

CRITERIO DE OPORTUNIDAD Y CLÁUSULA GENERAL DE INSIGNIFICANCIA (ASPECTOS QUE DETERMINAN SU NATURALEZA)

Rodolfo Fernando RÍOS GARZA*

SUMARIO: Introducción; I. El criterio de oportunidad; II. La cláusula general de insignificancia; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Introducción

Mediante el Derecho procesal penal se nos revela la imagen real de todo poder público del Estado, por eso la importancia de concientizar a todos los operadores del nuevo sistema, pues mediante el Derecho procesal penal es posible medir —casi con precisión milimétrica— la relación entre la autoridad y los particulares. De hecho, se puede decir que estamos diseñando para las generaciones futuras un nuevo estereotipo de agente del Ministerio Público, pues desde muchos puntos de vista podemos hablar de la reforma como una transformación cultural en México.

Se requiere renovar la cultura de la legalidad, mediante la denuncia y la imputación de hechos verdaderos, así como fortalecer la transparencia institucional. Además, la actividad de los Asesores Jurídicos es fundamental para reivindicar el papel de las víctimas en este nuevo sistema. En el mismo sentido habremos de afrontar el reto de la ejecución de las sanciones penales, por lo que todavía está pendiente en el Congreso de la Unión una Ley Nacional de Ejecución de Sanciones; igual está pendiente la justicia penal para adolescentes, puesto que en el Congreso de la Unión se está trabajando en esta materia, a fin de crear una Ley Nacional de Justicia Penal para Adolescentes. Aunado a lo anterior, se puede calificar de urgente la necesidad de nuevos modelos de enseñanza, en todo el orden jurídico penal mexicano.

Pero el nuevo modelo de justicia penal está inspirado en la idea de que la prisión preventiva es el *último recurso* del Estado, privilegiándose con ello la presunción de inocencia y, ante todo, la reparación del daño.

Ahora bien, entre los mecanismos tendientes a despresurizar el sistema penal, están los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del procedimiento, el procedimiento abreviado, así como el criterio de oportunidad, al cual dedicaremos las siguientes reflexiones.

* Licenciado en *Derecho* por la Universidad del Valle de México; Cuenta con una amplia experiencia en el área de procuración y administración de justicia y se ha destacado en la cátedra y en la impartición de conferencias especializadas. Actualmente ocupa el cargo de Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

Es importante resaltar que la reforma al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableció en su párrafo séptimo 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. Es importante referir que en la exposición de motivos entre otros argumentos se estableció:

la aplicación irrestricta del principio de oficiosidad en la persecución penal genera una sobre carga del sistema de justicia con delitos menores que en nada afectan el interés público pero que las autoridades de persecución penal se ven precisadas a perseguir, en virtud de una mal entendida inderogabilidad de la persecución penal, que provoca costos constantes en persecución en asuntos que no lo ameritan. En esa tesitura es que se considera necesario conferir al ministerio público la facultad de aplicar criterio 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 entidad¹.

I. El criterio de oportunidad

Con base en el *Código Nacional de Procedimientos Penales* (CNPP),

¹ Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

además de promover la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, de las formas anticipadas de terminación del proceso, o las soluciones alternas, el Ministerio Público cuenta con funciones como las que se describen enseguida:

Resuelve sobre el ejercicio de la acción penal, conduce el desarrollo de la investigación de delitos, coordina a la policía y a los servicios periciales. Además, en sus conclusiones de investigación puede solicitar el sobreseimiento, requerir la absolución, o bien, solicitar una sanción atenuada. Por supuesto, el Ministerio Público, a solicitud de la víctima, del imputado o del defensor, lleva a cabo los actos de investigación solicitados por las partes, cuando dichos actos de investigación son de utilidad para el esclarecimiento de los hechos, tomando en cuenta que la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público, quien puede solicitar ciertas medidas cautelares para el imputado y la debida reparación del daño, así mismo puede ordenar la recolección de indicios y medios de prueba, orientar a la policía y a sus auxiliares en la práctica de los actos de investigación para el esclarecimiento de los hechos.

Adicionalmente, el Ministerio Público solicita que se lleve a cabo la práctica de peritajes y otros medios de investigación, además decide respecto de la facultad de no

investigar, el archivo temporal del asunto, el no ejercicio de la acción penal, o en su caso la aplicación de los criterios de oportunidad.

