

CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL

José Daniel HIDALGO MURILLO

1. Antecedente.

La reforma Constitucional del 18 de junio del 2009 abrió dos grandes puertas que, desde la Constitución –aclaro– permitirán repensar en México, el derecho procesal penal, el derecho penal y el debido proceso penal, procurando superar algunas “copias” que, desde antaño, nos han introducido en un “túnel” de criterios criminológicos –a mi criterio equívocos– y procedimentales, que han obligado “discutir” la “justicia” penal, desde una órbita distinta –falsos paradigmas de política criminal– al acometido de la justicia legal.

No ignoro que copiar es, muchas veces, un acto de prudencia. De esta realidad surge la *iuris prudentia* que nos enfrenta a precedentes y antecedentes de valoración de las normas al caso concreto. Lo bueno –como ha ocurrido con lo clásico– crea adhesiones. El derecho inglés se ha fortalecido como ciencia del derecho por los precedentes jurisprudenciales; el derecho alemán es teoría del derecho, por ese constante acudir a las fuentes jurídicas legales, jurisprudenciales y doctrinales.

Es lo que debió ocurrir a la “jurisprudencia obligatoria” a que se refiere el artículo 94 párrafo 8 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aunque hemos de admitir el error de convertir en obligatoria la jurisprudencia que no trata la materia del caso concreto sino, la que se pronuncia, como lo exigen los artículos 192 al 197 de la Ley de Amparo, sobre la violación o no de garantías del gobernado en protección de los derechos fundamentales. Lo que es materia de estudio desde la jurisprudencia en México son situaciones “enquistadas” en las situaciones jurídicas en estudio. Lo que se resuelve sobre esa materia en las decisiones jurisdiccionales de jueces y magistrados locales no ha sido tema de, por ejemplo, las cátedras universitarias. Consecuentemente, los temas jurisprudenciales son siempre limitados.

Pues bien, la reforma constitucional incoa varios principios y/o instituciones que, desde su conceptualización *ius filosófica* –para no hablar de doctrina en forma general– significan lo que deben significar y, por ende, comprometen al Estado en lo que deben comprometer, de modo que no sean un proyecto falaz de administración de justicia. Me refiero, por ejemplo, a los principios de reinserción social; discrecionalidad; solución del conflicto; inocencia; proporcionalidad; sistema

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

acusatorio; principios de contradicción e inmediación; publicidad; oralidad y, lo que nos entretiene: los criterios de oportunidad.

El proceso penal es, desde su objeto, un “juego” de estrategias que obedece –o debe obedecer– una clara política criminal que, igualmente, debe mantenerse en constante revisión de sus efectos y resultados. Se encuentra en juego el orden, la paz, la seguridad y la tranquilidad pública.

Ha sido “común” que esa política criminal se “mida” desde el órgano de poder que, hasta la fecha, ha sido el más incapaz de proyectar la legislación hacia una política criminal: el poder legislativo. En efecto, el Poder Legislativo ha fracasado en el método, en los fines y en los medios para lograr la seguridad ciudadana. En el método, pues la “burocracia” parlamentaria” y los distintos “juegos de poder” han impedido al Poder legislativo ofrecer una respuesta legislativa rápida –según las necesidades del momento–. Es común escuchar políticas de agravación de las penas, introducción de la pena de muerte o las penas perpetuas, la proliferación de delitos graves que evitan la excarcelación de las personas sometidas a proceso, etc. Pero, es igualmente equívoca su política desde los fines, cuando el “imputado” es el gran ignorante de la política criminal misma que, de hecho, ha hecho burla de una frase propia de la doctrina, anquilosada en los libros, la prevención general y particular –positiva y/o negativa, porque, entre otras razones, los medios –la ley, en definitiva– sólo ha servido para causar antinomias, lagunas y modos de interpretación desfavorables a esa política criminal.

2. Eficacia para la solución del conflicto.

Hay dos modos procesales de aplicar, como estrategia, una política criminal. La primera, tal como se dijo, acudiendo al Poder legislativo para que, agravando penas o procedimientos, convirtiendo acciones en hechos delictivos, o, creando penas y multas, favorezca situaciones de prevención. Muchas de estas “políticas” han causado el efecto contrario.

