penas de poca duración, de modo que un 77'3 % de todas las sanciones de esta clase no exceden de un año. Las penas de más de dos años, incluida la prisión a perpetuidad, suponen tan sólo un 7'7%. En las penas pecuniarias, aplicadas según el sistema de días-multa, la cuota diaria se fija en más del 90 % de casos entre 5 y 51 Euros y en un 41% entre 10 y 25. Los delitos de hurto y robo tienen una incidencia relativa muy menor a la de España, lo cual es reflejo de la menor incidencia de esta clase de criminalidad, que representa tan solo un 47 de la criminalidad oficialmente registrada*70. Cfr. TAMARIT SUMALLA, Josep, *Cit.*, nota, 128, pp. 32 y 33.

¹⁴¹ Según Jesús Tirado: *En Inglaterra y gales, conforme a la sección 23 de la Prosecution of Offences Act de 1985, los fiscales han recibido el poder de suspender o abandonar casos. Una facultad semejante es la ejercida por el fiscal en Francia, respecto de delitos comprobados con autores conocidos de pequeña significación (por ejemplo hurtos de menor cuantía) en base a la posibilidad contemplada en el artículo 40 del Codice de Procedure Penale de "apreciar el trato a dar" al caso, así como en relación a las posibilidades legales de acudir a la mediación y al archivo bajo condición. También se aplica, por ejemplo, en la praxis aún a pesar de inexistencia de previsión legal, caos de los fiscales de Bélgica, lo que confirma que aun allí donde no se establece de manera específica existe un fenómeno de selección espontánea de casos. Cfr. TIRADO ESTRADA, Jesús, "Retos del Ministerio Público y reforma del modelo procesal penal. Problemática y experiencias europeas y latinoamericanas" en: Zoon, Ina (coord.); *Cit.* nota 34, p.178.*

fundamentales los criterios de oportunidad.¹⁴² Al respecto, el profesor Rafael Velandía afirma lo siguiente:

“... lo primero que debe destacarse es que en este no existe un principio de legalidad que obligue al Servicio de Acusaciones de la Corona a acusar o a continuar la investigación de un delito. Al momento de tomar una decisión sobre tal punto, el Servicio de Acusaciones de la Corona debe evaluar no solo los elementos probatorios con los que se cuenta, sino también debe considerar si el interés público requiere o no la continuación de la acción penal.¹⁴³

Una clasificación de los actos procesales motivados por criterios de oportunidad, es la siguiente:

1. *Penalty notice* o noticia de la sanción. Consiste en un escrito dirigido al inculpado donde se le informa que puede pagar una suma de dinero a fin de no ejercitarse acción en su contra. Procede en delitos de leve impacto;
2. Caución simple. Es una forma alternativa al ejercicio de la acción penal, regulado mediante una circular administrativa. Se aplica en delitos cometidos por inculpados que delinquen por primera vez y el daño es muy leve, sin embargo, si se trata de un delito grave pero que el acusador considera que no se afecta el interés público, puede aplicar este beneficio;
3. Caución condicional. Es fijada al imputado y tiene condiciones que cumplir. Se regula en la Ley de justicia Criminal desde 2003 y sus propósitos son la rehabilitación del delincuente, sin estar en prisión, y por otra parte, asegurar el

¹⁴² En relación a la variedad de las penas en el sistema inglés, se comenta lo siguiente: *Existen sistemas, sin embargo, que adoptan una estructura tripartita —en la variedad de penas—. El caso paradigmático sería el Reino Unido, en que a la privación de libertad y la multa se añaden las “sanciones en la comunidad”, integradas por un variado elenco de respuestas consistentes en prohibiciones, prestaciones, mecanismos de control y de incapacitación, cuya presencia no es en absoluto secundaria. Una community sentence puede consistir, respecto a los condenados adultos, en una community punishment order, una rehabilitation order, una combinación de las dos, una curfew order o una orden de sumisión a tratamiento y control de abstinencia de drogas. Las tres clases de sanciones tienen en la actualidad, un importante protagonismo, lo que convierte al Reino Unido en muestra paradigmática de como una alta diversidad punitiva puede ir asociada a un elevado intervencionismo penal. Suecia o Finlandia serían ejemplos de diversidad punitiva en lo material, pese a la estructura legal formalmente bipartita, aunque, a diferencia del Reino Unido, el desarrollo de las “terceras sanciones” ha ido asociado a un descenso del uso de la prisión. Cfr. TAMARIT SUMALLA, Josep, *Cit*, nota 128, p. 8 y ss.*

¹⁴³ *Vid.* VELANDIA MONTES, Rafael, “El principio de oportunidad en el derecho procesal penal inglés”, en: *Revista Derechos y Valores*, número 2, 2005, Colombia, ed. Universidad Militar de Nueva Granada, p. 208.

pago en la reparación del daño. Se deben informar las condiciones de dicho beneficio, así como las condiciones a las que se somete, esto mediante un documento firmado por los que intervinieron. Las condiciones deben ser proporcionales, alcanzables y apropiadas.¹⁴⁴

4. Caso Latinoamérica

Para describir cómo se encuentra regulado el principio de oportunidad en las legislaciones de latinoamérica, es necesario ubicar dos aspectos interesantes: por un lado, el fenómeno de transición de modelos procesales impulsados por diversas corrientes reformistas al interior; y por otro, la influencia de modelos procesales extranjeros, como el norteamericano y el alemán. Máximo Langer resume los aspectos importantes de este fenómeno:

“Las reformas procesales penales se han diseminado rápidamente en América Latina. En los últimos 15 años, 14 países latinoamericanos y un número sustancial de provincias y estados latinoamericanos han introducido nuevos códigos procesales penales. Estos códigos son, posiblemente, la transformación más profunda que los procesos penales latinoamericanos han experimentado en sus casi dos siglos de existencia. Si bien estas reformas no han sido exactamente iguales en todas estas jurisdicciones, los reformadores han descrito a estas reformas en términos similares, como una movida de un sistema inquisitivo a uno acusatorio o adversarial. Como tales, las reformas tienen muchas características en común, incluyendo la introducción de juicios orales y públicos; la introducción y/o el fortalecimiento del ministerio fiscal; y la decisión de poner al fiscal en lugar del juez a cargo de la investigación preliminar. Otros cambios incluyen dar más derechos a los imputados frente a la policía y durante la investigación preliminar; introducir el principio de discreción fiscal; permitir mecanismos de negociación y resolución alternativa de conflictos; y expandir el rol y la protección de la víctima en el proceso penal.”¹⁴⁵

Estas circunstancias establecen las nuevas directrices del proceso penal. Recordando algunas ideas expuestas en el capítulo primero, es importante comprender que la transición de los denominados modelos inquisitivos a los modelos acusatorios genera nuevas consideraciones sobre las garantías que motivan el proceso y la transparencia institucional que permite mayores niveles de flexibilidad sobre los asuntos que llegan a la etapa de juicio oral. Esta última necesita un margen congruente de tiempo y empleo de

¹⁴⁴ Cfr. *Ibid.* pp. 209- 217.

¹⁴⁵ Cfr. LANGER, Máximo, *Cit.* nota 41, p. 4.

recursos para desarrollarse de acuerdo al diseño teórico- procesal, pues en este punto se valora el material probatorio aportado por las partes.

Las reformas latinoamericanas no han descuidado estrategias que favorezcan, dentro de un margen de legalidad, la selección procesal de casos, donde solo llegan a juicio los asuntos de mayor interés para el Estado debido a la trascendencia social que tengan. Se podría decir que el principio de oportunidad ocupa un lugar importante en relación a esos criterios de selección, lo cual puede justificar legislativamente la contraposición al principio de legalidad que teóricamente, es de imposible cumplimiento.¹⁴⁶

En este apartado se muestran las experiencias de Argentina, Chile y Colombia, que cuentan con mayor difusión de sus procesos de reforma y una relación directa con la reforma constitucional en México.

A. Argentina

En el caso de Argentina, el principio de oportunidad se establece en varios proyectos de reforma presentados desde hace tres décadas. Un ejemplo, es el proyecto de Código Procesal Penal de la Nación del profesor Julio Maier,¹⁴⁷ quien en 1986 indicaba lo siguiente:

¹⁴⁶ *Vid. Supra*, nota 103; por otra parte, un documento que trabaja en base a las premisas básicas del proceso de transición, en la función del fiscal, enuncia lo siguiente: *el traspaso de facultades de persecución a los fiscales ha estado acompañado por el otorgamiento de nuevos instrumentos legales, destinados fundamentalmente a permitir a los fiscales una selección de los casos viables para su investigación y procesamiento, al mismo tiempo que a la creación de un conjunto de respuestas diferenciadas frente a los casos, con el fin de ampliar las posibilidades de solución y permitir que puedan negociar con el imputado formas de salida del sistema más sencillas y breves, al mismo tiempo que más ajustadas a las expectativas de las partes... Solo en muy pocas ocasiones, este diseño se ha hecho sobre la base de un conocimiento más o menos realista de la carga de trabajo esperada, de las respuestas socialmente deseables para esta, de los recursos disponibles para lograrlas y de una estimación concreta de resultados posibles. Cfr. DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Desafíos del ministerio público fiscal en América Latina*, Santiago de Chile, ed. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2005, pp. 27- 28.*

¹⁴⁷ Máximo Langer resume los aspectos de este importante proyecto normativo latinoamericano: *Este proyecto –conocido como el Proyecto Maier del 86– menciona al Código de Córdoba de 1939 como su fuente principal. Sin embargo, su otra fuente principal fue la Ordenanza Procesal Penal alemana que contenía muchas de sus ideas principales. Maier no se limitó a copiar las ideas presentadas en sus fuentes,*

“Artículo 230. Oportunidad. En los casos en que la ley penal permita la aplicación de criterios de oportunidad para evitar la promoción de la persecución penal o para hacerla cesar, el ministerio público, por intermedio del funcionario que la Ley de Organización Judicial determine, pedirá el archivo al juez de instrucción competente quien decidirá sin recurso alguno. El Tribunal podrá requerir la opinión del ministerio público sobre la cuestión, cuando lo considere conveniente. El archivo no supone la clausura definitiva de la persecución penal, que podrá ser reiniciada por el ministerio público cuando lo considere conveniente, salvo que la ley penal le otorgue otros efectos.”¹⁴⁸

No existen criterios uniformes sobre éste, debido a que no está regulado constitucionalmente, no obstante, hay provincias que lo contemplan en su normatividad. Carlos Creus afirma que la materia penal sigue los mismos lineamientos que los asuntos civiles, pues los conceptos de acción, proceso, sentencia, impugnación y otros, operan en la misma forma para ambas materias. Así mismo trata sobre una publicización del derecho civil y una privatización¹⁴⁹ del derecho penal:

“Salvo la presencia del querellante privado, al lado de la del fiscal —a la que no desplazaba— con facultades autónomas pero no ilimitadas, la acción quedaba en manos de éste. Con la sola excepción de los delitos de acción privada...el principio dispositivo no tenía injerencia alguna en el proceso penal.... En el siglo XX parece asistirse a una inversión de esas tendencias que, en algunos ambientes académicos, se presenta como intento de unificación de ambos procesos. El proceso civil se torna, si se quiere, más público, otorgándose al juez facultades que cambian su papel de árbitro “inmóvil” para asignarle un desempeño más activo en la búsqueda de la *verdad real*; al mismo tiempo que se persigue una fuerte corriente doctrinaria que pretende convertir —al menos en ciertos aspectos y determinadas hipótesis— en contienda jurídica privada, dándole mayor injerencia jurídica a la víctima y aun al mero damnificado, y abriendo rutas más amplias al principio de oportunidad en desmedro de la absoluta preeminencia que se otorgaba a la *legalidad procesal* (todo delito de acción pública debe de ser perseguido), lo cual, de un modo general y pese a las diferencias que los separan, produce efectos parecidos a los del principio dispositivo. Tendencia ésta que se hace más acusada, con la

sino que examinó cuidadosa y críticamente estas ideas y las tradujo a sus propios principios políticos y legales y a la realidad argentina. Cfr. LANGER, Máximo, Cit. nota 41, pp. 22 y 23.

¹⁴⁸ Maier, hace una descripción y documenta la relación con otros códigos procesales, del proyecto de 1986, siendo en la exposición de motivos donde comenta brevemente lo relativo a un procedimiento previo al proceso que busque celeridad: 1. *Procedimiento Preparatorio. Toda la tarea que supone la investigación preliminar de un delito de acción pública, para buscar el fundamento de una acusación formal o de otro modo, requerir un sobreseimiento, ha sido confiada al ministerio público, que así remplace la tarea la labor que actualmente llevan a cabo los jueces instructores. Con ello se pretende acentuar la forma acusatoria del procedimiento penal —en combinación con otras reglas específicas posteriores—, por una parte, y, por la otra, simplificar y dinamizar la tarea de la investigación, hoy cerrada en formalidades que no cumplen ninguna función —ni siquiera protectora de la seguridad individual— y que restan eficacia tanto a la averiguación de la verdad, cuanto a una decisión rápida acerca de la promoción del juicio o del sobreseimiento, incluso en beneficio del imputado. Cfr. MAIER, Julio, “El Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación” en: *Doctrina Penal. Teoría y Práctica de las Ciencias Penales*, ed. Depalma, año 9, números 33 y 34, Buenos Aires, 1986, pp. 659- 660 y 733 y ss.*

¹⁴⁹ *Cfr. Supra*, nota 56.

vigencia de la llamada victimología en la actual doctrina penal, que, por otro lado, trae una noción de conflicto de carácter material y restringida a la pura relación autor-víctima.”¹⁵⁰

Creus expresa que la legalidad impide desistirse del acto de instancia, por lo cual, esta acción debe ejercitarse conforme marca la ley procesal. Comenta que el primer suceso que buscaba formalmente la *oportunidad* como estrategia de política criminal data proyecto de 1986, siendo un criterio reservado para determinadas circunstancias así especificadas en la ley. A su vez la figura de la suspensión fue regulada por la ley 24.316 incidiendo en los artículos 76 y siguientes del Código Penal de la Nación,¹⁵¹ tratándose la suspensión del juicio a prueba.¹⁵² Pedro Bertolino expone que en Argentina rige la aplicación del principio de legalidad y la oficiosidad en la persecución criminal, sin embargo, el autor explica:

Una significativa tendencia doctrinal y legal, sin embargo, viene propugnando por el principio de oportunidad pensado ante todo como complementario al de legalidad. Para esta postura el régimen del ejercicio de la acción penal, antes bien, es resorte de las provincias y no de la nación como se ha venido sosteniendo desde antiguo en el país.¹⁵³

¹⁵⁰ El autor citado indica una inserción del principio de oportunidad a partir de la suspensión del juicio a prueba, impulsada por el código de Córdoba de 1940. *Vid.* CREUS, Carlos, *Derecho procesal penal*, Buenos aires, ed. Astrea, 1996, p 5 y ss.

