

# EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

JORGE NADER KURI\*

## Resumen

Es lugar común afirmar que las constituciones no son catálogos de disposiciones reglamentarias, sino acaso cuerpos que deben de contener principios generales sujetos al desarrollo de la legislación secundaria. Lo anterior es así especialmente cuando, durante la vigencia de un régimen constitucional, el constituyente permanente incorpora instituciones jurídicas novedosas, foráneas, como ocurre con la reciente adopción del principio de oportunidad en el Ministerio Público<sup>1</sup> en el párrafo séptimo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (C.).

Tal exige no sólo ejercicios de interpretación desde los más variados puntos de vista, sino también hondas reflexiones legislativas debido a que tocará al legislador secundario decidir la forma, términos, supuestos y condiciones en que será parte viva del sistema penal acusatorio.

It is commonplace to say that constitutions are not catalogs of regulations, but perhaps documents that should contain general principles subject to the development of secondary legislation. This is especially so when, for the duration of a constitutional regime, the permanent legislature incorporates innovative legal institutions, as with the recent adoption of the principle of opportunity in the Ministerio Público (mexican prosecutor's advocates) in the seventh paragraph of Article 21 of the Mexican Constitution (C.).

That requires not only interpretation exercises from the most diverse points of view, but also profound legislation reflections because it will

---

\* Director de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

<sup>1</sup> En el mayor de los sentidos, oportunidad significa conveniencia. Luego, en ese mismo sentido, la oportunidad es de naturaleza legislativa cuando a través de la norma se decide qué y cómo penar; administrativa cuando una autoridad de tal naturaleza decide qué y cómo perseguir; y judicial cuando los tribunales aplican beneficios individuales. La oportunidad motivo de estas reflexiones, la recientemente incorporada a la C., está dada al Ministerio Público, como se analizará.

touch on the secondary legislature to decide how terms, conditions and assumptions on which it will be a living part of the system of criminal justice.

## 1. Introducción

Este ensayo constituye una mera aproximación sin mellar la abundante doctrina extranjera disponible, pues al momento sólo se cuenta con un breve texto constitucional, con lo expresado al respecto en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia con proyecto de Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Dictamen), y con algunos artículos y opiniones de expertos mexicanos.

Más aun, el artículo Segundo Transitorio del Decreto dispone que el sistema procesal penal previsto en los artículos 16, párrafos segundo y décimo tercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, *párrafo séptimo*, de la Constitución, entrarán en vigor cuando lo establezca —si aún no lo ha hecho—, la *legislación secundaria correspondiente*, para lo cual se fijó un plazo máximo de 8 años. Y es que el principio de oportunidad, destacadamente señalado en la norma transitoria, no es asunto menor;

podrá incidir en la operación de todo el sistema de justicia penal y determinar el rumbo que tomen las acciones del Estado en esta materia, a través del ejercicio de atribuciones muy relevantes por parte del Ministerio Público, que de esta manera asume en el enjuiciamiento penal un papel aún más destacado que el que tuvo en el pasado inmediato.<sup>2</sup>

Por lo tanto, no sólo exige un acucioso análisis teórico y comparado —aunque sin perder de vista la problemática mexicana específica, sino también que se precisen sus límites y alcances conceptuales y prácticos de modo que pueda lograrse un equilibrio, una coexistencia armónica, entre el principio —garantía— de obligatoriedad,<sup>3</sup> según el cual el Ministerio Público no puede abstenerse de promover el proceso una vez reunidos los supuestos de consignación, y su contrario, el de oportunidad, que implica la posibilidad discrecional de que el Ministerio Público se abstenga de ejercer acción penal —con o sin negociación de por medio, a pesar

---

<sup>2</sup> García Ramírez, Sergio, *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008)*, México, Porrúa, 2008, p. 38.

<sup>3</sup> Hay quien prefiere ubicarlo como legalidad. Nosotros nos referimos a la obligatoriedad porque si la ley le permite al Ministerio Público abstenerse del ejercicio de la acción, cuando lo hace actúa con legalidad.

de que se encuentre acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, si considera por sí y ante sí que es *inoportuno*, *inconveniente*, el proceso penal.