Por un lado, los “formalismos” procedimentales han causado modos de “corrupción” de los funcionarios llamados a administrar justicia. Claro ejemplo de esto es el “recurso de amparo” tramitado para “suspender” la privación temporal de libertad como acto reclamado, convertido en “negocio” de abogados, ministerios públicos y jueces federales, ante la detención en flagrancia de algunos ciudadanos. No olvidemos que –igualmente como ejemplo– el “parte policial de tránsito” ante las infracciones de esa legislación es más eficaz, que la “detención” del vehículo, porque, en este segundo caso, cualquier ciudadano prefiere pagar al oficial de policía, el mismo monto de la multa, que tener que “soportar” el decomiso de su vehículo y el trámite administrativo, a lo que se suma el atraso en sus obligaciones laborales. Tal parece que la legislación se crea para corromper el trámite.

Es un dato de experiencia –también como ejemplo– que la privación de libertad por faltas, contravenciones y hechos delictivos deviene en el modo fácil de causar, por parte de las autoridades, modos de extorsión, porque se encuentra en juego la

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

libertad de las personas. El derecho comparado nos ha permitido comprobar que, ante el parte policial que impone multas automáticas sin privación “extorsiva” de libertad, el ciudadano responde con mayor eficacia, que los modos que se ha inventado el legislador Mexicano.

Por el contrario, una segunda estrategia de política criminal ha sido ofrecer al Ministerio Público la decisión de sancionar o prescindir de la sanción de las conductas ilícitas, bajo criterios de oportunidad previamente establecidos. En estos casos, los hechos siguen siendo delictivos dentro de un gran catálogo de tipos penales y las multas o penas siguen estando vigentes. Pero son las circunstancias de tiempo, modo, época, lugar, personas y efectos del hecho las que permiten –*ad casum*– su aplicación o no. Entonces, la legislación ofrece los mismos objetivos, aunque en un programa de puertas que, a criterio del órgano al que corresponde la seguridad del Estado, se abren o se cierran a conveniencia. De ese modo, “hoy” es posible y conveniente perseguir una serie de hechos delictivos que “mañana” conviene dejar en el archivo. De ese modo, el legislador crea la cantidad de hechos delictivos que convenga manteniendo, a la vez, las sanciones que sean proporcionales al hecho. Sin embargo, ofrece al Ministerio Público criterios de actuación que, repito, *ad casum*, le permite a la Procuraduría, perseguir o dejar de perseguir, agravar o alivianar, la aplicación de algunas sanciones, según corresponda a la tranquilidad pública.

Esos criterios de oportunidad, conjuntamente, con procedimientos de conciliación, mediación, negociación, acuerdos reparatorios, perdón de la víctima, suspensión condicional del proceso y procedimiento abreviado devienen en mayormente eficaces para la solución del conflicto, visto este desde el bien común, sin dejar de considerar, igualmente *ad casum*, el bien particular. Sin embargo, su eficacia estriba, en primer lugar, en la protección del principio *pro libertate* que crea confianza, para los ciudadanos, en las Instituciones de Administración de Justicia y, en segundo lugar, en la facilidad de cumplir los acuerdos, en razón de los modos estratégicos de los acuerdos mismos.

Para entender este último planteamiento, quizá es conveniente estudiar antropología. Sin embargo, como no es el momento para hacerlo, tal vez deviene en importante aclarar el comportamiento del hombre individual en sociedad. Para ello basta recordar que el hombre justo ama la virtud y, ésta, como hábito, se adquiere por la repetición constante de actos propios de la virtud que se persigue. Una persona a la que se atribuye un delito no cuenta, por lo general, con las virtudes individuales y sociales necesarias para cumplir con un compromiso o acuerdo reparatorio. Es una realidad de la que no puede prescindirse. Sin embargo, en los Estados de Chihuahua, Oaxaca, Morelos, Zacatecas y Estado de México, se viene sujetando a los imputados a acuerdos y compromisos que están encaminados a ser incumplidos, porque, repito, se exige compromiso a quien no está capacitado –por falta de virtud– para cumplir los acuerdos. Es común, además de la virtud, que el acuerdo reparatorio lo asuma quien carece de trabajo fijo, de ingresos constantes, de modos de vida lícita. No deja de ser común que, igualmente, estas personas carecen

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

de arte u oficio que les permitan un trabajo estable con el cual, además de saciar sus propias necesidades, les permita responder ante las necesidades ajenas. Aun así se firma un “acuerdo reparatorio” que ha nacido frustrado, pues obliga, entre las distintas partes “contratantes”, a quien no tiene “capacidad” de obligarse.