¹⁵¹ Título XII (Título incorporado por art. 3° de la Ley N°24.316 B.O. 19/5/1994) De la suspensión del juicio a prueba. Artículo 76 Bis.- *El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años. Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente. Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio. Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente. El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena. No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito. Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.*

¹⁵² *Vid.* CREUS, Carlos, *Cit.* nota 150, p 23 y ss.

¹⁵³ *Cfr.* BERTOLINO, Pedro, “Generalidades del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en Argentina”, en: Storme, Marcel y Gómez Lara, Cipriano (coords) *XII Congreso mundial de Derecho Procesal, Vol. IV, Sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación*, México, ed. UNAM, 2005, pp. 190.

En el año 2002 se realizó en este país el *Congreso Internacional sobre el Principio de Oportunidad en Materia Penal*, donde se promovía su utilidad para las funciones de los órganos de acusación, indicando que éstos tienen como ficción el cumplimiento del principio de legalidad, y por tanto, se forman criterios de selección razonables con ciertas ventajas institucionales.

Las posturas que han adoptado las legislaciones provinciales como Neuquén y Buenos Aires respecto a la conveniencia del ejercicio de la acción, establecen los siguientes rasgos característicos:

1. En el caso de Buenos Aires (Art. 56 Bis, CPPBA), la figura se relaciona con criterios especiales de archivo de la acción penal. Operan cuando el delito o la participación, tienen relativamente cierta insignificancia, siempre que la pena máxima del delito no sobrepase los seis años de prisión;
2. Que el imputado haya sufrido un daño físico considerable;
3. Se debe reparar el daño;
4. La víctima puede impugnar este beneficio para el reo, o el mismo procurador, hacerlo en cualquier momento;
5. En la provincia de Neuquén procede la suspensión del juicio a prueba (Art. 310 Bis y Ter), donde se pide al juez este beneficio en audiencia pública, previa exposición de los motivos por los cuales solicita el Fiscal. Es apelable dentro de tres días tanto para la defensa como para el Fiscal.
6. Se le fijará al imputado las condiciones que debe cumplir, en forma detallada, y en caso de incumplimiento, se le revocará el beneficio.

B. Chile

La experiencia chilena de reforma penal ha sido impulsada por sectores académicos especializados, estableciéndose cambios integrales en el modelo procesal y el sistema de

justicia. El principio de oportunidad, se fundamenta en el artículo 170 del código procesal chileno,¹⁵⁴ funcionando de la siguiente manera:

1. Es una facultad discrecional para no iniciar la persecución o abandonarla ya en su inicio, tratándose de un hecho que no comprometa el interés público. La pena mínima del delito debe ser mayor al mínimo grado de prisión. No opera si el inculpado es un funcionario público;
2. Para cumplir con este beneficio el Fiscal debe emitir una decisión motivada ante el Juez de Garantía, el cual notificará a los intervinientes. Dentro de diez días a la presentación del escrito del Fiscal, el Juez de Garantías puede revocar esa decisión por no cumplirse las exigencias anteriores. Del mismo modo se revocará si la víctima demuestra su interés en la persecución.
3. Si vencido el plazo para reclamar, o el Juez lo resolvió procedente, existen 10 días más para reclamar la decisión del Fiscal ante el Fiscal Superior. La omisión en este término extingue la acción definitivamente;
4. La aplicación de este criterio no deja sin efectos los medios civiles para buscar reparación del daño establecidos en la legislación.

C. Colombia

En este país, a partir del acto legislativo 03 del año 2002, se regulan las funciones del Fiscal General de la Nación con la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. Éste opera en las siguientes modalidades:

154. El profesor Raúl Tavolari comenta lo siguiente: *En Chile no se había intentado reducir la presencia de un principio de legalidad antes de la entrada de su nuevo régimen procesal, no obstante, los diversos operadores ponían en práctica actuaciones en donde aparecían modalidades del principio de oportunidad, ni legisladas, ni controladas. Ahora basados en una influencia europea sobre la aplicación de la selectividad de casos, se aplica el principio de oportunidad, cuando se tratare de situaciones en donde no se comprometiére gravemente el interés público. Vid. TAVOLARI ONTIVEROS, Raúl, "Principios del sistema procesal chileno", en: Storme, Marcel y Gómez Lara, Cipriano (coords) XII Congreso mundial de Derecho Procesal, Vol. IV, Sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación, México, ed. UNAM, 2005, pp. 246- 254.*

1. Facultad del Fiscal de suspender, interrumpir y renunciar a la investigación de los hechos que impliquen una conducta típica. Dicha abstención debe ratificarse por medio del Juez de Garantías;
2. Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el acusado buscando que se termine el proceso por la aceptación de cargos o se elimine alguna agravante en su participación;
3. Las rebajas de la pena se dan de las siguiente manera: si es en la formulación de cargos, se hace una disminución de la mitad de la pena; de una tercera parte si los acuerdos se desarrollan desde la acusación hasta el auto de apertura de juicio oral; finalmente, en la audiencia de juicio oral será procedente una rebaja de una sexta parte de la pena aplicable al tipo por el cual motiva la acusación;
4. Otro aspecto de la oportunidad consiste en los acuerdos celebrados sobre la valoración probatoria de ciertos hechos que integran la causa, por aceptarlos la defensa ante el fiscal.¹⁵⁵

Esta facultad se introduce directamente con el nuevo modelo procesal en Colombia, detallándose su alcance a través de causales muy precisas.¹⁵⁶ Se regula en el Código Procesal Penal de la Nación en los artículos 323 y 324:

“Artículo 323. Aplicación del principio de oportunidad. La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad”.

En su planteamiento se resaltan medios de control a través de un Juez Instructor, el cual debe verificar que se cumplan deberes éticos en la negociación y en las inmunidades que se deben guardar en lo declarado previamente al beneficio procesal.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Cfr. DAZA GONZÁLEZ, Alfonso, “Escena del delito y cadena de custodia en el sistema procesal penal colombiano a partir del Acto Legislativo N° 03 de 2002”, en: *Prolegómenos: Derechos y valores*, número 019, Enero- Junio de 2007, Bogotá, ed. Universidad Militar Nueva Granada, p. 92 y ss.

¹⁵⁶ Luis Osorio, anteriormente Fiscal de la nación e importante impulsor de la Reforma del modelo acusatorio, expone lo siguiente: *El principio de oportunidad constituye un instrumento de eficacia en la justicia. Este último, lamentablemente, fue objeto de desconfianza por parte del legislador que lo reglamentó al máximo, detallando 17 causales muy precisas, pero, por ejemplo, de algunas excluye de su aplicación a los jefes, organizadores o promotores; prohíbe su aplicación para delitos de narcotráfico, terrorismo, genocidio, crímenes de lesa humanidad y los que comportan violación a los derechos humanos. El principio de oportunidad en los países donde es además un instrumento para combatir el crimen organizado, no está sujeto a limitaciones. Vid. OSORIO ISAZA, Luis Camilo, *El sistema acusatorio en la experiencia colombiana*, México, ed. INACIPE, Serie Conferencias Magistrales, N° 15, 2007, p. 22.*

5. Notas finales a manera de comparación

Es posible observar que la conveniencia de acusar o no acusar responde a la utilidad que tendrá para el Estado atender determinado caso mediante el proceso. Para ello, existen diversos actos procesales que van desde la despenalización hasta la omisión en el ejercicio de la acción por una serie de motivos.

Por otro lado, la figura del archivo o de la confesión integral y los procesos sumarísimos que manejan países como Portugal e Italia, son matices introducidos en su normatividad y que representan una novedad en la disposición de la acción. Ahora bien, al hablar de países donde esta figura procesal es predominante, se observan las legislaciones de Inglaterra y Estados Unidos que poseen capacidades de flexibilización desde la detención policial, ofreciéndose tratos de colaboración y diversas inmunidades para los hechos que se declaran.

A partir de la apertura de los modelos procesales en Latinoamérica es posible observar algunas características de modelos anglosajones y europeos adaptadas en los códigos procesales. Por lo que respecta al principio de oportunidad, solo Argentina varía el uso de estos criterios dejándolo como facultad de las provincias. En los casos de Chile y Colombia lo han hecho de forma explícita en sus reformas integrales justificando una serie de condiciones para su operación.

¹⁵⁷ Cfr. VARIOS AUTORES, *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano. Manual general para operadores jurídicos*, Bogotá, ed. Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), 2005, pp. 20- 21; una investigación especializada que describe el principio de oportunidad en la propuesta colombiana, expone: *En la construcción de un sistema procesal penal concurren diferentes posturas y formas de observación del fenómeno de estudio y la manera como este fenómeno ha de ser reducido por la instrucción o investigación. Se deben poner todos los elementos frente y con respecto a los hechos conocidos (característica del denominado sistema dispositivo, propio hoy, sin mayores diferencias de opinión del procedimiento civil); utilizar como fundamento de la investigación el tradicional ius puniendi, emanación y concreción del tradicional concepto de soberanía; usa los conceptos de ius puniendi y de división responsable de las funciones en procura y a veces, en resalto de las garantías ciudadanas, en cuanto sea la elaboración de la pretensión del Estado contra alguien y una constatación de la verdad existente en el proceso, con participación ciudadana y mecanismos especiales de investigación, adversarial, oral y concentrado (referido al denominado sistema acusatorio). Vid. IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto, “El principio de oportunidad”, en *Vniversitas*, Número 109, 2005, Bogotá, ed. Pontificia Universidad Javeriana, p. 75.*

CAPÍTULO 4

LINEAMIENTOS PROCESALES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

I. Resumen

Como se ha explicado en capítulos anteriores, el principio de oportunidad incide en la procuración de justicia y en la función judicial. En el primer aspecto, por la facultad constitucional otorgada al Ministerio Público para no ejercitar la acción penal a causa de diversos factores. Por lo que corresponde a la función judicial, se relaciona con los beneficios de trabajar menos casos en las audiencias de juicio oral, y así, cumplir con diversos principios fundamentales del proceso acusatorio.¹⁵⁸

Lo que se ha desarrollado en este trabajo tiene que ver con el análisis de la *oportunidad* desde los aspectos funcionales del sistema penal, es decir, qué función tiene

¹⁵⁸ Los principios de inmediación, oralidad y defensa son fundamentales en el sistema penal acusatorio impulsado con la reforma al proceso penal. El de inmediación, representa la posibilidad de que el juez este presente en las audiencias y conducir esta etapa del procedimiento. De ser posible, se podrá dictar sentencia en la misma audiencia. Se encuentra ligado al principio de oralidad, que como expone Alberto Binder: *la oralidad es un instrumento, un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del juicio penal. En especial, ella sirve para preservar el principio de inmediación, la publicidad del juicio y la personalización de la función judicial.* Cfr. BINDER, Alberto, *Cit. nota 52*, p. 100; en el mismo sentido Alberto Bovino expone lo siguiente: *El procedimiento oral no es una manera más de regular las reglas procesales. Es un modo de producir decisiones que se caracteriza por imponer ciertos principios sustanciales en el método de toma de decisiones jurisdiccionales. Principios tales como la inmediación, la celeridad, la concentración, la continuidad y, especialmente, la publicidad, adquieren un vigor inusitado mediante la oralidad, determinando el contenido de decisiones que se toman en un contexto oralizado, elevando localidad de sus decisiones.* Vid. BOVINO, Alberto, “La oralidad en el procedimiento penal”, en Zoon, Ina (coord.), *Cit. nota 34*, p. 48; por otra parte, el principio de defensa encuentra su fundamento en la Constitución, considerado éste en forma de garantía del imputado como de la víctima. En el modelo acusatorio, la defensa tiene grandes alcances por la conexidad de principios como el de igualdad y publicidad. Para muestra, en el sistema norteamericano existe el denominado *discovery*, según lo exponen los profesores argentinos Ricardo Basílica y Fernando Abad expresan que: *Podríamos definir al discovery como el derecho que tiene la defensa a requerir previo al juicio del fiscal que este "descubra" partes de su investigación. Como es lógico este derecho tienen su base en una serie de pronunciamientos judiciales. De este modo es que se pueden citar casos en donde el Máximo tribunal resolvió que se había violado el debido proceso en virtud de que el fiscal interviniente, había presentado durante el juicio a un testigo que declaró falsamente, con el conocimiento del fiscal.* Cfr. BASÍLICA, Ricardo y ABAD, Fernando, *Cit. nota 117*, p. 44.

dentro del mismo. Para ello se han utilizado documentos de consulta que explican sus aspectos teóricos, haciéndose además, un breve comparativo de otras legislaciones.

Se explicarán algunos matices de la legislación penal y procesal que representan criterios de oportunidad. Por otra parte se establecerá —mediante una aproximación— su funcionamiento, según las diversas expectativas y tendencias.