La medida entre uno y otro extremos linda milimétricamente con la impunidad y la corrupción, como se ha expresado en otras oportunidades; de allí su muy riesgosa pertinencia entre nosotros.

El tratamiento exhaustivo de este tema requeriría confrontar no sólo lo que hasta hoy está disponible, sino también los documentos legislativos y los textos normativos secundarios. De allí que no pueda ocultarse lo ya dicho: que este ensayo es un acercamiento y es elaborado con la aspiración de que constituya una opinión útil para la comprensión y desarrollo de tan importante, y al mismo tiempo peligrosa, institución.

## 2. Elementos exegéticos

El nuevo séptimo párrafo del artículo 21 C. expresa textualmente que:

El ministerio público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

Con ello, nuestro sistema de justicia penal ha incorporado los que denomina *criterios de oportunidad*, mejor conocidos unitariamente como *principio de oportunidad*;<sup>4</sup> institución procesal genuinamente anglosajona que ha venido añadiéndose a otras tradiciones jurídicas de tipo continental a propósito de la tendencia en boga hacia los procesos acusatorios.

El principio de oportunidad, sea que se analice en su origen anglosajón<sup>5</sup> o en sus valores utilitarios posteriores, fue ideado para hacer frente rápida y eficazmente a las expresiones delictivas aligerando al mismo tiempo el número de casos que deben llegar ante los tribunales. De allí que el citado principio no fue diseñado, ni sirve, para afinar la justicia penal, sino para reducir la carga de trabajo de los jueces, sea cual fuere su contenido y extensión legislativa.

En México esa es la finalidad. El Dictamen, finalmente aprobado por sus pares Senadores con expresiones muy similares y, *mutatis mutandi*, por la mayoría de las legislaturas de los estados, establece lo siguiente:

---

<sup>4</sup> Lo correcto es entender la oportunidad como principio. El principio es uno, es el género; los criterios son sus diferentes métodos, concreciones o especies.

<sup>5</sup> En el Derecho anglosajón tiene gran importancia la confesión del acusado así como las facultades de negociación casi ilimitadas —sobre el delito, la pena o ambos—, que los *prosecutors* ejercen con gran discrecionalidad a fin de que se dicten sentencias sin juicio, de las que se originó y tomó forma el principio de oportunidad y sus distintos criterios de aplicación.

El deber de racionalizar y de generar una política coherente de persecución penal es ya ineludible como directriz para la eficaz administración de recursos públicos, sortear los problemas económicos y maximizar hasta el máximo los recursos disponibles y la consecución de los objetivos político-criminales deseados.

La aplicación irrestricta del principio de oficiosidad en la persecución penal genera una sobrecarga del sistema de justicia con delitos menores que en nada afectan el interés público pero que las autoridades de persecución penal se ven precisados a perseguir, en virtud de una mal entendida inderogabilidad de la persecución penal, que provoca costos constantes de persecución en asuntos que no lo ameritan. En esa tesitura es que se considera necesario conferir al Ministerio Público la facultad para aplicar criterios de oportunidad, que le permitan administrar los recursos disponibles de persecución y aplicarlos a los delitos que más ofenden y lesionan a los bienes jurídicos de superior entidad.

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

La conveniencia de incorporar el principio de oportunidad se fundamenta, para el legislador constitucional, en la necesidad de optimizar recursos y descongestionar el sistema de justicia, lo cual deberá de ser tenido en cuenta por el legislador secundario al establecer los supuestos y condiciones de decisión, aplicación y operación de los criterios, así como por los tribunales constitucionales al momento de interpretar la ley.

### 3. Descripción

La C. no precisa qué son los que llama criterios de oportunidad. No era necesario hacerlo puesto que los contenidos constitucionales no consisten en definir instituciones, aunque a veces así ocurra.<sup>6</sup> No obstante, tanto el texto constitucional como el Dictamen contienen algunas expresiones que, sumadas al conjunto de consideraciones de orden teórico disponibles, permiten describir y comprender el principio de oportunidad.