Esta misma situación viene ocurriendo con, por ejemplo, los acuerdos de reparación y los planes por cumplir en la aplicación del procedimiento de suspensión condicional del proceso; la reparación integral del daño como causa de extinción de la acción penal; la ayuda a la comunidad, al Estado, o a entidades de beneficencia; y, algunos otros compromisos que los imputados han asumido sin que, luego, el Ministerio Público pueda controlar su cumplimiento. Entonces, el proceso deviene en mofa y el objetivo truncado. De aquí la importancia de tratar, con el mismo procedimiento, los mecanismos alternativos de solución de conflicto, el procedimiento abreviado, la conciliación y la mediación, los acuerdos reparatorios y la suspensión del proceso a prueba. Quizá un ejemplo basta: del mismo modo como el procedimiento se suspende cuando el Ministerio Público negocia con el imputado un acuerdo para ayudar en la investigación, hasta que esa ayuda sea eficaz, así debe ocurrir con los demás mecanismos. Cuántos acuerdos se negocian sobre situaciones o bienes que no se pueden cumplir, cuando contamos con miles de situaciones y bienes sobre los que sí se pueden cumplir y conviene que se realicen, y pueden ser parte de esos compromisos. Todo depende que el Ministerio Público tenga conocimiento de esas situaciones y de esos bienes, para convertirlos en verdaderos compromisos.

Corresponde, sin embargo, analizar el modo como cada una de las entidades federativas ha asumido los efectos de la justicia restaurativa. Esto porque Chihuahua la asumirá desde la reparación del daño, mientras que Oaxaca, con el mismo efecto la asume desde la conciliación. Zacatecas la ubicará como justicia restaurativa, mientras que Chihuahua y Oaxaca, como mecanismos alternativos de solución de conflictos. Bajo tantas diferencias, dentro de la igualdad, Oaxaca será el único Estado que considerará los criterios de oportunidad, como mecanismos alternativos de solución de controversias, es decir, como formas de justicia restaurativa, cuando los demás Estados y el mismo Código Modelo los considerará como una limitación, en razón de la política criminal del Ministerio Público, de la persecución penal, más propiamente, desde la acción penal pública.

El criterio legislativo del Estado de Oaxaca parece acertado cuando, en razón de “pena natural”, “reparación integral del daño” y “negociación criminal” los criterios de oportunidad, en mucho, resuelven conflictos, particularmente, cuando el imputado mismo procura coadyuvar con la administración de justicia en la aplicación de esos criterios.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Nótese, por ejemplo, que el Estado de México ha introducido trece criterios de oportunidad¹. En estos trece criterios se incluye los criterios que han asumido las demás entidades federativas, aún cuando Oaxaca y Zacatecas no hayan admitido, por lo menos en su primera legislación, criterios de oportunidad para la “negociación criminal”, es decir, para que el imputado pueda cooperar con el Ministerio Público en la averiguación de la verdad en relación con los mismos hechos u otras causas pendientes a nivel Estatal, en la Federación, o, en otros Estados. En casi todas las legislaciones se consigna que “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”², con lo cual, con los criterios se busca, igualmente, la solución, por lo menos reparadora, del conflicto. Pero, los criterios de oportunidad, con un objetivo de estrategia en la política criminal del Ministerio Público (Cfr: art 21 CPEUM) procuran “encausar” la investigación por delito hacia objetivos más puntuales, de especial interés para la seguridad, la tranquilidad y la paz social y, la propia solución del conflicto o, por lo menos, la posibilidad de que el Ministerio Público pueda dedicar tiempo a hechos delictivos de mayor interés, para lo cual debe discriminar entre aquellos de menor repercusión social. Bajo esos supuestos es claro que la legislación considera de “bagatela” y, por ende, permite el archivo del sumario, “cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe por su mínima culpabilidad, no afecte el interés público”³, salvo que haya sido cometido por un servidor público estatal o municipal en ejercicio de sus funciones. La misma “negociación criminal” procura, en la aplicación de criterios de oportunidad, la solución del mismo u otro conflicto relacionado. Procede en el Estado de México “cuando el imputado haya realizado una conducta cuando estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho delictuoso o haya contribuido decisivamente al

¹ Cfr: Artículo 110 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México. Publicado en el Periódico Oficial el 9 de febrero del 2009.