2. Ejecución de los criterios de oportunidad

A. Notas sobre la experiencia en algunas entidades federativas

Pese a que la introducción de los criterios de oportunidad en la Constitución es reciente, algunas legislaciones locales ya han realizado planteamientos de esta figura dentro de sus reformas a sistemas de justicia. Un ejemplo significativo es el del Estado de Chihuahua, donde en 2007 inició la vigencia de su Código de Procedimiento Penal. Al respecto se expone lo siguiente:

“CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

Artículo 83. Principios de legalidad procesal y oportunidad.

El agente del Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

No obstante, el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguno o a varios hechos o a alguna de las personas que participaron en su realización, cuando:

I. Se trate de un hecho socialmente insignificante o de mínima o exigua culpabilidad del imputado, salvo que afecte gravemente un interés público o lo haya cometido un servidor público en el ejercicio de su cargo o con motivo de él. 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.

II. Se trate de la actividad de organizaciones criminales, 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 dentro de las organizaciones criminales, y siempre que los hechos que motivan la acción penal de la cual se prescinda, resulten considerablemente más leves que aquellos cuya persecución facilita o cuya continuación evita;

III. El imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o psicológico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena;

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

El agente del Ministerio Público deberá aplicar los criterios de oportunidad y otras facultades discrecionales sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las pautas descritas en cada caso individual, según los criterios generales que al efecto se hayan dispuesto por la Procuraduría General de Justicia del Estado. En los casos en que se verifique un daño, éste deberá ser previamente reparado en forma razonable.¹⁵⁹

Esta legislación permite la discreción de la acción hasta antes del auto de apertura a juicio oral (Art. 84). Es una facultad otorgada al Ministerio Público, el cual, al ejercer dicho criterio, debe fundar y motivar su decisión y notificar al Procurador del Estado —o a quien se designa para tal efecto dentro del organigrama de la Procuraduría. Cuando se autorice, la víctima u ofendido pueden impugnar dicha resolución ante un Juez de Garantía en un plazo de tres días posteriores a la notificación, resolviéndose el asunto en audiencia. (Art. 85). Con la aplicación de la oportunidad se extingue la acción penal, salvo en los supuestos de la fracción II y IV del artículo 83, se suspenderá el ejercicio de la acción hasta 15 días naturales después de que la resolución de la oportunidad quede firme. Si la colaboración con la justicia (artículo 83, frac. II) se basa en información falsa o que pretende obstaculizar la investigación, el órgano acusador ejercitará la acción penal en cualquier momento (Art. 86).

Lo expuesto en el caso de Chihuahua reúne las características esenciales de este tópico. Dentro de ellas se encuentra lo siguiente:

1. Disponibilidad de la acción;
2. Facultad ejercida mediante la norma. No es discrecional;
3. Se aplica en delitos leves, estableciéndose límites para los delitos graves de notoria trascendencia social;
4. Es una función encomendada al Ministerio Público e interviene, en cierta medida, la función judicial;
5. Hay medios de control.

Citar la legislación de Chihuahua implica dos cosas: primero, es la experiencia de reforma judicial con mayor difusión a nivel de entidades federativas; segundo, estas reformas tienen la inercia del proceso latinoamericano de transición procesal, ya que diversos actores externos participaron en su estructuración. No obstante, esta legislación

¹⁵⁹ Decreto No. 611 / 06 II P.O. (Periódico Oficial del Estado de Chihuahua), p. 17.

no es la única que ha promovido la eficiencia en los sistemas de justicia penal, ya que han surgido varios proyectos a partir de iniciativas de ley, tanto del ejecutivo federal como de diversos integrantes del Congreso de la Unión.¹⁶⁰

Entre las legislaciones que contemplan la *oportunidad* se encuentran Oaxaca, Zacatecas, Morelos, Estado de México, así como proyectos legislativos en Baja California y Jalisco. Todos ellos reúnen los mismos lineamientos en cuanto a su ejecución, es decir: por circunstancias leves en cuanto al caso concreto; debe existir una motivación expuesta ante el Procurador estatal o un miembro diseñado para ello;¹⁶¹ 15 días posteriores a la firmeza de la sentencia para que se suspenda el ejercicio de la acción; 3 días para impugnar ante juez de instrucción o de garantías, resolviéndose en audiencia; finalmente, aplicación de objetividad y prudencia en este beneficio procesal.¹⁶²

¹⁶⁰ Vid. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Reseña legislativa sobre la reforma constitucional de 2007- 2008 en materia de seguridad pública y justicia penal” en: *Boletín mexicano de derecho comparado. Nueva serie*, año XLI, septiembre- diciembre de 2008, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, pp. 1560- 1564.

¹⁶¹ En el anteproyecto de la *Ley General del Debido Proceso*, hecho por el profesor del ITAM, Miguel Sarre, se describe un panorama de la flexibilidad otorgada por los criterios de oportunidad, ya que existe desde luego la omisión en el ejercicio de la acción por circunstancias en proporción leves, y la única diferencia en su propuesta es ejercer la discreción procesal solo con anuencia de un juez de garantía, en vez de turnar al procurador la lista de motivos. Dependerá del juez de garantía la decisión.

¹⁶² Obsérvese la legislación procesal el estado de Zacatecas que entro en vigor el 5 de enero de 2009: Artículo 90 Principio de legalidad procesal y oportunidad. *El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, el Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando: I. Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de éste, salvo que afecte gravemente un interés público o lo haya cometido un servidor público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él; II. El imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o psíquico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando en ocasión de una infracción culposa haya sufrido un daño moral de difícil superación, o III. Cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o la que se le impuso o se le impondría en un proceso tramitado en otro Estado. El Ministerio Público deberá aplicar los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando cada caso en lo individual, según los criterios generales que al efecto se hayan dispuesto por la Procuraduría General de Justicia del Estado. En los casos en que se verifique un daño, éste deberá ser previamente reparado en forma razonable.* Artículo 91. Plazo para solicitar criterios de oportunidad. *El Ministerio Público podrá optar por la aplicación de un criterio de oportunidad siempre que no haya formulado acusación.* Artículo 92 Objeción. *La decisión del Ministerio Público, que aplique o niegue un criterio de oportunidad, que no se ajuste a los requisitos legales o constituya una discriminación, la víctima o el imputado podrán objetarla ante el Juez dentro de los tres días posteriores a la comunicación de la decisión. Presentada la objeción, el Juez convocará a las partes a una audiencia oral para resolver si la decisión del Ministerio Público cumple con los requisitos legales y no es discriminatoria. En caso contrario dejará sin efecto la decisión para que el Ministerio Público vuelva a pronunciarse conforme a derecho.* Artículo 93. Efectos. *Si se aplica un criterio de oportunidad, se*

Dentro del actual modelo procesal mixto —con matices del modelo inquisitivo y del acusatorio—, la relevancia de la etapa de averiguación previa es fundamental para la continuidad del sistema, la cual no se reducirá, sino que cambiará sus expectativas.¹⁶³ Dentro de la implementación del modelo procesal acusatorio es fundamental comprender el flujo de casos que se trabajaran mediante proceso. Es ahí donde radica el principio de oportunidad, ya que permite el flujo de asuntos penales de manera conveniente para el posterior desarrollo de las audiencias de juicio oral. Respecto a la secuencia institucional controlada, Mauricio Duce y Cristián Riego comentan:

“La función más básica que un sistema de persecución penal debe estar en condiciones de satisfacer la capacidad de manejar razonablemente los casos que conoce, o bien, hacerse cargo del flujo de casos que recibe... En la medida que el sistema no desarrolle una política de control del mismo que le permita dominar la carga de trabajo, resulta difícil que pueda operar dentro de parámetros mínimos de racionalidad y calidad... Por estas razones, la mayoría de las reformas procesales establecieron un conjunto de criterios e instituciones que le permitían al Ministerio Público Fiscal, desde muy temprano en el proceso (facultades de desestimación y aplicación de salidas abreviadas), desarrollar una política de control de la carga de trabajo del sistema, con el objetivo de superar la situación que imponía la vigencia irrestricta del principio de legalidad en el contexto de los sistemas inquisitivos... Un control efectivo de la carga de trabajo de una fiscalía supone que los ingresos se manejan de manera sistemática. Es decir, que la fiscalía no solamente evacua los casos que entran repartiéndolos a los fiscales que corresponda, sino que genera un mecanismo que permite desechar en forma temprana una gran cantidad de ellos, aplicando las facultades legales concedidas en los nuevos códigos procesales penales. Por ejemplo, un sistema que depura el 60% de los casos de manera temprana, los convierte en términos que bajan el promedio de tiempo de resolución, mientras aumentan las tasas de término anuales. Esto permite, además, que el sistema pueda focalizar su trabajo en el 40% restante, mejorando así las posibilidades de concluir con éxito un número de casos en que puede priorizar su trabajo.¹⁶⁴

La apertura del poder punitivo hacia nuevas estrategias de trabajo es importante para regular el flujo de los asuntos. Al recordar los aspectos conceptuales de la *oportunidad* se obtienen algunas notas para entender los lineamientos procesales de esta figura:

extinguirá la acción penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso. Si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extenderán a todos los que reúnan las mismas condiciones.

¹⁶³ El procesalista mexicano Cesar Osorio, afirma lo siguiente: *La averiguación previa no va a desaparecer, o que se va a eliminar es el formalismo excesivo, la exagerada literalidad y los nocivos tecnicismos, los cuales han propiciado corrupción e impunidad, desprestigio y falta de credibilidad en las instituciones y sistemas de justicia penal.* Cfr. OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, *Cit.* nota 31, p. 103.

¹⁶⁴ Cfr. DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Cit.* nota 146, pp. 73-74.

1. Existe un manejo conveniente de la acción penal. Ello no impide, sin embargo, que la investigación no se realice, ya que acción y persecución penal son funciones distintas;¹⁶⁵
2. La solución del caso se da por un medio alternativo al proceso tradicional. Debe existir forzosamente una solución, debido al principio constitucional de la tutela judicial efectiva;
3. Se emplean formas diversas de solución a los conflictos, lo que Roxín denomina *diversión*, por la apertura que brinda el principio de racionalización del poder punitivo;¹⁶⁶
4. Las principales alternativas a la punición mediante proceso son la suspensión del proceso a prueba —o suspensión condicional—, *acuerdos reparatorios* del daño causado; además de métodos *heterocompositivos* como la mediación y la conciliación.¹⁶⁷

Estas circunstancias motivan la siguiente interrogante: ¿Las alternativas al proceso forman parte del concepto de principio de oportunidad? Esto implica dos cuestiones: primero, varias legislaciones consideran la solución alternativa como matices de la discreción procesal, lo cual es interpretado por diversos autores que tratan el tema; segundo, estos mecanismos requieren que el sistema permita cierto nivel en el manejo discrecional de la acción penal, por tanto, en un proceso donde se permitan criterios de oportunidad son más factibles diversos métodos del poder punitivo.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Ante similitudes en el manejo de las palabras persecución penal y acción —según algunos códigos procesales— éstas tienen distintos alcances: por un lado, la persecución penal es obligatoria, la acción penal no; perseguir es requisito previo para ejercitar la acción; la persecución penal es de naturaleza policial, la acción, de naturaleza jurídica; la persecución penal no se puede suspender, la acción penal sí; la acción penal activa la jurisdicción, la persecución penal no; las decisiones que ponen fin al ejercicio de la acción penal hacen tránsito a cosa juzgada, las de la persecución penal no (archivo de la investigación). *Vid. VARIOS AUTORES, Cit. nota 157, pp. 17- 18.*

¹⁶⁶ *Cfr. Supra, nota 92.*

¹⁶⁷ En este aspecto, Ovalle Favela comenta: *En la heterocomposición, la solución al conflicto es calificada de imparcial, porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero al litigio, un tercero sin intereses propio en al controversia.* Es ahí que la mediación y otras alternativas encuadran en esta categoría, por ser soluciones guiadas por un tercero, no surgidas de transacción entre las partes. *Cfr. OVALLE FAVELA, José, Cit. nota 79, p. 23.*

¹⁶⁸ *Vid. Supra, nota 94.*

Con estas características es posible comentar que los mecanismos alternativos y la discreción en el ejercicio de la acción no implican las mismas finalidades, pues los primeros se basan en la denominada justicia restaurativa, que busca —como su término lo dice— restaurar la situación posterior al delito con ventajas para el ofendido, el delincuente y la sociedad.¹⁶⁹ En cambio, el manejo conveniente de la acción procura ventajas para el modelo procesal, al permitir, dentro de sus finalidades, el flujo moderado de casos a la etapa de juicio oral.¹⁷⁰

La reforma penal delimita las funciones de diversos medios alternativos a la solución de sus controversias, así como disposiciones de control sobre los mismos:

“Artículo 17.... Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Artículo 20. A. De los principios generales:... VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes

¹⁶⁹ A la justicia restaurativa se le llama tercera vía. La primera vía fue una visión retributiva que centraliza la relación ofensor – pena; la segunda es marcada por una tendencia rehabilitativa que sigue concentrada en el ofensor, solo que ahora con un control y supervisión en su tratamiento; la tercera vía pone atención al daño causado a la víctima y a la sociedad, preocupándose como repararlos, pero sin alejarse de la utilidad de las dos primeras, de ahí que esta última se apoya en beneficios de la primera y segunda vías. *Cfr.* KEMELMAIER, Aída, “En búsqueda de la tercera vía. La llamada justicia restaurativa, reparativa, reintegrativa o restitutiva”, en García Ramírez, Sergio (coord.), *Memorias del congreso de culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, 2005, ed. UNAM, p. 315.