“el Ministerio Público, a solicitud de la víctima, del imputado o del defensor, lleva a cabo los actos de investigación solicitados por las partes, cuando dichos actos de investigación son de utilidad para el esclarecimiento de los hechos, tomando en cuenta que la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público, quien puede solicitar ciertas medidas cautelares para el imputado y la debida reparación del daño, así mismo puede ordenar la recolección de indicios y medios de prueba, orientar a la policía y a sus auxiliares en la práctica de los actos de investigación para el esclarecimiento de los hechos.”

El artículo 256 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* establece lo siguiente:

Artículo 256. Casos en que operan los criterios de oportunidad.

Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público ponderará el ejercicio de la acción penal sobre la base de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido o ésta manifieste su falta de interés jurídico en dicha reparación de lo cual deberá dejarse constancia.

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos:

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

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

III. Cuando el imputado haya sufrido daño físico o psicoemocional grave, o cuando el

imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena;

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

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

VI. Cuando la afectación al bien jurídico tutelado resulte poco significativa;

VII. Cuando la continuidad del proceso o la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines preventivos de la política criminal. No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o

aquellos que afecten gravemente el interés público.

El Ministerio Público aplicará los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código así como en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente.

La aplicación de los criterios de oportunidad podrán ordenarse en cualquier momento y hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio.

La aplicación de los criterios de oportunidad deberá ser autorizada por el Procurador o por el servidor público en quien se delegue esta facultad, en términos de la normatividad aplicable.

De igual manera en el artículo 257 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, señala los efectos de la aplicación del criterio de oportunidad en los términos siguientes:

Artículo 257. Efectos del criterio de oportunidad.

La aplicación de los criterios de oportunidad extinguirá la acción penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso la aplicación de dicho criterio. Si la decisión del Ministerio Público se sustentara en alguno de los supuestos de procedibilidad establecidos en las fracciones I y II del artículo

anterior, sus efectos se extenderán a todos los imputados que reúnan las mismas condiciones.

No obstante, en el caso de la fracción IV del artículo anterior, 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 declaración judicial de extinción penal, momento en que el Juez de control, a solicitud del agente del Ministerio Público, deberá resolver definitivamente sobre el cese de esa persecución.

En el supuesto a que se refiere la fracción IV del artículo anterior, se suspenderá el plazo de la prescripción de la acción penal.

Además de lo dispuesto en el artículo 256 del CNPP, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, emitió el Acuerdo A/003/2015 del C. Procurador General de Justicia del Distrito Federal, mediante el cual se establecen los lineamientos que debe observar el Ministerio Público en la aplicación de los criterios de oportunidad.

La aplicación de los criterios de oportunidad es procedente desde el momento en que el agente del Ministerio Público cuente con datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo realizó o participó en su comisión, y hasta antes de que se

ejerza la acción penal o en su caso, antes de que se dicte el auto de apertura a juicio oral.

El mencionado Acuerdo fue publicado el pasado 13 de enero del presente año en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, y tiene por objeto «establecer los lineamientos que debe observar el Ministerio Público en la aplicación de los criterios de oportunidad». Según este Acuerdo, cuando el Ministerio Público aprecie que existen datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y la posibilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, de modo que se actualice alguna de las hipótesis previstas en el artículo 256 del CNPP, entonces deberá actuar de la manera siguiente:

ACUERDO A/003/2015 del C. Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por el que se establecen los lineamientos que debe observar el ministerio público en la aplicación de los criterios de oportunidad, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 13 de enero de 2015.

(...) **TERCERO.-** Cuando a juicio del Ministerio Público existan datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo realizó o participó en su comisión, y se actualice alguna de las hipótesis referidas en el numeral

anterior, deberá actuar de la manera siguiente:

I. Citar a la víctima u ofendido a través de los medios que establece la ley, a fin de hacerle del conocimiento la posibilidad de aplicar un criterio de oportunidad, para lo cual, podrá estar asistida de su representante legal o asesor jurídico, si así lo juzga conveniente, con el objeto de explicarle los alcances de su aplicación, a efecto de que manifieste su conformidad o no sobre la misma, elaborando los registros correspondientes;

II. Practicar, de ser necesario, las diligencias que permitan corroborar las manifestaciones de la víctima u ofendido, respecto de su inconformidad; y,

III. Emitir, de ser el caso, de manera fundada y motivada, sobre razones objetivas y sin discriminación, la propuesta de aplicación de los criterios de oportunidad, para lo cual deberá considerar lo siguiente:

a) No se trate de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, violencia familiar, delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público.