² Cfr: Artículo 110 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

³ Cfr: Artículo 110, fracción I., del Código de Procedimientos Penales del Estado de México. En el mismo sentido la fracción I, de los artículos 83 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua; artículo 196 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca; artículo 88 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos; artículo 90 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Zacatecas; artículo 79 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California; artículo 94 del Código de Procedimientos del Estado de Durango y artículo 98 del Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho en otro más grave”⁴.

La aplicación de criterios de oportunidad por “pena natural” igualmente resulta un mecanismo alternativo de solución de conflicto. En el Estado de México se entiende “cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o psíquico, grave o irreparable que le incapacite para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias o cuando tratándose de un delito culposos haya sufrido un daño de carácter moral de difícil superación”⁵, lo que igualmente ocurre con los criterios en que prevalece el principio de “exceso de pena” que, en el Estado de México se entiende en dos fracciones del artículo 110 de comentario, es decir, “cuando la pena que corresponda por el delito de cuya persecución se prescindiera, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero” o, “cuando el inculcado sea entregado en extradición por la misma conducta o por diversa, en el caso de que la sanción impuesta por el requirente reste trascendencia a la que se le pudiese imponer”⁶.

El Estado de México, sin embargo, agrega y repite algunos otros criterios de oportunidad. De conformidad con el artículo 110 procede “cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenazas graves a la seguridad exterior del Estado”; “cuando exista colaboración del inculcado para evitar la consumación de delitos graves o lograr la desarticulación de organizaciones criminales”; “cuando el inculcado haya sufrido, por su conducta culposa, daño grave que haga

⁴ Cfr: Artículo 110, fracción II., del Código de Procedimientos Penales del Estado de México. En el mismo sentido la fracción II, de los artículos 83 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua; artículo 88 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos; artículo 79 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California y artículo 98 del Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación. Los Códigos de Oaxaca, Zacatecas y Durango no admiten la negociación con el imputado en este sentido.

⁵ Cfr: Artículo 110, fracción III., del Código de Procedimientos Penales del Estado de México. En el mismo sentido la fracción III, de los artículos 83 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua; artículo 196 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca; artículo 88 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos; artículo 90 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Zacatecas; artículo 79 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California; artículo 94 del Código de Procedimientos del Estado de Durango y artículo 98 del Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación.

⁶ Cfr: Artículo 110, fracción IV y V, del Código de Procedimientos Penales del Estado de México. En el mismo sentido el artículos 83 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua; artículo 196 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca; artículo 88 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos; artículo 90 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Zacatecas; artículo 79 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California; artículo 94 del Código de Procedimientos del Estado de Durango y artículo 98 del Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

desproporcionada o inhumana la aplicación de la sanción”; “cuando el delito no siendo grave, afecte un bien jurídico individual y se haya reparado el daño causado, determinándose objetivamente la ausencia de interés público en la persecución”; “cuando el reproche de culpabilidad hacia la conducta sea de tan secundaria consideración que haga a la sanción penal una respuesta desproporcionada”; “cuando la persecución penal de un delito que comprende problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa, adecuada a los intereses de las víctimas y la sociedad”; “cuando se emplee cualquier mecanismo alternativo para la solución del conflicto, previsto en el presente ordenamiento” y, finalmente, “cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad incurable, en estado terminal, según dictamen pericial, o tenga más de 70 años y no exista mayor daño al interés social”.

No podemos sostener con esto que haya un único mandato constitucional al determinar, por un lado, “mecanismos alternativos” (Cfr: art. 17) y, por otro, “criterios de oportunidad” (Cfr: art. 21). Procesalmente hablando se trata de objetivos procesales distintos. Por ende, ha sido el Estado de Oaxaca el que exige repensar los criterios de oportunidad como especies de esos mecanismos. Sin embargo, si el archivo de algunas causas penales –por aplicación de criterios de oportunidad– permite dedicar tiempo a otras, de mayor gravedad o importancia social, es claro que, por un lado, la aplicación de esos criterios resultan ya una decisión de “política criminal” y, por otro, un modo de “resolver” o “coadyuvar” a resolver esos y otros conflictos, con lo cual se logra el mismo objetivo al que se enfrenta el proceso desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y desde los Códigos acusatorios vigentes que hemos venido estudiando.