¹⁷⁰ No obstante, para justificar la oportunidad se plantea no ir más allá de la proporcionalidad para delitos leves. Específicamente, en este punto, García Ramírez desarrolla algunas ideas: *El régimen de sanciones (penalización) es la pieza más delicada del sistema penal, junto con la descripción de conductas punibles (tipificación). En ella se reflejan los intereses, las preocupaciones, las convicciones de la sociedad, a las que sirve el aparato persecutorio del Estado. Al menos, esto es lo que debiera ocurrir. Cuando se fija determinada sanción como consecuencia de cierto delito, es porque se ha ponderado cuidadosamente la lesión que éste causa a un bien jurídico. A partir de ahí, el proceso de individualización judicial atiende a la equidad para alcanzar la justicia del caso concreto. También es esto lo que debería suceder. A la luz de estas consideraciones hay que ponderar cualquier movimiento en la punición, por obra de la ley, petición del acusado o decisión del juzgador. En este orden de cosas entran en juego los sistemas de atenuantes y agravantes, perdón y arbitrio judicial, sustitutivos de la sanción privativa de la libertad, etcétera. También hay que considerar aquí los principios de legalidad y oportunidad con su doble proyección: sustantiva y procesal... Bajo el sistema de oportunidad se permite al Ministerio Público resolver sobre la conveniencia o inconveniencia de instar el proceso penal, a la luz de consideraciones políticas, sociales o morales que pudieran prevalecer sobre la estricta aplicación de la ley. Vid. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 3ª edición, México, ed. Porrúa- UNAM, 2002, pp. 127- 128.*

para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;...

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:...VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño”.

Estos artículos constitucionales implican que pese a la oficiosidad o discrecionalidad del órgano acusador, la justicia en México debe orientarse por una filosofía no tan represiva cuando haya posibilidad de llevar un proceso mediante una forma distinta (instrucción, desahogo de pruebas, conclusiones y sentencia). Esta manera de ver las cosas ya se encuentra regulada en la legislaciones vigentes antes de la reforma constitucional, por lo cual, puede entenderse que estrictamente no forman parte del principio de oportunidad, aunque la coexistencia entre ambos radica en la solución generada sobre el caso donde no se vinculó a proceso.¹⁷¹

B. Derecho penal y procesal de excepción

En México, la operación de criterios de oportunidad tiene un antecedente formal con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 1996 (LFDO), la cual contempla criterios de negociación con el inculpado y algunos beneficios en la pena para el colaborador con el sistema penal:

DE LA COLABORACIÓN EN LA PERSECUCIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Artículo 35.- El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:

- I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;
- II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;

¹⁷¹ Al respecto revítese las leyes de medios alternativos de conflictos en Estados como Sonora, Distrito Federal, Oaxaca, Colima, Guanajuato, Estado de México, Chihuahua y Quintana Roo.

III. Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad, y

IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta. En la imposición de las penas, así como en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo, el juez tomará en cuenta además de lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador. En los casos de la fracción IV de este artículo, la autoridad competente tomará en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.

Como se observa, de esta ley derivan importantes tendencias sobre la negociación y “premios” en el otorgamiento de las penas. Básicamente la colaboración se da en dos vías: por un lado, la inmunidad sobre las aportaciones hechas en la colaboración, que solo podrá aplicarse en una ocasión —similar a las inmunidades del sistema norteamericano por los *hechos de la declaración*—; por otro lado, las rebajas de la pena se dan en una mitad si se aportan pruebas ciertas que ayuden a sentenciar a otros imputados con alta jerarquía en la organización y hasta en dos terceras partes si los indicios ayudan a consignar a otros miembros de la organización criminal. Del mismo modo si el sentenciado aporta pruebas ciertas que ayuden a sentenciar a otros delincuentes, existirá una remisión parcial de la pena que puede llegar a ser de hasta dos terceras partes. Finalmente, el artículo 36 contempla que, aun teniendo pruebas adicionales a la confesión contra un inculpado y éste aporta datos que faciliten a persecución criminal de individuos peligrosos con jerarquía alta en la organización, puede existir un beneficio de tres quintas partes de la pena.

De acuerdo a las características expuestas en esta ley especial, es posible determinar que la discrecionalidad, tanto en el ejercicio de la acción como en la remisión parcial de la pena, cumplen en gran medida las directrices fundamentales del principio de oportunidad, pues como afirma Sergio García Ramírez:

“La LFDO acoge ampliamente el principio de oportunidad, aun cuando no llega al extremo de facultar al M. P. y al juzgador para apreciar con entera libertad la conveniencia de perseguir y sancionar. En estos casos el régimen de oportunidad se vale de la ley misma: por una parte, ésta dispone consideraciones especiales que no permite en otros casos y que se fundan en la conveniencia persecutoria; por otra, faculta a las

autoridades para moverse con amplitud en el espacio del arbitrio excepcional que la ley contempla.”¹⁷²

En la reforma penal constitucional se establece la facultad de negociar y otorgar beneficios al colaborador en la investigación de delincuencia organizada: (art. 20, B, frac. III)... *La ley establecerá beneficios a favor del inculgado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada.* Cómo se observa, este criterio ya se ubica en la legislación especial, pero en el intento de enfatizar en el texto constitucional un derecho penal de excepción, se hacen notorios los criterios de oportunidad en este aspecto.

Los premios en las penas no son exclusivos del derecho penal de excepción, pues ya los modelos de código procesal que incluyen el principio de oportunidad hablan de la figura del colaborador, por ejemplo, en el artículo 83, fracción II, del Código de Chihuahua —similar en todos los códigos locales ya mencionados—, de ahí que el ejercicio o no ejercicio encuentra un punto interesante en el manejo de la acción y los beneficios que un órgano acusador puede utilizar para diversos efectos.

Finalmente, como un ejemplo de normatividad internacional en aspectos procesales, la conveniencia de acusar o no acusar se encuentra dentro de las funciones de en la Corte Penal Internacional (CPI), regulada por el Estatuto de Roma de 1998, un tratado internacional que funciona como legislación procesal y que tiene la ratificación de más de 100 países,¹⁷³ en distintos niveles de reconocimiento a su jurisdicción.¹⁷⁴ Sobre el tema, se encuentran la siguiente facultad del Fiscal Instructor de la CPI:

“Artículo 53.....

2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que: A) No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58; B) La causa es inadmisibles de conformidad con el artículo 17; o C) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las

¹⁷² *Cfr. Ibid.*, p. 129.

¹⁷³ *Vid. DONDÉ MATUTE, Javier, “Cómo se regula el debido proceso en el Estatuto de Roma” en Méndez Silva, Ricardo (Coord.), Derecho internacional de los derechos humanos. Culturas y sistemas jurídicos comparados, T. II, México, 2008, ed. UNAM, p. 274.*

¹⁷⁴ El artículo 21 Constitucional, en su noveno octavo párrafo, trata lo siguiente: *El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.*

circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen. Notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo B) del artículo 13.

3. A) A petición del Estado que haya remitido el asunto con arreglo al artículo 14 o del Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo b) del artículo 13, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 y pedir al Fiscal que reconsidere esa decisión; B) Además, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá, de oficio, revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c) o el párrafo 2 c). En ese caso, la decisión del Fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares.

4. El Fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones.”

En forma general, se raciona la acusación cuando la circunstancia no amerite el seguimiento por la CPI, ya sea por el interés de la justicia —pues este órgano internacional atiende asuntos de gran afectación para la humanidad— o también por tratarse de un estado deplorable del procesado, o simplemente porque no haya motivo de acusar debido a insuficiencia de elementos de convicción. Como formas de control se establece la consulta ante la Sala de Cuestiones Preliminares —similar a la que preside un Juez de Garantía— sobre la procedencia de la abstención del Fiscal. En todo tiempo éste puede retomar la investigación y acusación por hallarse nuevos medios de prueba, lo cual —a excepción de los modelos tradicionales— no opera una prescripción en la persecución criminal.

C. Ideas finales

Con los ejemplos ya vistos es posible comprender que la operación del principio de oportunidad mantiene elementos comunes en la operación de sus funciones. La redacción que se mostró al inicio en el código de Chihuahua mantiene similitud que las diversas legislaciones que ya se han adelantado al proceso de implementación normativa de modelos acusatorios. Por otra parte, en la investigación se tiene conciencia de la nueva legislación en materia de delincuencia organizada que se producirá, sin embargo, la tendencia a la *oportunidad* ya expresada en la ley de 1996 reúne los elementos que exige la cláusula de excepción sobre negociación y beneficios en la constitución. Sin duda, el derecho premial será fundamental tanto en la operación como en la criterios de

funcionalidad que apuestan a una justicia preocupada por mantener indicadores estables, lo cuales son ambiguos al momento de determinar la legitimidad del poder público. Finalmente, el hecho que un Tratado Internacional —de gran relevancia por las disposiciones que maneja— indique ciertas funciones en apoyo de la discrecionalidad, permite observar un ejemplo de la corriente mundial de simplificar convenientemente las disposiciones de derecho penal.

3. Breves avances en la normatividad actual

En la mayoría de los códigos penales y procesales del país se establecen formas para condicionar el inicio de la investigación como en los delitos de querrela, procurando no vincular la totalidad de investigaciones ante el juez penal, o estando en esta etapa, se acelere su solución, por ejemplo, los denominados procesos *sumarios*.¹⁷⁵

Existen circunstancias que permiten no ejercitar acción penal debido a las características del activo o a la prudente apreciación del Ministerio Público. Por ejemplo el artículo 67 del Código Penal de Sonora establece lo siguiente:

Art. 67.- Serán aplicables a los delitos culposos, las siguientes reglas: III. El Ministerio Público, de oficio o a petición de parte ofendida, podrá, motivadamente, prescindir del ejercicio de la acción penal, en los siguientes casos: a) Cuando atendiendo a las circunstancias generales y especiales a que se refiere el artículo anterior, se desprenda que la acción u omisión culposa es leve, y siempre que la parte ofendida haya manifestado su desinterés jurídico, dándose además por pagada de la reparación de los daños y perjuicios. b) Cuando el delito culposo se cometa entre ascendientes o descendientes, cónyuges, hermanos, o parientes consanguíneos en línea colateral hasta el tercer grado, adoptante y adoptado, y se actualice alguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 60.

¹⁷⁵ En este tipo de procesos, se acorta el tiempo debido a una confesión ante autoridad judicial, o ratificando la confesión rendida en la averiguación previa. Por ejemplo, está el artículo 226. del Código de Procedimientos Penales de san Luis Potosí: *En el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según corresponda, el juez, de oficio, resolverá la apertura del procedimiento sumario en el que se procurará agotar la instrucción dentro del plazo de treinta días, cuando se esté en cualquiera de los siguientes casos: I. Que se trate de flagrante delito; II. Que exista confesión rendida precisamente ante la autoridad judicial o ratificación ante ésta de la rendida legalmente con anterioridad, o III. Que no exceda de cinco años la máxima pena aplicable, o ésta sea alternativa o no privativa de libertad. Una vez que el juzgador estime agotada la instrucción, dictará resolución citando a la audiencia a que se refiere el artículo 336, la que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución que declare cerrada la instrucción.*

Lo anterior es una especie de *perdón* solicitado por la parte ofendida o derivado de una apreciación del Ministerio Público que exige una motivación precisa de esta figura. La ley penal otorga diversos beneficios a los familiares que presentan la relación de víctima e inculpado, lo cual se observa en esta ocasión.

Por otra parte, el uso de las medidas de seguridad —resultado de la influencia de la criminología en el derecho penal— permite la aplicación de medidas distintas a la pena en el control del delito,¹⁷⁶ y claro, estas se encuentran reguladas en el catálogo de sanciones de todos los códigos penales, reduciendo la incidencia de la pena en una proporción mínima.

Siguiendo con la exégesis de la normatividad vigente, la figura de la suspensión del proceso a prueba,¹⁷⁷ como la suspensión de la ejecución de la pena, son figuras utilizadas en la normatividad mexicana. Así, encontramos en el Código Penal Federal (Art. 90) la figura de la *condena condicional*, la cual, consiste en la suspensión en la ejecución de la pena, solicitada de oficio o a petición de parte, mediante un incidente. Este beneficio se otorga cuando la pena de prisión no excede de cuatro años, que no sea reincidente por delito doloso y que el delito por el cual se le aplica el beneficio no sea grave, además, que se presuma —por sus circunstancias personales— que no va a delinquir. Se debe otorgar fianza y obligarse a residir en determinado lugar con la prohibición de consumir cualquier tipo de drogas y reparar el daño causado. En caso de no poder repararse el daño inmediatamente se fijará una caución y medidas para el cumplimiento de la obligación. Finalmente, en caso de incumplimiento del sentenciado se podrá hacer efectiva la sanción correspondiente, previa amonestación.

En lo que se refiere a la suspensión del proceso a prueba, se ha establecido en varios delitos una serie de conductas a cumplir con la expectativa de no desarrollar un proceso, pese al material probatorio que pueda condenar al inculpado. Por ejemplo en los delitos de violencia intrafamiliar se busca la “rehabilitación” mediante distintas terapias o

¹⁷⁶ Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique, *Cit.* nota 69, p. 41; Maurach y Zipf explican las medidas de seguridad como aquellas situaciones motivadas por la inclusión en el ámbito de las sanciones penales, de los principios de subsidiariedad. *Vid.* MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Cit.* nota 20, p. 42.

¹⁷⁷ Se define como *el acto por el cual se suspende la realización del juicio por un lapso, y transcurrido éste, si se cumplieron las condiciones impuestas, se extingue la acción penal; en caso contrario, se lleva el juicio, que concluye como cualquier otro.* *Vid.* FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Introducción y parte general*, 17ª edición, Buenos Aires, ed. Abeledo- Perrot, 2002, p. 618.

diagnósticos periciales para que el perdón de la víctima se haga efectivo, tratando con ello de evitarse fenómenos de victimización.¹⁷⁸

Estas figuras del derecho penal y procesal actuales ¿son parte del principio de oportunidad? Ambas posturas tienen distintas finalidades, ya que las primeras vienen desarrollándose junto al derecho penal mediante la evolución de las penas y el replanteamiento de los bienes jurídicos fundamentales apoyados en el principio de proporcionalidad. El principio de oportunidad radica exclusivamente en el proceso. Por último, las finalidades, si bien convergen en esa necesidad de no aplicar el poder represivo del Estado con mayor frecuencia, se alejan en el sentido que la oportunidad busca como meta la eficiencia en el sistema de justicia al manejar menor cantidad de casos y permitir un flujo controlable por los operadores del derecho.