Se entiende que hay afectación grave al interés público, cuando se trate de la comisión de los delitos señalados en el artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

b) Se haya reparado o garantizado el daño ocasionado a la víctima u ofendido o en su caso, haya manifestado su falta de interés

jurídico en dicha reparación, de lo cual se deberá dejar registro;

c) El grado de afectación al bien jurídico de la víctima u ofendido;

d) La relación existente entre la víctima u ofendido y el imputado, y

e) Si el imputado ha sido beneficiado con una medida similar, en términos del numeral SÉPTIMO del presente Acuerdo.

CUARTO.- El agente del Ministerio Público deberá realizar un acuerdo mediante el cual formule la propuesta de aplicación del criterio de oportunidad, mismo que deberá contener:

I. El lugar y fecha de la propuesta;

II. Nombre y adscripción del Ministerio Público que propone la aplicación del criterio de oportunidad;

III. Nombre del imputado a quien se le aplica el criterio de oportunidad, así como el de la víctima u ofendido;

IV. Una breve descripción de los hechos y su clasificación jurídica;

V. El razonamiento lógico jurídico por el que se justifica su aplicación, y

VI. Lo relativo a la reparación del daño ocasionado a la víctima u ofendido.

La propuesta de referencia deberá ser remitida al Fiscal respectivo, para someterla a su autorización.

QUINTO.- La autorización de la aplicación del criterio de oportunidad, será resuelta por el titular de la Fiscalía de la que dependa el agente del Ministerio Público que proponga su

aplicación, en un término no mayor a quince días naturales, sin perjuicio de que dicha autorización la otorgue el Procurador.

SEXTO.- Una vez autorizada la propuesta de aplicación de criterio de oportunidad, el expediente relativo se devolverá al agente del Ministerio Público que la formuló, quien realizará las actuaciones siguientes:

I. Determinar la extinción de la acción penal a favor del o los imputados, precisando la clasificación jurídica correspondiente.

En el caso del supuesto contenido en la fracción V del punto SEGUNDO del presente Instrumento, los efectos del criterio de oportunidad se suspenderán hasta quince días naturales después de que quede firme la declaración judicial de extinción penal.

II. Determinar el destino legal de los objetos o documentos que se encuentren relacionados con la investigación y que haya sido puestos a su disposición;

III. Inscribir en el Registro de Aplicación de Criterios de Oportunidad, la determinación relativa, y

IV. Notificar a la víctima u ofendido y al imputado la determinación de aplicar el criterio de oportunidad, dentro de los tres días hábiles siguiente a su emisión. Dicha notificación deberá realizarse personalmente a la víctima u ofendido, informándole

su derecho para impugnar dicha determinación.

SÉPTIMO.- Si de la consulta al Registro que para tal efecto cree la Procuraduría, hasta en tanto se establezca el Registro General, se advierte que el imputado ya ha sido beneficiado con un criterio de oportunidad, no podrá concedérsele la aplicación de otro, salvo que haya transcurrido un plazo de cuando menos tres años, contado a partir de que quedó firme la determinación que declaró su procedencia.

OCTAVO.- Cuando el agente del Ministerio Público reciba la solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad y estime que el mismo no es procedente, emitirá de manera fundada y motivada la determinación correspondiente.

En este caso, el solicitante podrá inconformarse ante el titular de la Fiscalía a la que se encuentra adscrito el agente del Ministerio Público, en un plazo de tres días hábiles contados a partir de la notificación respectiva.

Para tal efecto, el Fiscal deberá analizar la determinación del Ministerio Público y resolverá en un plazo de cinco días hábiles, señalando si la confirma o, en su caso, la revoca; en este último supuesto el agente del Ministerio Público se avocará de nuevo al análisis de tal solicitud, tomando en cuenta las directrices emitidas por el Fiscal.