3. De los criterios de oportunidad.

Del estudio de la legislación nacional y latinoamericana es posible distinguir al menos veinticuatro criterios de oportunidad que, a la vez se pueden clasificar en cinco apartados: bagatela, pena natural, negociación criminal, reparación del daño y exceso de pena.

a. Criterios de oportunidad por bagatela.

Es posible sostener que en razón de bagatela no hay razón de “bien jurídico” protegible y, por ende, coherente con el criterio de derecho penal mínimo de Luigi Ferrajoli, esos hechos no debieron ser tipificados como delito. Sin embargo, la bagatela no surge del bien jurídico legislativamente protegido sino del bien jurídico persecutoriamente protegido; es decir, la diferencia entre la protección general y abstracta de protección de la ley penal y, la protección particular y concreta de la decisión jurisdiccional. En todo caso, es posible dilucidar los siguientes criterios por bagatela:

- a. Aplicación de criterios de oportunidad, cuando, por las circunstancias del caso se trate de un hecho insignificante.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- b. Aplicación de criterios de oportunidad, cuando, por las circunstancias del caso se trate de un hecho de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de éste.
- c. Aplicación de criterios de oportunidad cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.
- d. Aplicación de criterios de oportunidad cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.
- e. Aplicación de criterios de oportunidad cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.
- f. Aplicación de criterios de oportunidad cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.
- g. Aplicación de criterios de oportunidad cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas.
- h. Aplicación de criterios de oportunidad cuando los condicionamientos fácticos o psíquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativa de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.
- i. Aplicación de criterios de oportunidad cuando, en tráfico de drogas, la cantidad decomisada al imputado permita presumir la tenencia para el consumo, sin que exista prueba de su distribución.

La experiencia ha permitido ver en la bagatela, más que una política criminal que, necesariamente comporta una estrategia en la “persecución” de los delitos de “mayor” importancia, una política “administrativa” de reducción del trabajo de los fiscales del Ministerio Público y, consecuentemente, una desnaturalización de la figura jurídica. En otros ámbitos más reducidos, la bagatela se utiliza como una figura que facilita “cobrar” por el servicio y que, desgraciadamente, reduce la acción del Ministerio Público a la corrupción de sus funcionarios. Igualmente ocurre que, por deficiencia de las autoridades, muchas causas importantes devienen en “bagatela” por la ausencia de “acción–reacción” ante la delincuencia: un hecho de importancia pierde significado en su persecución por el paso del tiempo.

b. Criterios de oportunidad por reparación integral el daño.

Es común encontrar, en México, que los acuerdos reparatorios sean objetivo de los mecanismos alternativos de solución de controversias, parte del plan de reparación del procedimiento de suspensión condicional del proceso y, del propio procedimiento abreviado. Esto nos ha permitido sostener que el proceso penal que se concibe desde el artículo 20, apartado C, fracción IV nos enfrenta a un Sistema Procesal Penal Reparatorio. Pues bien, la reparación del daño es igualmente un objetivo en la aplicación de criterios de oportunidad. Bajo esta tesis es común encontrar, por reparación, los siguientes criterios:

- a. Aplicación de criterios de oportunidad cuando el imputado haya producido la reparación integral, a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, en delitos de contenido patrimonial sin violencia sobre las personas o en delitos culposos.
- b. Aplicación de criterios de oportunidad cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.
- c. Aplicación de criterios de oportunidad cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

En Costa Rica, en el capítulo referente a la extinción de la acción penal se incluyó, como causal de extinción de la acción penal pública, la reparación integral del daño. Esta reparación integral del daño será concebida en México, a partir del código de Chihuahua, como “acuerdos reparatorios” que, como hemos estudiado, no han sido considerados dentro de los modos de justicia restaurativa o, por lo menos, como sinónimo de conciliación, mediación y negociación, aunque esos tres institutos procuren el acuerdo reparatorio.

En efecto, el artículo 30 del Código Procesal Penal de Costa Rica dispone, como causa de extinción de la acción penal “j) por la reparación integral, a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso”.