Para evitar confusiones que pudieran generar dispersión al momento de comprender el tema, es pertinente esta aclaración.

4. Recapitulación

Las formas descritas nos permiten entender —en forma esquemática— cómo se ejecutan las facultades otorgadas a la fiscalía para no ejercitar la acción, o condicionarla, en los casos previstos. La introducción de los criterios de oportunidad en la constitución no implica forzosamente una adopción de éstos, pues se entiende que el sistema penal buscará cumplir con el principio de legalidad hasta donde sea posible según las circunstancias institucionales. En la Constitución, artículo 102 apartado A, regula las funciones del Ministerio Público Federal y contiene lo siguiente:

Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad

¹⁷⁸ Por ejemplo, en el artículo 234 A del Código Penal de Sonora, se establece la condicionante para el otorgamiento del perdón, y por ende, del proceso: *... Para que surta efectos legales el perdón de la víctima, el agresor deberá abstenerse de repetir la conducta delictiva por lo menos en seis meses, cumplir con sus obligaciones alimenticias, cuando las tuviere, someterse a terapia psicológica y/o psiquiátrica y, en su caso, pagar el tratamiento que requiera la víctima. Para tal efecto se suspenderá el procedimiento hasta en tanto se cumpla con dichos requisitos.*

para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.

Es claro que la intención de atender *todas* las causas mediante las funciones de investigación del Ministerio Público, y a su vez, comparecer a todas las etapas procesales ante los juzgados —y demás que determina la ley—, resulta un modelo ideal de procuración de justicia por el seguimiento dado. Manuel Rivera Silva explica que la función persecutoria de los delitos se clasifica en dos actividades: función investigadora y ejercicio de la acción penal. La primera se encuentra regida por el principio de oficiosidad, ya que para la búsqueda de pruebas no se necesita ninguna solicitud de parte, por lo que iniciada la investigación, el material probatorio debe recopilarse forzosamente. El autor explica que la investigación está sometida al principio de legalidad y no existe arbitrio del órgano investigador.¹⁷⁹

Introducir el criterio de oportunidad en la etapa de ejercicio de la acción penal representa una alternativa a las funciones del órgano acusador. Precisamente, el fundamento de esta facultad otorgada al Ministerio Público radica en una postura alternativa al seguimiento de sus funciones, pues esto —dentro del diseño teórico y procesal del principio de oportunidad— permitirá una mayor capacidad de atender verdaderamente los casos de mayor interés para el Estado debido a la gravedad en la lesión producida por estos. En general, este tema consiste en una apertura que permite la ejecución de otras funciones, consideradas por el legislador con mayor importancia.

¹⁷⁹ Cfr. Rivera Silva, Manuel, *Cit.*, nota 103, pp. 41- 43.

CAPÍTULO 5

DIFUSIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DESDE VARIOS ENFOQUES PROPUESTOS

1. Resumen

Para explicar un principio procesal de nueva consideración en la normatividad mexicana es necesario apoyarse en varias disciplinas relacionadas con la dogmática y el proceso penal. De manera concreta, el principio de oportunidad consiste en un manejo conveniente de la acción penal pública con las expectativas de racionalizar el poder punitivo del Estado. En base a ello se comentan algunos puntos de apoyo para explicar el tema de acuerdo al trabajo desarrollado por otras líneas de investigación.

2. Relación con la política criminal y diversas posturas de la criminología

Por política criminal se entiende la *observación de la realidad y su análisis, a raíz de postulados básicos del derecho penal como los principios de humanización, de resocialización, legalidad, entre otros, incluyendo el estudio de mecanismos formales e informales para combatir el fenómeno delictivo.*¹⁸⁰ Zaffaroni la entiende como la ciencia o el arte de seleccionar los bienes que deben tutelarse jurídico- penalmente y los senderos para efectivizar dicha tutela.¹⁸¹ Las características de la política criminal consisten en analizar las circunstancias materiales que necesitan ser tratadas mediante una legislación o un procedimiento específico, pues debido al principio de legalidad, cualquier tendencia

¹⁸⁰ *Vid.* DÍAZ ARANDA, Enrique, *Cit.* nota 69, p 40.

¹⁸¹ *Cfr.* ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal, T. I*, México, ed. Cárdenas editor, 1989, p. 20.

del derecho penal debe establecerse en la legislación para cumplir, además, con el principio de seguridad jurídica. Sobre la relación entre la política criminal y la norma, Bernd Schünemann afirma: *existen finalidades del pragmatismo radical que no dan paso a estrategias de política criminal y atienden solo a la literalidad de la ley; mientras por otro lado, hay finalidades político criminales que inspiran la actuación de las instituciones donde se otorgan márgenes de discrecionalidad*.¹⁸²

Con lo anterior se entiende que el derecho penal y la discrecionalidad mantienen relación tanto en las vertientes que buscan evitar la penalización o atenuar la pena por determinadas circunstancias. La inevitable relación entre derecho penal y proceso radica en ser proporcional tanto en la tipificación de las conductas delictivas como en su persecución mediante las funciones del sistema penal. Günther Jakobs agrega lo siguiente:

Son funciones las prestaciones que —solas o junto a otras— mantienen un sistema. En lo que se refiere a las prestaciones, interesan aquí aquellas del conjunto del derecho penal y, dicho expresamente, no solo la pena. Tomada de modo aislada, la pena no es más que un mal, y si se mira la secuencia externa de hecho y pena, se produce, según la conocida expresión de Hegel, la irracional secuencia de dos males.¹⁸³

Aplicar el poder punitivo del Estado implica diversas consecuencias para la legitimidad del derecho penal. Recurrir a la pena debe ser una salida aplicable, si previamente se plantearon otras alternativas para atender las disfunciones del sistema social.¹⁸⁴

¹⁸² Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd: “La política criminal y el sistema de derecho penal” en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo XLIV, 1991, Madrid, ed. Ministerio de Justicia, p. 693.

¹⁸³ Vid. JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, ed. Cívitas, 1996, p. 17.

¹⁸⁴ Alessandro Baratta expone este criterio a partir de la denominada criminología crítica: *La línea fundamental de una política criminal alternativa se orienta hacia la perspectiva de la máxima contracción y, en el límite de la superación del sistema penal, que se ha venido configurando al mismo paso del desarrollo de la sociedad capitalista, como un sistema cada vez más capilar y totalizador de control de la desviación mediante instrumentos gestados por una autoridad superior y distante de las clases obreras, las cuales, por sobre todo, este aparato represivo ejerce su propia acción* En relación a ello, continua exponiendo: *Elaborar una teoría materialista (económica- política) de la desviación, de los comportamientos socialmente negativos y de la criminalización, y trazar las líneas de una política criminal alternativa, de una política de las clases subalternas en el sector de la desviación: he aquí las principales tareas que incumben a los representantes de la criminología crítica que parten de un enfoque materialista y que están animadas por la convicción de que solo el análisis radical de los mecanismos y las funciones reales del sistema penal, en la sociedad capitalista tardía pueden permitir una estrategia autónoma y alternativa en el sector del control social de la desviación, esto es, una política criminal de las clases actualmente subalternas. Solo partiendo desde este punto de vista del interés de estas últimas, estimamos posible perseguir las finalidades aquí indicadas*. Vid. BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y*

¿Cuál es la relación entre política criminal y la oportunidad? Básicamente esta relación se da por estrictas razones normativas. Siendo más claro, se entiende que la forma ideal de establecer cambios al sistema penal es mediante la ley, donde se regulan los principios fundamentales. De esta forma, el procedimiento para conseguir determinados fines debe regularse específicamente para que no existan problemas de interpretación y se desvíe la realidad hacia distintos objetivos.

Por ejemplo, la utilidad y conveniencia son características importantes al estudiar una función, de ahí el concepto de funcionalidad que se trató en el planteamiento y que se ha buscado mantener en la investigación. Winfried Hassemer relaciona el principio de oportunidad con las teorías de la pena:

“... el principio de oportunidad se recuesta sobre el respaldo de las teorías relativas o utilitarias respecto de la pena estatal y, por ello, los motivos que lo avalan se vinculan más a los criterios de orientación a fines y consecuencias, y a la efectividad del sistema. La realidad de la persecución penal aún concebida desde el principio de legalidad, muestra que la ética que pregona este principio no es concretable en gran medida. El proceso penal y el derecho procesal penal no reside sólo en la realización del derecho penal, sino que, al mismo tiempo, persigue fines propios (de allí que se diga también: es derecho constitucional reformulado); la verdad se presenta de manera tal que resulta ser una verdad formalizada por las reglas procesales (por ejemplo: prohibiciones probatorias). Según estas realidades es poco inteligente, tanto desde el punto de vista económico, cuanto desde el político, cargar a los funcionarios de la investigación con el deber de perseguir penalmente de la misma manera y con la misma intensidad todos los casos penales. Como los recursos materiales serán siempre escasos en relación con la meta deseada, la selección se producirá de todas maneras. Si el legislador no insiste tozudamente en el ideal del principio de legalidad, puede aspirar a conducir la selección mediante criterios razonables.”¹⁸⁵

Todas las funciones, para considerarse eficientes, deben mantener estables los criterios de legitimidad. Por ejemplo al estudiar diversas posturas sobre los impulsos y consecuencias posteriores al delito es posible comprender que convergen múltiples factores que deben ser atendidos mediante un sistema penal con mayores criterios de interpretación favorables al individuo.¹⁸⁶ Es entonces cuando la política criminal se apoya

crítica del derecho penal, 5ª edición, Trad. Álvaro Bunster, México, ed. Siglo XXI editores, 1998. 209 y 219.

¹⁸⁵ *Vid.* Hassemer, Winfried, *Cit.* nota 75, p 189.

¹⁸⁶ Un ejemplo fue la consideración de la desviación, que posteriormente generó la apertura hacia el denominado *labelling aproach*, que se basa en múltiples expectativas sobre el etiquetamiento. Alessandro Baratta hace referencia a ello: *Tras el problema de la legitimidad de un sistema de valores acogido como criterio de orientación para un comportamiento socialmente adecuado, y en consecuencia de discriminación entre conformidad y desviación, se revela como determinante el problema de la definición*

en posturas de la criminología para justificar la intervención estatal en distintos niveles, tal cómo lo relaciona la profesora Rosemary Barberet:

Dentro de la función de investigar todo lo relacionado con la criminalidad, la investigación criminológica es útil para la política criminal en que: a) Puede informar acerca de políticas criminales de prevención de la delincuencia, ahorrando así fondos públicos y privados que se gastan en vigilar, detener, procesar y encarcelar; b) Puede informar acerca de políticas criminales de planificación de programas de intervención; c) Puede informar acerca de la eficacia de las medidas penales asadas en la prevención general y especial; d) puede informar acerca de las políticas que puedan reducir, si no la delincuencia propiamente dicha, los efectos nocivos de la misma; e) Puede informar acerca de políticas penitenciarias; puede suministrar al legislador los datos empíricos necesarios para tomar decisiones criminalizadoras o descriminalizadoras con conocimiento de causa.¹⁸⁷

Un tema que resulta de la observación de la política criminal vigente es el sistema penitenciario. En la actualidad su crítica tiene demasiada difusión, tanto de su fallida política de rehabilitación como de los inconvenientes institucionales que genera en un sistema de seguridad pública y justicia penal. Desde hace tiempo, es muy común la idea acerca de la población que integra la cárcel esta en situación vulnerable, pues ésta, posee grandes desventajas culturales y económicas.¹⁸⁸ Dar alternativas al sistema penitenciario es el motivo de diversos mecanismos que buscan una alternancia en la aplicación de penas. Como ya se comentó en líneas anteriores, la influencia de la criminología ha

del delito con las implicaciones político- sociales que él exhibe cuando no se le ignore y, en cambio, se le convierta en tema central de una teoría de criminalidad. Es esto lo que ha acontecido con las teorías de la reacción social o labelling approach, puestas hoy en el centro de discusión en el ámbito de la sociología criminal... Esta dirección de investigación parte de considerar que es imposible comprender la criminalidad si no se estudia la acción del sistema penal que la define y reacciona contra ella, comenzando por las normas abstractas hasta llegar a la acción de las instancias oficiales Cfr. BARATTA, Alessandro, Cit. nota 184, pp. 83- 84.

¹⁸⁷ Cfr. BARBERET, Rosemary, "La investigación criminológica y la política criminal", en: *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, Número 5, 2000, Madrid, ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, (UNED), p. 224.