De inicio, comenzaremos por puntualizar lo que *no* es. El principio de oportunidad *no* es alguna de las resoluciones a que se refiere la nueva fracción VII del art. 20, apartado C. de la C.; es decir, no es la reserva, el no ejercicio, el desistimiento de la acción penal o la suspensión del procedimiento.

---

<sup>6</sup> Como es el caso de la delincuencia organizada, que el nuevo párrafo del art. 16 C. define como “una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”.

La reserva y el no ejercicio de la acción penal son decisiones del Ministerio Público cuando actúa como autoridad investigadora, cuyo contenido está vinculado a la *improcedencia* provisional o definitiva de ejercer acción penal, sea porque la investigación está en curso, no ha terminado, y no puede avanzar (reserva) o porque una vez agotada resulta que no quedó demostrada la existencia del cuerpo del delito o de algún probable autor o partícipe.

Por su parte, el desistimiento de la acción penal y la suspensión del procedimiento son peticiones que formula el Ministerio Público ante un Juez una vez ejercida la acción penal e iniciado el proceso, y que, por decisión judicial, pueden conllevar al sobreseimiento o a la suspensión. En ambos casos, no son decisiones del Ministerio Público, sino del Juez.

El principio de oportunidad tampoco es la cancelación de la orden de aprehensión o la reclasificación del delito, a que se refiere el artículo 200 del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) ni cualquiera otra causa de sobreseimiento que derive de alguna instancia del Ministerio Público, en términos del artículo 298 del CFPP, ni mucho menos las conclusiones de inculpabilidad reglamentadas en el artículo 294 del citado ordenamiento. Todos estos casos, y similares que contengan las legislaciones adjetivas, suponen la existencia de un proceso jurisdiccional, previo ejercicio de la acción penal, lo cual no está acorde al principio de oportunidad pues, como se verá, éste evita el ejercicio de la pretensión punitiva.

Una vez sentado lo que no es, en segundo término conviene analizar las características que derivan del texto constitucional: *el ministerio público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley*, y las que resultan del dictamen legislativo ya transcrito.

**3.1.** El sujeto del principio es el Ministerio Público; es éste y no otra instancia la que podrá considerar los criterios de oportunidad. Habrá que recordar que el término ministerio público se refiere a una institución encomendada a un procurador, cuyas funciones ejerce éste por sí o a través de agentes y auxiliares, en los términos que establezca su legislación y reglamentación. Será, la institución, el procurador y, por mandato de éste, sus agentes y auxiliares, los que podrán considerar los criterios de oportunidad. Es por esta razón que no puede ser nada que toque decidir a otra autoridad, ni siquiera a la judicial.

**3.2.** Considerar los criterios de oportunidad, es una facultad, no un deber, del Ministerio Público, lo que deriva del alcance de la voz podrá que se incorpora en el texto constitucional. Ello es de suyo relevante puesto

que, como ocurre en los sistemas de negociación anglosajones, la oportunidad es algo que se *ofrecerá*; no algo que se *exigirá*.

**3.3.** Considerar significa pensar, reflexionar, meditar, algo con atención; es un mecanismo mental para la toma de una decisión. Lo que va a considerar el Ministerio Público es la *conveniencia* para ejercer la acción penal en un o un conjunto de casos dados. La palabra *oportunidad* significa convergencia de tiempo y lugar; luego, es una reflexión sobre si se va o no a ejercer acción penal, lo cual implica un ejercicio de selección de los asuntos penales que deban merecer la atención de los tribunales y de los que no.

**3.4.** La decisión del Ministerio Público será si aplicará o no algún criterio de oportunidad; si ejercerá o no acción penal, lo cual se deduce del texto constitucional cuando éste circunscribe el momento de la consideración para el ejercicio de la acción penal. Ello significa que el Ministerio Público podrá decidir no ejercer acción penal aun y cuando esté acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, si así resultara conveniente, pertinente.