En algún momento el equipo técnico de trabajo redactor del Código Modelo se propuso esta norma como causal de extinción asumiendo la legislación de Costa Rica. Sin embargo, a pesar de la norma, la experiencia ofrecía otros resultados. Con fundamento en esa experiencia luego se analizó las consecuencias, entre ellas, el problema que suscita –también en la opinión pública– el “delinquir con la finalidad de ‘pagar’ si me atrapan”. De hecho, Costa Rica sufrió, posteriormente una reforma al artículo 30 citado disponiéndose que “esta causal procede siempre que, durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado de esta medida o de la

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

suspensión del proceso a prueba. El plazo señalado se computará a partir de la firmeza de la resolución que declara la extinción de la acción penal. Para tales efectos el Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiados”.

La experiencia costarricense sirvió para introducir la misma figura, por su conveniencia procesal en cuanto forma de solución del conflicto, pero, no como causal de extinción de la acción sino, como criterio de oportunidad. De ese modo, en el artículo 98 del Código Modelo se dispuso que el ministerio público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, limitarla a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando: “b) el imputado haya producido la reparación integral, a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, en delitos de contenido patrimonial sin violencia sobre las personas o en delitos culposos”. La idea que prevaleció en los redactores del proyecto era evitar la crítica sufrida en Costa Rica y, consecuentemente, ante la reparación integral del daño como criterio de oportunidad, el ministerio público tuviera la libertad de continuar o no con la persecución penal a pesar de que el imputado haya resarcido a la víctima y ofendido.

c. Criterios de oportunidad por pena natural.

Aunque en el derecho penal ha prevalecido, en la mayoría de los supuestos, la “doble sanción” o, la “supremacía de la sanción penal” sin detrimento de las demás sanciones judiciales o administrativas, el criterio de oportunidad por “pena natural” tiene como objetivo poder archivar una causa penal cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho daño físico o psíquico. Se trata de un supuesto amplio e igualmente abstracto de “daño” que podría incluir, posteriormente, otros supuestos. Por ejemplo, se estudia el daño que causa –como sanción– la publicación de la fotografía del autor de un hecho punible y la influencia de esa publicación en el trabajo, créditos bancarios, acogida social, etc., cuando los medios difunden la noticia del hecho punible que se le atribuye. ¿No habrá existido ya una pena cuyas consecuencias son difíciles de medir, pero han afectado la situación social, familiar, laboral y económica del imputado?

Con el primer supuesto el Sistema Acusatorio ha introducido, como criterio de oportunidad, el de pena natural. En nuestro medio se comprende, en esa clasificación, los siguientes:

- a. Aplicación de criterios de oportunidad cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o psíquico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena.
- b. Aplicación de criterios de oportunidad cuando el imputado, en ocasión de una infracción culposa, haya sufrido un daño moral de difícil superación.

d. Criterios de oportunidad por exceso de pena.

El Sistema Acusatorio no ignora la doctrina relacionada con los principios de prevención y, consecuentemente, el “valor” que se otorga a la pena en relación con la

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

prevención particular negativa. Sin embargo, no ignora, igualmente, que el exceso de pena cuando, por ejemplo, se ha sobrepasado el máximo de pena previsto en la legislación que no cuenta con penas perpetuas o, por la edad del imputado, resulta un absurdo procesal. Se trata, en definitiva, de un problema de acumulación de causas que, si bien beneficia al imputado, otras muchas lo perjudica, entre ellas, el atraso del trámite por la distinta rapidez en su distinto diligenciamiento. Esto ha significado, dentro de las técnicas procesales, las políticas de acumulación y des acumulación.

Sin embargo, desde los criterios de oportunidad por exceso de pena se busca, más particularmente, no perder el tiempo en causas iniciadas –de menos importancia, por complicación de trámite o, por su insignificancia– cuando existen ya causas penales pendientes de juicio o, cuando ya existe condena en el país, en otra entidad federativa o, en otro país. Dentro de esta lógica se concibe:

- a. Aplicación de criterios de oportunidad 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.
- b. Aplicación de criterios de oportunidad por la pena que se debe esperar por los restantes hechos o delitos a la misma persona
- c. Aplicación de criterios de oportunidad por la pena que se le impuso o se le impondría en un proceso tramitado en la jurisdicción local o en el extranjero.
- d. Aplicación de criterios de oportunidad cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.
- e. Aplicación de criterios de oportunidad cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible.
- f. Aplicación de criterios de oportunidad cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en México carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.
- g. Aplicación de criterios de oportunidad cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

Como puede notarse, el Sistema de Justicia Penal se centra en una pena que respeta los principios de proporcionalidad y coherencia, renunciando a la sanción, por la sanción y, consecuentemente, la reinserción social. El derecho penal no busca acumular sanciones sino, aplicar criterios de reinserción, rehabilitación,

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

reeducación, resocialización que se consigue, aparentemente, con una sola pena, sin descuidar, para ello, la reparación del daño respecto a cada una de las víctimas.