NOVENO.- La aplicación de los criterios de oportunidad es

procedente desde el momento en que el agente del Ministerio Público cuente con datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo realizó o participó en su comisión, y hasta antes de que se ejerza la acción penal o en su caso, antes de que se dicte el auto de apertura a juicio oral.

Para tal efecto, el agente del Ministerio Público que esté interviniendo en el procedimiento penal, será el que proponga o aplique el criterio de oportunidad, de acuerdo con la etapa procesal en que se encuentre.

En caso de que la víctima u ofendido y su asesor jurídico impugnen la determinación de la aplicación del criterio de oportunidad, el Fiscal o el Ministerio Público que reciba la notificación, de inmediato lo hará del conocimiento de la Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador, proporcionándole la carpeta de investigación y los datos necesarios para que esta área designe al agente del Ministerio Público que comparecerá ante el Juez de Control, a exponer los motivos y fundamentos que se consideraron para la aplicación de esta forma de terminación de la investigación, solicitando su confirmación.

DÉCIMO.- La Dirección General de Tecnología y Sistemas Informáticos, diseñará el Registro de Aplicación de Criterios de

Oportunidad y la Dirección General de Política y Estadística Criminal, se encargará de la sistematización, estadística y administración relativa a los criterios de oportunidad aplicados por el Ministerio Público.

Igualmente, implementará una alerta como herramienta digital operativa en el sistema, con la finalidad de que se detecte de manera inmediata si al imputado le fue aplicado anteriormente un criterio de oportunidad.

Asimismo, otorgará las claves de acceso para llevar a cabo la captura y consulta de los datos en el Registro de Aplicación de Criterios de Oportunidad, la cual deberá hacer el Ministerio Público de manera inmediata, a fin de cumplir con lo establecido en los numerales TERCERO, SEXTO y SÉPTIMO del presente Acuerdo, emitiendo la constancia electrónica correspondiente.

La información contenida en el Registro será considerada como reservada y los servidores públicos relacionados con ésta, serán responsables de su manejo y confidencialidad, en cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley Transparencia y Acceso a la Información Pública del Distrito Federal, así como en la Ley de Protección de Datos Personales del Distrito Federal.

DÉCIMO PRIMERO.- El Registro de Aplicación de Criterios de Oportunidad deberá contener los datos siguientes:

I. Datos generales del imputado, la víctima u ofendido, tales como:

- a) Nombre, apellido, en su caso, el alias o sobrenombre;
- b) Lugar y fecha de nacimiento;
- c) Nacionalidad;
- d) Sexo;
- e) Estado Civil;
- f) Domicilio;
- g) Ocupación;
- h) Clave Única del Registro de Población;
- j) Edad al momento de los hechos, y
- k) Edad al momento de la aplicación.

I. El supuesto legal que originó la aplicación del criterio de oportunidad;

II. Lugar y fecha en que se aplicó el criterio de oportunidad;

III. Agente del Ministerio Público que aplicó el criterio y su adscripción;

IV. Superior Jerárquico que autorizó la aplicación y su adscripción;

V. La clasificación jurídica correspondiente;

VI. Número de Averiguación Previa o Carpeta de Investigación correspondiente;

VIII. Pago o garantía de la reparación del daño, o en su caso manifestación de no tener interés jurídico en ella;

IX. Fecha en que quedó firme la aplicación del criterio de oportunidad; y,

X. Fecha en que se declaró la extinción de la pretensión punitiva.

DÉCIMO SEGUNDO.- Los servidores públicos de la

Procuraduría estarán sujetos al procedimiento de responsabilidad administrativa por el incumplimiento de los presentes Lineamientos, sin perjuicio de las demás responsabilidades que en su caso resulten procedentes.

DÉCIMO TERCERO.- Los titulares de las Subprocuradurías, Fiscalías y Visitaduría Ministerial, proveerán en la esfera de su competencia, la vigilancia del cumplimiento del presente Acuerdo.

Como se sabe, el *Código Nacional de Procedimientos Penales* hoy se refiere al criterio de oportunidad en su artículo 256. No obstante, en diciembre de 2014, el Pleno del Senado de la República, por unanimidad de votos, aprobó un proyecto de iniciativa de reforma, que en el caso de ser aprobado también por la Cámara de Diputados, permitirá derogar la fracción VI del citado artículo 256 del CNPP, donde se dispone lo siguiente:

Artículo 256. (...) La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos:

(...)