Él podrá “regir la persecución y orientar la impunidad”.<sup>7</sup> Si no fuera así, se estaría en presencia de un mero asunto de reserva o resolución de no ejercicio, pero como ya quedó en evidencia no se trata de ello, sino de excepcionar el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal.

**3.5.** La decisión aplicativa del Ministerio Público se fundará en criterios, en normas o bases específicas de selección de asuntos y de conveniencia o inconveniencia de ejercer acción penal cuando esté acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Aquí resulta relevante determinar quién establecerá esos criterios: el Ejecutivo, el Legislativo, el Judicial u otro órgano, entidad o persona, y bajo qué *parámetros*.

Si fuere el Ejecutivo, se tendría que admitir que, por virtud del principio de oportunidad, posee una facultad extraordinaria de subsumirse en procurador y mandatarle cuándo y cómo ejercer acción penal, lo que de inicio colisiona con el ideal de dotar al Ministerio Público de autonomía. Esto es así no obstante se diga —como se ha dicho—, que tal así ocurre de *facto* y que por tanto así debe ser de *iure*, pues bajo tal argumento sería congruente legalizar —o más, constitucionalizar—, hechos como traficar influencias, abusar del poder y otros, sólo porque ocurren.

---

<sup>7</sup> García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 38.

Si entonces debiera ser el Legislativo, la consecuencia necesaria sería que los criterios de oportunidad se erigirían en disposiciones generales, abstractas e impersonales, lo que contrariaría la idea de selectividad, casuismo y unicidad que deriva de la voz *oportunidad*.

Más aún, si se leyera del texto constitucional que la ley establecerá los criterios de oportunidad, habría que contemplar la posibilidad de que, por ejemplo, la norma disponga sancionar penalmente a quien defraude, pero no a quien lo haga por determinado monto o en contra de determinadas personas. En tales casos, lo congruente sería modificar la legislación prescindiendo de la instrumentación de un procedimiento legislativo que no llevaría a la emisión de normas generales, abstractas e impersonales, sino a razones de excepcionalidad en la aplicación de la ley.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Desde antes de la reforma constitucional, el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua incorpora los criterios de oportunidad como causa de extinción de la acción penal (art. 82 f. II), los establece, y deja su aplicación al Ministerio Público de conformidad con las pautas que disponga la Procuraduría General del Estado. Los regula en la siguiente forma: **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. **Artículo 84. Plazo.** Los criterios de oportunidad podrán ejercerse hasta antes de dictado el auto de apertura de juicio oral. **Artículo 85. Decisiones y control.** La decisión del agente del Ministerio Público que aplique un criterio de oportunidad deberá estar fundada y motivada, y será comunicada al Procurador General de Justicia, o a quien éste designe, a fin de que se revise que la misma se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas dictadas al respecto. En caso de ser autorizada la decisión de ejercer un criterio de oportunidad, la misma será impugnada por la víctima u ofendido, o por el denunciante, en su caso, ante el Juez de Garantía, dentro de los tres días posteriores a la notificación. Presentada la impugnación, el Juez convocará a los intervinientes a una audien-

Si el principio de oportunidad implica no ejercer acción penal, necesario es reiterar que en ello nada tiene que ver el Poder Judicial. Luego, tampoco es a tal a quien competiría establecer los criterios.

Si se trata de regular una función pública —la de procurar justicia—, en la determinación de los criterios de oportunidad nada tendrían que hacer las personas o instituciones de derecho privado ni las de derecho público puesto que éstas, o se encuadran en los distintos poderes de la Unión, o son autónomas, o se organizan y funcionan como empresas. Así, no podrían establecer pautas vinculantes al Ministerio Público.