Los argumentos pueden ser muchos. Si a un imputado se le siguen varias causas penales y una de ellas tiene, como pena de prisión, la pena máxima admitida por el Estado, ¿no será suficiente la condena por ella, sin tener que tramitar las otras? ¿No será más prudente tramitar aquellas de fácil tramitación o, que reúnen más medios de prueba, que ocupar un tiempo y recurso humano para aquellas de tramitación compleja, de mayor costo para el Estado o, que carecen de medios probatorios? Si un Estado lo persigue, ¿no será más conveniente esperar la condena de ese Estado, que esperar para aplicar la sanción en los demás Estados pendientes? Si está siendo procesado en otro país o, en la justicia internacional, ¿no será más apropiado esperar esa condena y, consecuentemente, por la misma pena impuesta, archivar las causas pendientes de trámite?

Pensar en contrario nos permite pensar, de manera crítica, que la pena tiene como objetivo “encerrar” a una persona y, para ello, la necesidad de acumular sanciones para que ese “encerramiento” sea de por vida, por ende, renunciar al carácter reinsertor de la pena o medida de seguridad. De hecho, en Estados que cuentan con un monto de pena máxima la acumulación de sanciones deviene en contradictorio a esas disposiciones. Esta es la razón por la cual el “exceso de pena” como criterio de oportunidad encuentra su acogida en la doctrina.

e. Criterios de oportunidad por negociación criminal.

La posibilidad procesal de que el imputado coopere con la investigación criminal ha permitido el desarrollo de criterios de oportunidad. Con ese objetivo, la legislación comparada nos permite analizar las siguientes posibilidades procesales:

- a. Aplicación de criterios de oportunidad cuando se trate de asuntos de delitos graves, tramitación compleja o delincuencia organizada y el imputado colabore eficazmente con la investigación.
- b. Aplicación de criterios de oportunidad cuando se trate de asuntos de delitos graves, tramitación compleja o delincuencia organizada y el imputado brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos.
- c. Aplicación de criterios de oportunidad cuando se trate de asuntos de delitos graves, tramitación compleja o delincuencia organizada y el imputado proporcione información útil para probar la participación de otros imputados.

En este tipo de criterios se exige que la participación o colaboración del imputado en la investigación se realice siempre que la acción penal de la cual se prescinde total o parcialmente resulte considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita. Este criterio ha creado algunas nuevas figuras procesales. La más importante y exigente es la del testigo protegido. Sin

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

embargo, dentro del mismo supuesto se concibe la cooperación de ese imputado como agente encubierto y, consecuentemente, las entregas vigiladas que únicamente exigen evitar el agente provocador.

El criterio permite, igualmente, que la negociación pueda desarrollarse en distintos ámbitos competenciales. Es común que el imputado ayude en la investigación del hecho en que ha participado con otros. Sin embargo, cada vez es más necesitado para ayudar en la investigación de otros delitos de mayor gravedad o repercusión social. En los Estados federales, se crean criterios para cooperar en la investigación de un Estado vecino o, con otro país, tratándose o no del mismo delito.

4. Los criterios de oportunidad como mecanismos alternativos de solución de controversias.

Es cierto que la política criminal de una Nación se determina a través de los estudios que se discuten al interno del Poder Legislativo, es decir, a través de la legislación. Sin embargo, el legislador puede asumir el “monopolio” de esa política criminal o, como ocurre, facilitar, a través del principio de discrecionalidad, normas flexibles que permitan al Ministerio Público –desde su particular ámbito de actuación– y, a los órganos jurisdiccionales, a la hora de resolver, encarrilar el proceso respetando criterios genéricos de política criminal.

El Sistema Acusatorio ha creado, para ello, criterios de oportunidad reglados y el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha permitido a la legislación secundaria la determinación de dichos criterios, sin exigir, en estos casos –lo que no obvia que lo defina la legislación secundaria– la necesaria reparación del daño. La legislación plasma, entonces, una política general y los criterios de oportunidad facilitan el principio de discrecionalidad, a través de una política criminal particular, que se concreta, en razón de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, al caso concreto.