VI. Cuando la afectación al bien jurídico tutelado resulte poco significativa (...).

Como se aprecia, el proyecto de reforma al artículo 256 propone derogar la fracción VI, de donde se podría derivar algo que en la doctrina recibe el nombre de "cláusula general

de insignificancia". Debido a la situación imperante, enseguida analizaremos la naturaleza jurídica, tanto del criterio de oportunidad, como en particular de la cláusula general de insignificancia.

Ahora bien, el principio de legalidad procesal implica que el Ministerio Público debe realizar la persecución penal de manera obligatoria. Pero con base en el criterio de oportunidad el Ministerio Público puede no iniciar o suspender la persecución penal². He aquí un primer punto donde aparentemente se contraponen el principio de legalidad procesal y el criterio de oportunidad.

En Estados Unidos, a través de la constante aplicación del criterio de oportunidad, los fiscales ejercen sus facultades persecutorias con una discrecionalidad casi ilimitada, inclusive en ese país no se admite que la víctima impugne judicialmente la decisión del fiscal de no iniciar la persecución penal³.

Un sector de la doctrina estima que el criterio de oportunidad propicia "soluciones desiguales" "difícilmente controlables"⁴. Pero

² BOVINO, Alberto, *Principios Políticos del Procedimiento Penal*, Ed. Estudios del Puerto, Buenos Aires 2005, p. 25.

³ *Ibidem*, p. 27.

⁴ HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1995, p. 38.

también se advierte que sin un criterio de oportunidad el Derecho penal permanecería "cerrado y estéril", o "inaccesible a la vida"⁵. Al respecto Winfried HASSEMER propuso un punto medio: «tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como sea necesaria»⁶.

En Alemania, desde la creación de la Fiscalía berlinesa (primero de octubre de 1846) el fiscal tenía un cierto monopolio pero no la obligación de acusar, hasta que la Ley de Enjuiciamiento de 1877 acogió el principio de legalidad⁷. Luego la Ordenanza Procesal alemana del 4 de enero de 1924 conocería por vez primera el criterio de oportunidad en Alemania. De esta manera, el artículo 153 del citado ordenamiento no admitía la persecución de los delitos si la culpabilidad del autor era leve y no existía un interés público en la persecución, previo consentimiento del Tribunal⁸. Posteriormente, en

⁵ FLORIAN, citado POR JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, en *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Ed. Losada, tercera edición, Buenos Aires 1963, p. 86.

⁶ HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad...*, *Op. cit.*, p. 38.

⁷ GIACOMOLLI, Nereu José, *Legalidad, Oportunidad y Consenso en el Proceso Penal*, Ed. Ara Editores, Perú 2012, p. 48.

⁸ TIEDEMANN, Klaus, «El proceso penal», en *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, (trad.) Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez

1975 la Ley de Enjuiciamiento Criminal alemana llevó a cabo una interesante “expansión” de las hipótesis de sobreseimiento conforme al principio de oportunidad⁹.

Con la globalización —como afirma Silva SÁNCHEZ— el principio de legalidad procesal «irá decayendo en su importancia merced al incremento de la relevancia del principio de oportunidad»¹⁰. El criterio de oportunidad encuentra un cierto respaldo en las Reglas Mínimas de las NACIONES UNIDAS sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)¹¹.

Los legisladores de todo el mundo, con el afán de despresurizar el sistema de justicia penal, seguirán recurriendo a determinadas fórmulas para despenalizar las conductas y abatir la criminalización de las mismas. Porque es a través del criterio de oportunidad como se

pueden perseguir fines hacia la descriminalización y hacia la mayor eficacia del sistema de justicia penal.

En Argentina Julio MAYER afirma que el criterio de oportunidad persigue fines tanto para la descriminalización como para alcanzar una mayor eficacia del sistema de justicia penal. El autor en cita refiere que para cada uno de estos fines del criterio de oportunidad debemos estar atentos a determinados aspectos.

Para la descriminalización:

- a) Atender al concepto de *adecuación social*;
- b) Identificar los casos de escasa gravedad o de bagatela, y
- c) Ubicar los casos de *retribución natural*, donde el autor supera con creces la posible pena que se le pueda aplicar¹².