Queda entonces atender si será el propio Ministerio Público quien establecerá los criterios de oportunidad. Si así fuera, los procuradores estarían dotados de una facultad parecida a la renuncia mediante la que podrían decidir discrecionalmente cuándo ejercer acción penal y cuándo no, lo que podría restarle la necesaria representación social que lo caracteriza.<sup>9</sup>

La difícil dilucidación sobre a quién compete establecer los criterios de oportunidad, incluso afirmándose que en todo caso será resultado de la conformación y aplicación de una correcta *política criminal*, demuestra por qué se le califica como *espinosa cuestión*,<sup>10</sup> máxime si, como es propio, cada entidad federativa deberá decidir al respecto.

**3.6. Los *supuestos y condiciones* a que deberá referirse la ley según el texto constitucional no pueden llegar al extremo de establecer cuáles**

---

cia para resolver. **Artículo 86. Efectos del criterio de oportunidad.** Si se aplica un criterio de oportunidad, se 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. No obstante, en el caso de las fracciones II y IV del artículo 83, se suspenderá el ejercicio de la acción penal en relación con los hechos o las personas en cuyo favor se aplicó el criterio de oportunidad, hasta quince días naturales después de que quede firme la sentencia respectiva, momento en que el Juez, a solicitud del agente del Ministerio Público, deberá resolver definitivamente sobre el cese de esa persecución. Si la colaboración a que se refiere la fracción II del Artículo 83 consiste en información falsa, o es proporcionada con el propósito de obstaculizar la investigación, el agente del Ministerio Público reanudará el proceso en cualquier momento.

<sup>9</sup> La legislación alemana contempla la posibilidad de que el Fiscal General del Estado acuerde el archivo de las actuaciones, suavice las penas o éstas sean sustituidas, cuando a su juicio exista un interés contrapuesto al de la persecución penal y de mayor peso que éste, a saber: desventaja para el Estado, oposición de otros intereses públicos, arrepentimiento activo esclarecedor, relación de proximidad entre víctima y victimario, escasa relevancia y pequeña criminalidad. En Italia, la oportunidad se traduce en la posibilidad de negociación del delito y de la pena y se lleva a cabo entre el Ministerio Fiscal y el imputado. En Portugal, los criterios de oportunidad son de la competencia del Ministerio Fiscal, lo mismo que en España.

<sup>10</sup> Ortiz Úrculo, Juan Cesáreo. El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites. Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, España. Texto completo de la versión escrita publicado en la página Internet: <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL75.pdf>



son los criterios de oportunidad, sino acaso señalar las bases conforme a las cuales serán emitidos y aplicados por las instancias a quienes compete hacerlo.

**3.7.** Sea a quien le corresponda establecer los criterios de oportunidad, los parámetros que deberá observar, según el Dictamen, son: optimización de recursos públicos, consecución de los objetivos político-criminales, descargar el sistema de justicia y discriminar entre delitos *menores que en nada afectan el interés público e intereses públicos de capital importancia*.

La optimización de recursos públicos envuelve la idea de gastar en donde debe hacerse; no es ahorrar, sino gastar adecuadamente. En este sentido, la idea es que, a través de la aplicación de los criterios de oportunidad no se invierta en la investigación y juzgamiento de determinados casos y ese dinero sea destinado a la persecución de otros delitos. Se trata de instituir una justicia menos costosa y rápida; que los recursos públicos sean gastados en lo que realmente interesa a la comunidad.

En cuanto a la consecución de los objetivos político-criminales, se advierte la intención de crear un sistema de política criminal del que deriven los planteamientos característicos del principio y los criterios de oportunidad, es decir, que mediante la aplicación de tales criterios se logren los propósitos que en general persigue el sistema de justicia penal: procesos rápidos, transparentes, eficaces, eficientes y justos. O, como señala el nuevo art. 20, apartado A, fracción I, de la C., el *esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen*.