Se sostuvo arriba que en la legislación Mexicana solo el Estado de Oaxaca ha considerado los criterios de oportunidad como mecanismos alternativos de solución de controversias, aunque el mismo Estado de Oaxaca y los mismos Estados de Chihuahua, Zacatecas, Morelos, Baja California, Estado de México, Durango y Nuevo León no han exigido que, como requisito para su aplicación, se repare el daño.

La reparación del daño no significa, únicamente, pagar a la víctima o al ofendido el daño causado por el delito, sino que incluye, igualmente, que al Estado y a la sociedad, como igualmente víctimas, se repare en el orden, la tranquilidad, la seguridad y la paz social, lo que en parte se logra cuando se aplican algunos de los distintos criterios de oportunidad. La cooperación del imputado en la propia causa o causas conexas o paralelas, que, a la vez, permiten su comprobación como “testigo” protegido o “agente” encubierto produce, entre otras, la consecución de la verdad en esas otras causas, lo que deviene en beneficio para la misma sociedad o el Estado. Si el archivo de causas penales por bagatela permiten al Ministerio Público encaminar

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

sus esfuerzos a la investigación de causas penales importantes y, a la postre, se logra su objetivo, es claro, entonces, que el criterio de oportunidad obtuvo su finalidad y, consecuentemente, logró la solución de otros conflictos. Lo mismo puede decirse de la pena natural y el exceso de pena. No es por tanto incoherente lo que propone el Estado de Oaxaca.

Sin embargo, la aplicación de criterios de oportunidad debe encaminarse, si en serio se aplican como modos de ser de una política criminal del Ministerio Público, hacia mecanismos de solución de controversias, bajo los siguientes supuestos:

- a. Solución de controversias en cuanto exijan, –de previo o a posteriori–, la reparación del daño a las víctimas u ofendidos por el delito.
- b. Solución de controversias en cuanto se apliquen para ofrecer, a la sociedad, orden, paz y tranquilidad social y seguridad pública.
- c. Solución de controversias en cuanto se procure, con su aplicación, y aunque renuncien, aparentemente, a la protección del bien particular, al fortalecimiento del bien común.

Consecuentemente, no solo la reparación integral del daño, como criterio de oportunidad, deviene en mecanismo alternativo de solución de controversias, pues la misma aplicación de criterios –dentro de una clara política criminal– está resolviendo o permitiendo resolver otros y el mismo conflicto. Pero, en algunos casos, “reducir” la aplicación del criterio, a la exigencia de reparar el daño, quita importancia a la misma naturaleza del criterio cuando, por ejemplo, su aplicación interesa, prioritariamente al derecho de la víctima u ofendido directo, en razón de otras víctimas u ofendidos indirectos, como ocurre en los casos de cooperación criminal.

5. Conclusión.

Si se conciben dentro de la política criminal de la Procuraduría o del Ministerio Público, los criterios de oportunidad devienen en mecanismos alternativos de solución de conflictos dentro de la concepción del Sistema Acusatorio Procesal Penal Mexicano. Esta realidad es la que debe prevalecer en el órgano acusador cuando decida su aplicación dentro de las distintas etapas del proceso.

Un defecto, en la aplicación de estos criterios, ha sido su “utilización” como forma de desahogo de causas en los Despachos del Ministerio Público y, una aberración, su uso como modos de “negociar” las causas penales con algunos imputados. El sistema de justicia no soporta que los criterios de oportunidad signifiquen una “oportunidad” para que las policías o los ministerios públicos se corrompan, aún cuando puedan significar un cauce para ello.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha abierto una puerta importante para la eficacia del Ministerio Público. Esa puerta no encuentra candado alguno que permita al legislador secundario repensar qué criterios deben admitirse en las distintas entidades federativas o en la propia federación. El Estado de México

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

ha admitido trece criterios de oportunidad. Chihuahua, Morelos y Baja California ha admitido los cinco criterios a que nos hemos referido en este artículo. Zacatecas, Oaxaca y Durango han renunciado al criterio que permite la negociación criminal. ¿Qué es lo que más conviene al país? Es esta la gran pregunta si los criterios se aplican soportando una clara política criminal de las Procuradurías Locales o la General de la Federación.

Espero con estas líneas abrir una puerta a la discusión de una de las instituciones más importantes dentro del Sistema Acusatorio.