¹⁸⁸ Alessandro Baratta expone una idea sobre ello: *Los mecanismos reguladores de la selección de la población criminal son complejos y susceptibles de reconducirse también a las peculiaridades de algunas infracciones penales y a las reacciones correspondientes a éstas... Si partimos desde un punto de vista general y observamos la selección de la población criminal dentro de la perspectiva macro- sociológica de la interacción y de las relaciones de poder entre los grupos sociales, volvemos a encontrar, tras el fenómeno, los mismos mecanismos de interacción de antagonismo y de poder que nos dan razón, en una estructura social dada, de la desigual distribución de bienes y oportunidades entre los individuos. Solo partiendo desde este punto de vista puede reconocerse el verdadero significado del hecho de que la población carcelaria en los países del área del capitalismo avanzado sea, en su gran mayoría, reclutada entre la clase obrera y las clases económicamente más débiles. Vid. Ibid., pp. 106- 107.*

incidido en la modificación de aspectos de derecho penal y de proceso, de ahí, surge la denominada criminología crítica, que busca consideraciones más favorables a la interpretación de la realidad social del delito. Dentro de varias posturas en la promoción de formas alternativas a la cárcel se encuentra la corriente de los abolicionistas, según lo comenta Elena Larrauri:

“Los criminólogos abolicionistas no estaban demasiado interesados en discutir alternativas a la cárcel sino alternativas al conjunto del sistema penal. Lo que había sucedido con las alternativas era de esperar; en tanto la cárcel no sea abolida, las alternativas tendrán a convertirse en añadidos de ésta, deberán cumplir el mismo cometido de la cárcel —disciplinar a la gente en la moralidad convencional dominante; repetirán sus estructuras— y reproducirán sus errores: estigmatizarán al ofensor sin dar una salida a la víctima. Ello comportó que el debate a la cárcel se ampliara, la cuestión no estriba en buscar castigos alternativos, sino alternativas al castigo, o dicho de otro modo, se trata de encontrar medios alternativos de resolver los conflictos sociales, de los cuales el delito, es uno de ellos.¹⁸⁹

Las alternativas, tal como lo comenta la autora, deben ir encaminadas hacia una serie de soluciones basadas en las funciones generales del sistema penal, tanto al momento de establecer qué se va a perseguir —hablando de delitos— como los medios por los cuales se establecen diversos controles al respecto. He ahí otro punto que puede servir de apoyo para ejemplificar los criterios de oportunidad. Las modificaciones que permitan modificar las formas por las cuales se atenderá un conflicto penal deben observarse a partir de una nueva visión de las instituciones y de los operadores del derecho.

Todo ello nos lleva a lo siguiente: ¿Hay una reformulación del derecho penal en la aplicación del principio de oportunidad? En estricto sentido no. La razón para ello es que el derecho penal se basa en proteger los bienes fundamentales de la sociedad, si bien las críticas contemporáneas al respecto indican dificultades al ejecutar este criterio.¹⁹⁰ No es

¹⁸⁹ Cfr. LARRAURI, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, 2ª edición, México, ed. Siglo XXI editores, 1992, p. 213.

¹⁹⁰ Jakobs comenta que para el Estado nunca ha sido suficiente el establecimiento de los denominados bienes jurídicos, para atender la situación delictiva mediante el derecho penal y procesal. *Vid.* JAKOBS, Günther, *Cit.*, nota 181, p. 44; Al respecto, Schünemann agrega que, el seguimiento de la teoría del bien jurídico *no solo dificulta y en parte imposibilita una persecución penal efectiva de las modernas formas de criminalidad, sino porque también destruye simultáneamente la legitimidad de la persecución penal también de la criminalidad clásica.* Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico- penal alemana*, Trad. Manuel Cancio Meliá, Bogotá, ed. Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 38.

posible evitar una base que establezca lo que debe proteger el estado mediante la ley penal. El hecho de la despenalización o atenuación de la pena de una conducta al paso del tiempo, recurre al establecimiento de nuevos límites y atención por otros medios del problema.

Estos factores permiten entender que un proceso efectivo no debe partir de un derecho penal que busque castigar con la ley penal toda lesión a un bien jurídico. Por tanto, no existe un cambio en el derecho penal motivado por la oportunidad procesal, aunque si es posible que estos coincidan en fenómenos normativos como las reformas integrales a los sistemas de justicia que procuran hacer dinámico tanto el derecho sustantivo como el procesal. Pese a cualquier escenario surgido utópicamente que busque eliminar el derecho penal, éste no perderá su lugar, pues el control es parte del Estado en el mantenimiento de su funcionalidad.¹⁹¹

De acuerdo a los aspectos conceptuales del principio de oportunidad, es común considerarlo como una opción de política criminal. Esta consideración se presenta porque el Estado manifiesta a través de la ley la posibilidad de no ejercitar la acción penal a causa de diversos factores, de ahí que es una postura que se establece en la ley para dirigir el proceso penal hacia otras directrices distintas al principio de legalidad. Entender la política criminal permite observar cómo se llega a la idea de racionalizar la acción penal. En lo que respecta a la criminología, ésta se aproxima a la concepción del delito, la necesidad de la pena, así como al estudio del delincuente. Estas características hacen ver que la represión no siempre garantiza la solución plena al conflicto social, sino al contrario permite una serie de desventajas para el mismo. La criminología a se vez, al incidir en el derecho penal fortalece criterios de apertura que facilitan la flexibilidad en los procesos, lo cual favorece los criterios de oportunidad.

Comprender la continuidad de los estudios de la criminología y la orientación que debe establecerse formalmente a través de la política criminal es la razón por la cual es un apoyo en la comprensión del tema estudiado.

¹⁹¹ *Cfr.* JAKOBS, Günther, *Cit.*, nota 181, p. 22; también *Vid.* SCHÜNEMANN, Bernd, *Cit.*, nota 190, p. 18.

3. Relación con la teoría general del proceso

La relación del principio de oportunidad con la teoría general del proceso radica en el estudio sobre el manejo de la acción penal, pues al disponer discrecionalmente de ésta se produce cierta flexibilidad en la dinámica procesal, lo cual es característico del denominado *principio dispositivo* en materia civil que coloca el impulso procesal en las partes.

Cuando se relacionó la discreción procesal con otros principios penales se mencionó el término *debido proceso*, que es una figura dogmática- procesal con antecedentes del sistema inglés y norteamericano.¹⁹² Enrique Véscovi afirma: *el debido proceso es un conjunto de garantías mínimas que debe haber para que pueda realmente decirse que existe un proceso a razón de limitar y legitimar el poder estatal.*¹⁹³ En materia penal, Javier Dondé lo considera como los requisitos mínimos que debe tener todo proceso para considerarse justo, establecido así por algunos tratados internacionales,¹⁹⁴ y por algunos criterios de interpretación legal en México.¹⁹⁵

¹⁹² Cfr. *Supra* nota 88, Alfredo Gozaini explica que el debido proceso (*due process of law*) tiene dos vertientes: debido proceso *sustancial* y *procesal*. El primer caso corresponde a la prohibición de que el estado limite derechos fundamentales básicos de los individuos. El aspecto procesal significa que en todo procedimiento debe existir la posibilidad de estar presente y exponer argumentos en defensa. Vid. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura local", en *Cuestiones constitucionales. Revista de derecho constitucional.*, N° 7, julio-Diciembre de 2002, México, ed. UNAM, p. 55 y ss.

¹⁹³ VÉSCOVI, Enrique, *Cit.* nota 54, p. 54; por otra parte, el procesalista colombiano Pedro Camargo concluye: El debido proceso no es una norma instrumental o procedimental sino sustancial que determina los límites de la función jurisdiccional en la tarea del Estado de impartir justicia imparcial y pronta... está integrado por un conjunto de garantías judiciales como límite del poder sancionador (*ius puniendo*) en un Estado de derecho, en contraste con un Estado totalitario o un sistema democrático formal sin respeto alguno a los derechos humanos. Cfr. CAMARGO, Pedro Pablo, *El debido proceso*, 3ª edición, Bogotá, ed. Leyer, 2005, p. 20.

¹⁹⁴ Vid. DONDÉ MATUTE, Javier, *Cit.*, nota 173, p. 275.

¹⁹⁵ FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, DEBEN ANALIZARSE A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTIVAMENTE. Entre las diversas garantías contenidas en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sustento de la garantía de audiencia, está la relativa al respeto de las formalidades esenciales del procedimiento, también conocida como de debido proceso legal, la cual se refiere al cumplimiento de las condiciones fundamentales que deben satisfacerse en el procedimiento jurisdiccional que concluye con el dictado de una resolución que dirime las cuestiones debatidas. Esta garantía obliga al juzgador a decidir las controversias sometidas a su conocimiento, considerando todos y cada uno de los argumentos aducidos en la demanda, en su contestación, así como las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, de tal forma que se condene o

La explicación de la figura del debido proceso tiene importancia en esta parte del texto por que existe la necesidad de operar eficientemente el sistema penal de acuerdo a la relación de principios constitucionales del proceso. La jurisprudencia citada (nota 195) expone los principios de legalidad y de audiencia como formalidades esenciales del procedimiento, semejantes a las características del *due process* norteamericano. No obstante, en materia penal las garantías de legalidad y audiencia son fundamentales pero no son las únicas que deben regir el proceso para considerarlo adecuado, ya que los principios de defensa, presunción de inocencia, proporcionalidad, entre otros, deben cumplirse en forma sistemática para evitar cualquier abuso en la aplicación del poder punitivo. Sergio García Ramírez señala que las tendencias respecto a los fines de los sistemas penales entran en contradicción cuando se busca eficiencia o respeto a garantías fundamentales:

“Actualmente las sociedades, en la planeación de su sistema de justicia penal, hacen una valoración entre el “debido proceso” y el “control del crimen”, en donde se busca por un lado atacar con distintos medios de investigación y estrategias policiales, la delincuencia organizada o de manera individual; mientras, no se puede dejar a un lado ese debido proceso que debe existir, y que radica, en la valoración de los derechos humanos reconocidos por el derecho de gentes, que se plasman, en las garantías individuales

absuelva al demandado, resolviendo sobre todos los puntos litigiosos materia del debate. Sin embargo, esta determinación del juzgador no debe desvincularse de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 16 constitucional, que impone a las autoridades la obligación de fundar y motivar debidamente los actos que emitan, esto es, que se expresen las razones de derecho y los motivos de hecho considerados para su dictado, los cuales deberán ser reales, ciertos e investidos de la fuerza legal suficiente para provocar el acto de autoridad. Ahora bien, como a las garantías individuales previstas en la Carta Magna les son aplicables las consideraciones sobre la supremacía constitucional en términos de su artículo 133, es indudable que las resoluciones que emitan deben cumplir con las garantías de debido proceso legal y de legalidad contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así, la fundamentación y motivación de una resolución jurisdiccional se encuentra en el análisis exhaustivo de los puntos que integran la *litis*, es decir, en el estudio de las acciones y excepciones del debate, apoyándose en el o los preceptos jurídicos que permiten expedirla y que establezcan la hipótesis que genere su emisión, así como en la exposición concreta de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas tomadas en consideración para la emisión del acto, siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables al caso. *Cfr.* Tesis: 1a./J. 139/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXII, Diciembre de 2005, p. 162; Revítese además: Tesis: II.2o.P. J/20, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXIII, Mayo de 2006, p. 1512: “Debido proceso y presunción de inocencia. No se transgreden la constitución ni los tratados que reconocen estos principios cuando la afectación a la libertad del quejoso se justifica por haberse cumplido los requisitos legales exigidos conforme a la normatividad aplicable”; Tesis: 1a./J. 32/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXV, Mayo de 2007, p. 753: “Sustitución de la pena de prisión. Es procedente aun cuando contra el mismo reo exista sentencia ejecutoriada por delito doloso perseguible de oficio, si ésta se dictó con posterioridad a la comisión del delito por el que se le juzga (interpretación del último párrafo del artículo 70 del código penal federal).”

constitucionales con las que cuentan distintos países en sus normas fundamentales y secundarias”.¹⁹⁶

Ahora bien, con esta breve exposición, surge la siguiente pregunta: ¿Los criterios de oportunidad se ubican dentro del *debido proceso*? Como este capítulo se conforma de una serie de ideas que permitan entender el tema de la investigación, se explica que la figura del debido proceso contempla un esquema sobre la forma en que deben coincidir, en un mismo sentido, los principios penales y el proceso, es decir, cada acto procesal debe ir encaminado a solucionar un problema social y respetando los derechos fundamentales establecidos en la constitución. El principio de oportunidad se establece en la constitución como directriz que otorga una facultad al Ministerio Público. En el capítulo segundo se estableció que, considerar a esta facultad como *principio* depende de las múltiples perspectivas de la función de los principios, los cuales generalmente recaen en funciones de dirección. Es interesante comprender que si se cumple la función de *principio*, los criterios de oportunidad deben ir encaminados hacia la estructuración del debido proceso, ya que la sistematización de garantías fundamentales debe prevalecer sobre cualquier actuación, no siendo este caso la excepción.

En el mismo capítulo segundo se observó cómo los fenómenos de flexibilidad o apertura del principio de legalidad se contemplan como introducción de criterios de derecho civil en el proceso penal. El principio dispositivo coloca en las partes la facultad de iniciar libremente el proceso y disponer de sus diversos actos, incluyendo su conclusión.¹⁹⁷ Éste es fundamental en el proceso civil por las cuestiones de impulso procesal, sin embargo, tanto en el proceso penal como en el proceso civil existe como único fin la resolución de una situación legal sometida a la decisión de un órgano jurisdiccional mediante sentencia, así como la facultad de iniciar recursos y esperar que la ejecución de la sentencia sea razonable.¹⁹⁸ Ovalle Favela considera que el “derecho

¹⁹⁶ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El Debido proceso. Concepto general y regulación en la convención internacional de derechos humanos”, en: *Boletín mexicano de derecho comparado*, Nueva Serie, número 117, 2006, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, pp. 645- 647.

¹⁹⁷ Cfr. *Supra*, nota 54.

¹⁹⁸ Vid. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Tratado de las pruebas penales*, México, ed. Porrúa, 2000, p. 248 y ss.; en el mismo sentido, Alberto Bovino lo ejemplifica con lo siguiente: *El juicio penal ha sido definido – del mismo modo que en el juicio civil— como un proceso de búsqueda de la verdad que, en general, será exitoso en la medida que ambas partes cuenten con idénticas oportunidades para obtener la información*

procesal dispositivo” es una rama del estudio del proceso en general que tiene al principio dispositivo como rector, lo cual se fundamenta en lineamientos de transacción en la solución de los procesos.¹⁹⁹ Un proceso que permite beneficios o premios en las penas necesita márgenes considerables de negociación.

Finalmente, para evitar cualquier confusión, esto no significa que se adopten posturas similares al derecho civil en el proceso penal, estas ideas solamente permitan entender porqué se establecen criterios de negociación en el proceso penal y cómo esta forma no es ajena en otras ramas de la teoría general del proceso.