La despresurización de la justicia, necesaria en todo sistema acusatorio, implica la idea de que los juzgadores se ocupen sólo de los asuntos que más importan a la sociedad y a ellos destinen su tiempo y atención. Por el contrario, que los casos delictivos que no sean considerados como relevantes no ocupen recursos materiales ni humanos. Resulta casi anecdótico que el planteamiento de salida de un sistema de justicia sea que no haya casos qué juzgar, pero ello parece imponerse en los nuevos esquemas cuya implementación en las mismas condiciones cuantitativas implicarían cuantiosos recursos humanos y materiales que no se tienen. Así, a menos casos, mejor justicia; y para que esto sea posible, parecen no bastar los sistemas de justicia alternativa, los procesos abreviados y el replanteamiento del principio de necesidad (despenalización), sino así mismo la aplicación de criterios de oportunidad.

Finalmente, habrá que distinguir entre delitos menores que en nada afectan el interés público y delitos que afectan intereses de capital importancia. Pareciera que aquí se trata de aplicar los criterios de oportunidad en aquéllos y no en éstos. No obstante, la solución resulta incongruente

pues de estar frente a delitos que *en nada* afectan el interés público y por ello son menores, la solución es la destipificación, no la oportunidad, pues tal especie carecería del sustento elemental de la necesidad o *ultima ratio* que es propia del Derecho penal democrático. Por otro lado, sería preciso definir cuáles son los delitos de *capital importancia* a los que —se entiende, no se aplicarían los criterios de oportunidad, lo cual llevaría de nuevo a plantear otras soluciones legislativas menos discrecionales.

## 4. Conceptualización

Expuestos los elementos descriptivos del principio de oportunidad, éste puede conceptualizarse, siguiendo a Ortiz Úrculo,<sup>11</sup> como:

Una manera especial de ejercitar el *ius puniendi* del Estado, que consiste en hacerlo de carácter facultativo (bien sea de manera discrecional o con las directrices que la ley establezca), a diferencia de su forma general obligatoria que consiste en el deber de actuar la acción penal siempre que existan indicios del delito contra quienes aparezcan como posibles responsables. O dicho de otro modo, el principio de oportunidad es aquél que permite a los órganos del Estado dejar de perseguir o de condenar a los responsables de determinadas conductas tipificadas como delito o falta, o hacerlo al margen del campo penal o con penas más leves o medidas distintas, cuando concurren circunstancias tasadas por la ley o libremente apreciadas (máxima discrecionalidad) por quienes están encargados de aquél derecho del Estado.

Lo anterior conlleva dos formas del principio de oportunidad. Una reglada, especial o limitada por la ley, y otra pura, ampliamente discrecional, que decide el Ministerio Público a través de mecanismos no explicitados que por tanto quedarán sujetos a determinación administrativa. Cualquiera de ellas nos parece incongruente por las razones ya expuestas.<sup>12</sup>

Parafraseando al magistrado costarricense Daniel González Álvarez<sup>13</sup> la oportunidad es un proceso de selección racional y transparente del Ministerio Público sujeto a criterios de política criminal, controles políticos y jurídicos, que soluciona, bajo parámetros de legalidad, las realidades que enfrenta todo sistema de justicia penal.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> *Op. cit.*

<sup>12</sup> *Supra* 3.5 y 3.6.

<sup>13</sup> El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. Resumen de conferencia, visible en la página Internet [www.cienciaspenales.org/REVISTA%2007/gonza107.htm](http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2007/gonza107.htm)

<sup>14</sup> Uno de los controles jurídicos es la querrela privada; es decir, la posibilidad de que, en ciertos casos, la víctima del delito ejerza acción penal si no lo hace el Ministerio Público. Esta institución también se ha incorporado al sistema de justicia penal en el nuevo texto del segundo párrafo del art.

Como quiera que se vea, la oportunidad es una facultad dada al Ministerio Público merced de la cual podrá decidir no ejercer acción penal aun y cuando estén dados los supuestos de la consignación.

## 5. Posicionamientos y conclusiones

Diversas son las ventajas que se conectan al principio de oportunidad. Entre éstas destacan las de ser un vehículo que eficientiza la justicia y desahoga las cargas de trabajo y reserva las capacidades de los tribunales para la atención de los asuntos que verdaderamente revisten relevancia social. Se logra una mejor defensa social, lo cual es posible merced de que la garantía de obligatoriedad de la que deriva el ejercicio de la acción penal es alterable discrecionalmente, sobre todo si la excepción se erige en texto constitucional y soluciona legislativamente lo que ya ocurre en la realidad. Por la oportunidad se reconocen superiores intereses jurídicos que hacen absurdo el proceso penal y la pena.

En contra del principio puede decirse que, sea que funcione reglada o discrecionalmente, su observancia puede llevar a desviaciones lamentables, “poner o quitar, a discreción, en los platillos de la balanza que pende de la mano de la justicia”<sup>15</sup> bajo calificaciones —poca relevancia del caso o relativas personas— que tocaría determinar al legislador bajo la recta aplicación del principio de necesidad —última *ratio*.<sup>16</sup> Además, el contenido de la discrecionalidad poco dista del de arbitrariedad y éste del de corrupción.

Nos adherimos a quienes dudan de las bondades del principio.<sup>17</sup> Toda garantía obliga por sí misma al órgano del Estado, salvo en los casos y

---

21 de la C. Ésto ha provocado la idea de que el Ministerio Público sólo pueda acudir a la oportunidad en los casos en que el particular podrá ejercer acción penal. No obstante, cada legislatura decidirá lo propio.

<sup>15</sup> García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 39.

<sup>16</sup> Aunque en su concepción pura el principio de necesidad implica que no debe ser delito aquello que pueda resolverse con normas de otra naturaleza, también supone la aplicación de medidas de carácter penal incrustadas básicamente en criterios objetivos de punibilidad, como, p. ej., aborto, homicidio culposo de parientes, graves daños, enfermedad grave o senectud del inculcado, etcétera, que en todo caso corresponde apreciar y aplicar al juez.

<sup>17</sup> Moisés Moreno Hernández afirma que “mientras que en el sistema penal de un estado democrático de derecho la vigencia del principio de legalidad es fundamental de la misma manera que lo es el reconocimiento de la dignidad humana y de todo lo que ella lleva aparejado, en un sistema penal de corte autoritario o totalitario la exigencia de ajustarse a la ley, es decir, de observar el principio de legalidad, resulta bastante incómoda, y por eso se prefiere optar por el principio de oportunidad o de utilidad”. (Las transformaciones de la legislación penal sustantiva mexicana. Libro homenaje a Ricardo Franco Guzmán por sus 50 años de vida académica. Edición a cargo del Instituto Nacional de Ciencias Penales y la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 2008 p. 412).

condiciones que la propia C. establece.<sup>18</sup> En mala hora si tales casos y condiciones puedan derivar de la voluntad de la autoridad. Ante casos de poca importancia o trascendencia social debido a sus características o a la calidad de los actores, el problema deviene de la indebida aplicación o regulación del principio de necesidad del Derecho penal y lo propio es corregir desde allí la desviación a través de normas generales, abstractas e impersonales, porque todos los casos similares llevarían a las mismas conclusiones —a menos que atrevidamente se hiciera a un lado, también a voluntad de la autoridad, la garantía de igualdad.

Asumir que conviene la oportunidad porque en México ya opera en los hechos es aporético; bajo tal argumento habría que ignorar, o peor aún, derogar la ley ante toda manifestación fáctica que la contraviniese. Más aun, si el sistema penal mexicano está —como creo que está— debilitado, desprestigiado y anquilosado, debe reforzarse la obligatoriedad, en el ejercicio de la acción penal y no experimentar por el sentido contrario, sin perjuicio de implementar otras medidas.

Sin prejuizar sobre lo que ocurre en otros países, ya lo afirmamos: el principio de oportunidad linda milimétricamente con la impunidad y la corrupción; y creemos que, de que éstas sean desvanecidas depende en gran medida el ansiado ideal del nuevo sistema de justicia. De allí que quizás resulte más oportuno postergar el principio de oportunidad, dejando que transcurra un plazo razonable que permita evaluar el funcionamiento de los demás componentes del proceso penal acusatorio antes de legislar secundariamente al respecto.

---

<sup>18</sup> Art. 1º de la C.