útil para la determinación de la verdad. Cfr. BOVINO, Alberto, “La oralidad en el procedimiento penal” en Zoon, Ina (coord.), Cit. nota 34, p. 54.

¹⁹⁹ Se agrega lo siguiente: *Producto de la ideología liberal e individualista, el principio mencionado ha sido entendido tradicionalmente como aquel que permite a las partes disponer tanto del proceso — monopolizando su iniciativa e impulso y determinando su objeto— como del derecho sustantivo controvertido. La disposición de este último se puede llevar a cabo a través de actos unilaterales (como el desistimiento y el allanamiento) o bilaterales (como la transacción). Cfr. OVALLE FAVELA, José, Cit. nota 79, p. 54.*

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

Esta investigación comenzó por explicar algunas características que influyeron en la reforma al sistema de justicia penal, debido a que sus indicadores no mostraban congruencia con el diseño teórico, donde todo delito que se presente debe ser atendido mediante proceso y la amenaza de la pena persuade a la criminalidad. La propuesta de un modelo más eficiente y que a la vez ofrece una serie de garantías a las partes del proceso se ubica con el modelo acusatorio y adversarial. Para que este modelo funcione debe existir una adecuada disponibilidad de tiempo para que los principios de defensa, inmediación, y contradicción se desarrollen, pues de lo contrario careciera de sentido si no se cumplen los fundamentos esenciales del mismo. La reforma penal propuesta en México procura este aspecto, desarrollando para tal efecto mecanismos procesales que permitan regular el flujo de casos mediante formas de apertura del poder punitivo, es decir, racionándolo.

En el capítulo segundo se desarrollaron los fundamentos del principio de oportunidad, entendiendo su concepto y la pertinencia de llamarlo principio, además se estudia la vinculación que tiene con otros principios penales que derivan del proceso penal. De esta parte, ¿cuáles son las características que pueden resaltarse como conclusión? El principio de oportunidad surge del balance necesario entre garantías individuales y persecución criminal, ya que se busca controlar los asuntos que llegan hasta la etapa contradictoria de juicio para que se cumplan las garantías ya mencionadas. Los asuntos que no lleguen a la etapa de juicio deben ser resueltos mediante la reparación del daño y diversas condicionantes que ofrezca el órgano acusador. La razón por la cual no se atienden ciertos casos radica en las características de éste, ya que la lesión que se causa no representa económicamente un daño grave o no se pone en juego un bien jurídico que la sociedad considere fundamental proteger, como los relacionadas a la vida y a la integridad sexual que definitivamente no pueden descuidarse. Por esa causa, las ideas acerca de la proporcionalidad en los casos que se deben atender mediante el derecho penal y la última opción del mismo (fragmentariedad) hacen que el principio de legalidad sea visto como una postura teórica de gran anhelo, pero de poca utilidad según los indicadores del sistema penal.

Un concepto que se podría proponer para el tema de la investigación —después de valorar los conceptos presentados— es el siguiente: *un manejo conveniente de la acción penal para aquellos casos en donde el Estado pueda solucionarlo por otros medios ajenos al poder punitivo, o, que represente cierto desinterés sobre los mismos*. La palabra conveniente describe esa facultad del acusador para determinar si el asunto puede solucionarse mediante una condición fijada, o a su vez, sobre la misma acción puede negociar beneficios en la acusación para facilitar otras investigaciones pendientes, obteniendo beneficios tanto el imputado como la procuración de justicia. Finalmente, se entiende que pese a que los casos que no se trabajan mediante proceso deben tener una solución y no quedar impunes, por existir otros principios fundamentales que garantizan el acceso de la justicia.

El Decreto de la reforma penal establece que los casos en donde se aplicarán los criterios de oportunidad se establecerán en la ley, por lo cual, no es una facultad de tipo arbitraria y discrecional, sino que en forma reglada se establece cuándo operan, en qué formas y cómo procede una inconformidad.

El breve seguimiento que se hizo a las normatividades de algunos países de Europa, Latinoamérica y de Estados Unidos, implican —salvo este último caso— que la adaptación de las necesidades del sistema penal incluye el manejo conveniente de la acción para controlar de alguna manera los límites del sistema penal. En el caso de Norteamérica, la *oportunidad* constituye la base fundamental de un sistema basado en la negociación para obtener el mayor provecho de los recursos.

Solo un par de fuentes de consulta arrojan una crítica hacia el fundamento del principio de oportunidad, básicamente, porque consideran que promueve la excepción en la aplicación del derecho. Esto no quiere decir que exista uniformidad acerca de su legitimidad, simplemente, se ha estudiado desde el punto de vista de sus posibles ventajas para las instituciones de investigación y de juicio, por lo que, pensar en una excepción del derecho se basa en una comparación con el principio de legalidad, cuando se entiende que ambos, legalidad y oportunidad, presentan un antagonismo en sus funciones de acuerdo a la dogmática penal.

Una conclusión que puede señalarse respecto a la comparación de otras legislaciones, es que cualquier medio que reduzca el ejercicio de la acción penal se

aprecia como *oportunidad*. Por ejemplo en Alemania se entiende que los fenómenos de despenalización y la condición de iniciativa a la víctima en ciertos delitos, tienen objetivos distintos que, no obstante, determinan un menor ejercicio de la acción o al menos condicionarlo. Por otra parte, las figuras del archivo de la pena como las aplicadas en Portugal son estrategias que resultan viables dentro de las reformas penales planteadas en ese caso. Si consideramos al principio de oportunidad como un manejo conveniente de la acción para conseguir determinados fines, estas legislaciones pretenden estos objetivos a través de sus distintas estrategias de implementación. En conclusión, cada experiencia de reforma de los países europeos mantiene la idea de no vincular totalmente las investigaciones mediante el seguimiento procesal, en distintas formas, pero con objetivos específicos.

Por lo que respecta al caso de Norteamérica, la discreción en la acción se reconoce con figuras procesales de utilidad como la *bargaining*, pues debido a las características de ese país, estas son necesarias para favorecer criterios de justicia negociada que rigen la solución de sus problemáticas de acuerdo a su filosofía. En el caso de Latinoamérica es uniforme la consideración del principio de oportunidad en las reformas penales, ya que se entiende como una facultad exclusiva del órgano acusador sobre el ejercicio de la acción penal de acuerdo a la ley y en ningún caso se deja una facultad discrecional al Fiscal. La posibilidad de revisión de esta figura se concentra en la actividad del Juez de Instrucción que determina las actuaciones en base a la normatividad. El uso de este tópico depende del nivel de difusión, pues en el caso de Colombia y Chile existe más difusión que en Argentina, donde se deja a las provincias su consideración debido a que no han tenido un planteamiento integral —y la vez general— de un cambio a su normatividad.

De los lineamientos sobre cómo actúa la discrecionalidad en la acusación, es posible concluir que un mecanismo sencillo de cumplir en lo que se refiere a los actos procesales que lo forman. Por un lado ante la apertura de un caso se verifican una serie de supuestos que dan lugar a la aplicación del criterio de oportunidad (delito leve, que el imputado tenga una lesión que haga innecesaria la persecución, haya posibilidad de colaborar) y si procede alguno de ellos se motiva el no ejercicio de la acción penal del Ministerio Público el cual turna al Procurador o al encargado de dicho trámite. En el mismo acto, la víctima es notificada y puede impugnar ante Juez de Garantía en un plazo

de tres días, resolviéndose al respecto en una audiencia pública. Después de cumplido el plazo, en caso de que la víctima no haya impugnado o el juez haya ratificado, se reserva el acusador un plazo de 15 días más para ejercitar la acción penal. Es obvio que si se cumplen estos supuestos, la acción penal se extingue y desde luego su persecución.

La problemática sobre este tema radica en la facultad que se otorga al Ministerio Público. En la primera parte de la investigación se observó como la actividad del acusador representa una importancia en la continuidad del proceso penal, pues los elementos probatorios que se desahogan en esta etapa determinan la inercia que seguirá el proceso. Las críticas hacia la procuración de justicia se relacionan precisamente con la importancia que tiene en el proceso, por tanto, el principio de oportunidad podría prestarse para fenómenos de corrupción si no se establecen los controles y la revisión suficiente de los mismos, pues las características de esta figura, independientemente de la regulación de los casos donde operara, representa un amplio margen de discrecionalidad por parte de los operadores jurídicos.

Al inicio del trabajo se justificó el hecho utilizar el término *funcional*, mostrándose además las características de los estudios funcionales donde se espera obtener resultados que determinan la pertinencia o viabilidad de una función específica, en relación a un sistema. En el caso del tema de la investigación, su función dentro del sistema penal es la de apoyar el desarrollo de la etapa contradictoria de juicio mediante el establecimiento de una selección de casos que permitan en una solución distinta al proceso. Los límites y patrones que intervienen en la operación de criterios de oportunidad deben revisarse constantemente, es decir, mantener una relación de la aplicación de estos criterios para evitar que la figura se utilice en formas distintas a la esperada, prestándose para arreglos arbitrarios en apoyo de la misma ley, pues de lo contrario, redundaría en una *disfunción* que volvería a arrojar indicadores negativos de la procuración de justicia. En ese caso, habría necesidad de reforma, lo cual es bastante costoso y no contribuye a legitimar la actuación estatal en materia de justicia penal.

Si bien la difusión de este tema forma parte del estudio del proceso penal, es necesario entender porque se llega a la necesidad de utilizarlo, siendo de apoyo el estudio de la política criminal y la criminología, en lo que se refiere a los fundamentos y las estrategias de regulación; así también, la teoría general del proceso permite la

comprensión de formas para hacer efectiva la tutela judicial, las cuales deben respetar las garantías del debido proceso. Debe comprenderse, además las maneras tradicionales de aplicar criterios de flexibilidad que ya han sido trabajados en el derecho civil, y no confundir una introducción de los mismos en el derecho penal.

Finalmente, se concluye que el principio de oportunidad representa un criterio o facultad para el órgano acusador, el cual se establece en la normatividad y tiene límites en su aplicación. La aportación de todo esto se basa en la comprensión de la figura, porque llegó a emplearse, y cuales son los retos que el sistema penal debe enfrentar para que no exista un retroceso después de las expectativas que ha generado la reforma constitucional en materia penal y de seguridad pública de junio de 2008, la cual, utiliza diversas estrategias para su auto- mantenimiento. He ahí la importancia y la necesidad de apremiar en la difusión del tema que se ha venido tratando.

REFERENCIAS

- ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 4ª edición, Trad. Esteban Calderón (et al), México, 2004.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y ALEXY, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, ed. UNAM, 2006.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, Salamanca, ed. PPU, 1991.
- , “Nuevo proceso penal: Sistema y valoración de pesos y contrapesos”, en García Ramírez, Sergio (coord.) *Derecho penal. Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados. T. II. Proceso penal*, México, ed. UNAM, 2005.
- ARRILLA BAS, Fernando, *El procedimiento penal en México*, 24ª edición, México, ed. Porrúa, 2007.
- ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación. Cátedra Manuel Garzón Valdés*, México, ed. Fontamara, 2003.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, ed. Ariel, 2004.
- BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 5ª edición, Trad. Álvaro Bunster, México, ed. Siglo XXI editores, 1998. 209 y 219.
- BARBERET, Rosemary, “La investigación criminológica y la política criminal”, en: *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, Número 5, 2000, Madrid, ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, (UNED).
- BASÍLICA, Ricardo y ABAD, Fernando, “El sistema procesal penal en los Estados Unidos” en Varios autores, *Técnicas de juicio oral en el sistema penal colombiano*, Bogotá, ed. Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), 2004.
- BERGMAN, Marcelo y MAGALONI, Ana Laura, “Qué medir, cómo medir y porqué en seguridad pública: Algunos indicadores preliminares” en *Criminalia*, año LXXIII, N° 2, Mayo- Agosto de 2007, México, ed. Porrúa.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, ed. Centro de estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2005.

- BERTOLINO, Pedro, “Generalidades del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en Argentina”, en: Storme, Marcel y Gómez Lara, Cipriano (coords) *XII Congreso mundial de Derecho Procesal, Vol. IV, Sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación*, México, ed. UNAM, 2005.
- BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª edición, Buenos Aires, ed. Ad. Hoc, 2004.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, 2ª ed., Bogotá, ed. Themis, 1999.
- BOVINO, Alberto: “La oralidad en el procedimiento penal” Zoon, Ina (coord.), *Reforma al proceso penal: Tendencias y metodología de implementación*; ed. PGR- Unión Europea, México, 2006.
- BUNGE, Mario, *La relación entre la sociología y la filosofía*, Madrid, ed. EDAF, 2000.
- BUSCAGLIA, Eduardo, “¿Cuáles son las diferencias entre países con alto grado de confianza en su sistema penal contra los que carecen de ella?” en: *Iter criminis. Revista de ciencias penales*, número 6, Tercera época, Julio- Agosto de 2006, México, ed. INACIPE.
- CABALLERO JUÁREZ, José Antonio y NATARÉN NANDAYAPA, Carlos, “El malestar en el proceso. Análisis de los problemas en el procedimiento penal mexicano”, en *Criminalia*, Año LXXI, No. 1 Enero- abril de 2005, México, ed. Porrúa.
- CABALLERO JUÁREZ, Antonio (et. al), *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), 2006, p. 361 y ss.
- CAFFERATA NORES, José, *Temas de derecho procesal penal*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1988.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Derecho penal. Parte general, T. I*, Barcelona, ed. Bosch, 1999.
- CAMARGO, Pedro Pablo, *El debido proceso*, 3ª edición, Bogotá, ed. Leyer, 2005.
- CARBONELL, Miguel, *La constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, México, ed. UNAM, 2004.
- CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *La Reforma al sistema de justicia penal en México. Algunas evidencias para la discusión*, (Documento de trabajo. Derecho Constitucional), México, ed. IIJ- UNAM, 2007.

- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, ed., UNAM, 2007.
- CASANUEVA REGUART, Sergio, *Juicio oral. Teoría y práctica*, 3ª edición, México, ed. Porrúa, 2008.
- CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, 11ª ed., México, ed. Porrúa, 2003.
- CESANO, José Daniel, “De la crítica de la cárcel a la crítica de las alternativas” en *Boletín mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie*, año XXXVI, Núm., 108, Septiembre- Diciembre de 2003, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan, “Garantías constitucionales del debido proceso legal. Presunción de inocencia”, en: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año 13, T. I, 2007, Montevideo, Uruguay, ed. Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- CONCHA CANTÚ, Hugo Alejandro, (et al), *Cultura de la constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, ed. UNAM- Comisión Federal para la Mejora Regulatoria (COFEMER)- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), 2004.
- CONCHA CANTÚ, Hugo Alejandro y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *Diagnostico sobre administración de justicia en las entidades federativas*, México, ed. UNAM-IIIJ-National Center for State Courts, 2001.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa” en *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 15, julio- diciembre de 2006, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM.
- CREUS, Carlos, *Derecho procesal penal*, Buenos aires, ed. Astrea, 1996.
- DAGDUG KALIFE, Alfredo, “Hacia una modernización del sistema de enjuiciamiento penal mexicano” en *Iter Criminis. Revista de ciencias penales*, Tercera época, número 3, Enero- Febrero de 2006, México ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).
- DAZA GONZÁLEZ, Alfonso, “Escena del delito y cadena de custodia en el sistema procesal penal colombiano a partir del Acto Legislativo N° 03 de 2002”, en: *Prolegómenos: Derechos y valores*, número 019, Enero- Junio de 2007, Bogotá, ed. Universidad Militar Nueva Granada.
- DECRETO No. 611 / 06 II P.O. (Periódico Oficial del Estado de Chihuahua).

DÍAZ ARANDA, Enrique, “Criminalidad y derecho penal en México, ¿Hacia dónde vamos?”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, México, ed. UNAM, 2004.

—————, *Derecho penal. Parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, 2ª edición México, ed. Porrúa- UNAM, 2004.

—————, *Teoría del delito*, México, ed. Straf, 2006.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Tratado de las pruebas penales*, México, ed. Porrúa, 2000.

DONDÉ MATUTE, Javier, “Cómo se regula el debido proceso en el Estatuto de Roma” en Méndez Silva, Ricardo (Coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Culturas y sistemas jurídicos comparados, T. II*, México, 2008, ed. UNAM.

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Desafíos del ministerio público fiscal en América Latina*, Santiago de Chile, ed. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2005.

ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván, “Acerca de la potestad de modulación de la acción punitiva o del mal llamado Principio de Oportunidad,” en: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 36, N° 106, Enero- Junio de 2007, Medellín, Colombia, ed. Universidad de Medellín.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Tendencias actuales del derecho procesal penal” en Soberanes Fernández, José Luis (Comp.), *Tendencias actuales del derecho*, México, ed. FCE- UNAM, 1994.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Función constitucional del ministerio público. Tres ensayos y un epílogo*, México, ed. UNAM, 2004.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Introducción y parte general*, 17ª edición, Buenos Aires, ed. Abeledo- Perrot, 2002.

FRÍAS ARMENTA, Martha, (*et al*), “Funciones ejecutivas y delincuencia juvenil: Datos preliminares”, en Frías Armenta, Martha y Corral Verdugo, Víctor (coords), *Niñez, adolescencia y problemas sociales*, México, ed. CONACYT- Universidad de Sonora, 2005.

GACETA DEL SENADO DE LA REPÚBLICA, México, 1 de Abril de 2004

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, ed. Civitas, 1984.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Algunas cuestiones del proceso penal”, en García Ramírez, Sergio (coord.) *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. T. II. Proceso penal*, México, ed. UNAM, 2005.

_____, “El Debido proceso. Concepto general y regulación en la convención internacional de derechos humanos”, en: *Boletín mexicano de derecho comparado*, Nueva Serie, número 117, 2006, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM.

_____, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 3ª edición, México, ed. Porrúa- UNAM, 2002.

_____, “Reseña legislativa sobre la reforma constitucional de 2007- 2008 en materia de seguridad pública y justicia penal” en: *Boletín mexicano de derecho comparado. Nueva serie*, año XLI, septiembre- diciembre de 2008, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Alternativas a la persecución penal y principio de legalidad*, Madrid, ed. Centro de Estudios de Justicia, 2004. www.cej.justicia.es

GÓMEZ LARA, Cipriano, “El debido proceso como derecho humano” en: González Marín, Nuria (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos, T. II*, México, ed. UNAM, 2006.

GONZÁLEZ BLANCO, Juan José, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, 3ª edición, México, ed. Porrúa, 1959.

GORDILLO SANTANA, Luis, “Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal” en *Redur. Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, número 4, Diciembre de 2006, España, ed. Universidad de la Rioja. www.unirioja.es/redur.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura local”, en *Cuestiones constitucionales. Revista de derecho constitucional.*, N° 7, julio- Diciembre de 2002, México, ed. UNAM.

GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, ed. Gedisa, 1999.

GUTIÉRREZ PANTOJA, Gabriel, *Metodología de las ciencias sociales. T. I*, 2ª edición, México, ed. Oxford, 2005.

- GUILLÉN LÓPEZ, Raúl y CRUZ COVARRUBIAS, Armando, *La Justicia penal en México. Un estudio de caso*, México, ed. UNAM, 2008.
- HÄBERLE, Peter, *Verdad y Estado Constitucional*, Trad. Guillermo Mañón Garibay, México, ed. UNAM, 2006.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Crítica a la razón funcionalista. T. I*, México, ed. Taurus, 2002.
- HART, H. L. A., *Post scriptum al Concepto de Derecho*, Penélope Bulloch y Joseph Raz (eds.), México, ed. UNAM, 2000.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, Barcelona, ed. Bosch, 1984.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio, *Programa de derecho procesal penal*, 14ª edición, México, ed. Porrúa, 2006.
- HENDLER, Edmundo, *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Buenos Aires, ed., AD- HOC, 1996.
- HERMANN, Joachim, “El estado de reforma del proceso penal en Europa”, Zoon, Ina (coord.), *Reforma al proceso penal: Tendencias y metodología de implementación*; ed. PGR- Unión Europea, México, 2006.
- IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto, “El principio de oportunidad”, en *Vniversitas*, Número 109, 2005, Bogotá, ed. Pontificia Universidad Javeriana.
- JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, ed. Cívitas, 1996.
- KEMELMAIER, Aída, “En búsqueda de la tercera vía. La llamada justicia restaurativa, reparativa, reintegrativa o restitutiva”, en García Ramírez, Sergio (coord.), *Memorias del congreso de culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, 2005, ed. UNAM.
- LANGER, Máximo, *Revolución en el proceso penal latinoamericano: Difusión de ideas legales desde la periferia*, Santiago de Chile, ed. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2007.
- LARRAURUI, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, 2ª edición, México, ed. Siglo XXI editores, 1992.
- MAIER, Julio B., *Derecho Procesal Penal, T. I. Fundamentos*, Buenos Aires, ed. Del Puerto, 2004.

- , “El Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación” en: *Doctrina Penal. Teoría y Práctica de las Ciencias Penales*, ed. Depalma, año 9, números 33 y 34, Buenos Aires, 1986.
- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, ed. Ediciones Jurídicas Europa América, 1951.
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte General, T. I*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1994.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “Principio de *ultima ratio* o expansión del derecho penal”, en García Ramírez, Sergio, *La reforma a la justicia penal. Quintas jornadas sobre justicia penal*, México, ed. UNAM, 2006.
- NATARÉN NANDAYAPA, Carlos, “Las salidas alternas en el diseño del nuevo proceso penal: Breves notas desde la experiencia de las entidades de la Federación”, en: *Reforma judicial. Revista mexicana de justicia*, Número 11, enero- junio de 2008, México, ed. UNAM- Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, (CNTSJ).
- ORTIZ ÚRCULO, Juan Cesáreo, *El principio de oportunidad: Naturaleza, ámbito de aplicación y límites*, Madrid, ed. Centro de Estudios Jurídicos de Justicia, 2004 www.cej.justicia.es
- OSORIO ISAZA, Luis Camilo, *El sistema acusatorio en la experiencia colombiana*, México, ed. INACIPE, Serie Conferencias Magistrales, N° 15, 2007.
- OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, *La averiguación previa*, 18ª edición, México, ed. Porrúa, 2008.
- OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, 6ª edición, ed. Oxford, 2007.
- PALLARES, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, 24ª edición, México, ed. Porrúa, 1998.
- PÁSARA, Luis, *Como sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*, México, ed. UNAM, 2006.
- QUERALT, Joan, “Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, Núm. 5. Enero-marzo de 1990, Madrid, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC).
- REYES CALDERÓN, José Adolfo y LEÓN- DELL, Rosario, *Victimología*, 2ª edición, México, ed. Cárdenas Editor, 2003.

- RIEGO RAMÍREZ, Cristián, “Informe comparativo: proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, No. 7, Enero – Junio de 2006, México, ed. UNAM-III-Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, (CNTSJ).
- RITZER, George, *Teoría sociológica moderna*, Trad. María Casado Rodríguez, Madrid, 5ª edición, ed. McGraw Hill, 2002.
- ROXÍN, Claus, “Tiene futuro el Derecho penal” en *Revista del Poder Judicial*, número 49, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1998.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “El principio de legalidad” en *Revista española de derecho constitucional*, Año 13. Núm. 39. Septiembre- Diciembre 1993, Madrid, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC).
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, ed. UNAM, 2007.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga, *Los Principios en el Derecho y la Dogmática Penal*, Madrid, Ed. Universidad Carlos III de Madrid- Dykinson, 2004.
- SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Rafael, *Metodología de la ciencia del derecho*, 6ª edición, México, ed. Porrúa, 2003.
- SCHÜNEMANN, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico- penal alemana*, Trad. Manuel Cancio Meliá, Bogotá, ed. Universidad Externado de Colombia, 1996.
- _____, “La política criminal y el sistema de derecho penal” en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo XLIV, 1991, Madrid, ed. Ministerio de Justicia.
- SCHVARSTEIN, Leonardo, *La inteligencia social de las organizaciones. Desarrollando las competencias necesarias para el ejercicio efectivo de la responsabilidad social*, Buenos Aires, ed. Paidós, 2003.
- TAMARIT SUMALLA, Josep., “Sistema de Sanciones y política criminal. Un estudio de derecho comparado europeo”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, año 9, número 6, Granada, España, ed. Universidad de Granada, 2007, pp. 5 y ss. <http://criminet.ugr.es/>
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, ed. UNAM, 2ª edición, 2007.
- TAVOLARI ONTIVEROS, Raúl, “Principios del sistema procesal chileno”, en: Storme, Marcel y Gómez Lara, Cipriano (coords) *XII Congreso mundial de Derecho*

Procesal, Vol. IV, Sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación, México, ed. UNAM, 2005.

TESIS: I.7o.P.107 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Marzo de 2008.

TESIS: 2a. XXXV/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Mayo de 2007.

TESIS: 1a./J. 32/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXV, Mayo de 2007.

TESIS: II.2o.P. J/20, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXIII, Mayo de 2006.

TESIS: 1a./J. 139/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXII, Diciembre de 2005.

TESIS: P. XXXV/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, XVI, Agosto de 2002.

TIRADO ESTRADA, Jesús, “Retos del Ministerio Público y reforma del modelo procesal penal. Problemática y experiencias europeas y latinoamericanas”, en Zoon, Ina (coord.), *Reforma al proceso penal: Tendencias y metodología de implementación*; ed. PGR- Unión Europea, México, 2006.

VARIOS AUTORES, *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano. Manual general para operadores jurídicos*, Bogotá, ed. Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), 2005.

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique, “La organización y funcionamiento de los tribunales en un sistema acusatorio oral” en Zoon, Ina (coord.), *Reforma al proceso penal: Tendencias y metodología de implementación*; ed. PGR- Unión Europea, México, 2006.

VELANDIA MONTES, Rafael, “El principio de oportunidad en el derecho procesal penal inglés”, en: *Revista Derechos y Valores*, número 2, 2005, Colombia, ed. Universidad Militar de Nueva Granada.

VÉSCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso*, Bogotá, ed. Themis, 2002

VON HALDENWANG, Christian “Gobernanza sistémica y desarrollo en América Latina” en *Revista de la CEPAL*, N°. 85, Santiago de Chile, ed. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, (CEPAL), 2005.

RIVERA SILVA, Manuel, *El procedimiento penal*, 25ª edición, México, ed. Porrúa, 1997.

RIEGO RAMÍREZ, Cristián “La oralidad en América Latina” en Zoon, Ina (coord.), *Reforma al proceso penal: Tendencias y metodología de implementación*; ed. PGR- Unión Europea, México, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Proceso penal y derechos humanos: códigos, principios y realidad”, en Zaffaroni, Eugenio Raúl (coord.), *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*, México, ed. Porrúa- ILANUD, 2000.

—————, *Tratado de derecho penal, T. I*, México, ed. Cárdenas

ZAGREBELSKY, Gustav, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5ª edición, Trad. Marina Gascón, Madrid, ed. Trotta, 2003.

ZEPEDA LECUONA, Guillermo, “Algunas modalidades del principio de oportunidad en las reformas penales de América Latina: Lecciones prácticas para México”, en García Ramírez, Sergio, (coord.) *Derecho penal. Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados. T. II. Proceso penal*, México, ed. UNAM, 2005.

ZETTERBERG, Hans, “Teoría, investigación y práctica en sociología,” en König, René (coord.), *Tratado de sociología empírica, Vol. I*, Madrid, ed. Tecnos, 1973.