Para una mayor eficacia:

- a) Contar con la posibilidad de prescindir de la persecución penal del autor de un hecho punible para procurar éxito en la persecución de otro autor;
- b) Contar con la posibilidad de prescindir de la persecución penal en casos de desistimiento de la tentativa o arrepentimiento activo, y

Colomer, Ed. Ariel, Barcelona 1989, p. 152.

⁹ HIRSCH, Hans Joachim, «El Derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de la criminalidad», (trad.) M. Carmen Alastuey Dobón, en *Derecho Penal Obras Completas*, tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1999, p. 76, nota 40.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, citado por BORJA JIMÉNEZ, Emiliano en *Acerca de lo Universal y lo Particular del Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, México 2012, p. 82, nota 82.

¹¹ BOVINO, ALBERTO, *Principios Políticos...*, Op. cit., pp. 29 y 30.

¹² MAIER, Julio, citado por BOVINO, Alberto en *Principios Políticos...*, Op. cit., p. 29.

c) Contar con la posibilidad de suspender la persecución de algunos hechos, para dedicar todo el esfuerzo a perseguir con éxito el hecho punible más grave, o el mejor probado¹³.

Preguntémonos ahora cuál sería la naturaleza jurídica de un criterio de oportunidad que persiga los fines anteriores.

En Alemania, tanto PETERS como BAUMANN, sostienen que estamos frente «a un criterio jurídico-material»¹⁴. Inclusive Jürgen BAUMANN propone para Alemania que el criterio de oportunidad pase de la Ordenanza Procesal al Código Penal. Él se expresa en los términos siguientes: «Si se lograra eliminar del Código Penal todo lo injusto de bagatela, sería posible renunciar, en gran parte, a la “función de freno de seguridad” de los numerales 153 y ss., de la Ordenanza Procesal Penal»¹⁵.

Y en otro lugar vuelve a sugerir: «mejor sería ampliar más firmemente,

ya en el Derecho penal material, los umbrales del tipo (como intenta hacer, por ejemplo, el Proyecto alternativo). Ya en el ámbito del Código Penal, debería eliminarse lo injusto de bagatela»¹⁶.

Efectivamente los fines de descriminalización y de una mayor eficacia del sistema penal, podemos alcanzarlos mediante disposiciones de naturaleza sustantiva como a través de normas procesales.

“Los legisladores de todo el mundo, con el afán de despresurizar el sistema de justicia penal, seguirán recurriendo a determinadas fórmulas para despenalizar las conductas y abatir la criminalización de las mismas. Porque es a través del criterio de oportunidad como se pueden perseguir fines hacia la descriminalización y hacia la mayor eficacia del sistema de justicia penal.”

¹³ *Ídem*. Igualmente consúltese a VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén en *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas en el Nuevo Proceso Penal Mexicano*, Ed. Flores Editor, México 2012, pp. 31 y 32.

¹⁴ BAUMANN, Jürgen, *Derecho Procesal Penal, Conceptos Fundamentales y Principios Procesales*, (trad.) Conrado A. Finzi, Ed. Depalma, Buenos Aires 1986, pp. 7 y 8.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 8 y 9.

¹⁶ *Ibidem*, p. 65.

Admitido lo anterior se comprende por qué el criterio de oportunidad tiene repercusiones tanto sustantivas como adjetivas. Así, distintos aspectos que pretende cubrir el criterio de oportunidad son susceptibles de resolverse tanto en el ámbito procesal como a través del Derecho sustantivo. Nadie negará, por ejemplo, que las figuras jurídicas de “adecuación social” y desistimiento de la tentativa, así como diversas excusas absolutorias (donde podemos encontrar una cierta pena natural para el autor), son figuras frecuentemente vinculadas al Derecho material.

II. La cláusula general de insignificancia

Si ponderamos la gravedad de la conducta, el bien jurídico tutelado y las consecuencias jurídicas a imponer, podríamos determinar si estamos o no ante un hecho de bagatela¹⁷.

Un delito de bagatela supone un hecho que, siendo formalmente típico, denota un grado de injusto penal mínimo, debido al poco desvalor de acción, poco desvalor de resultado y mínima culpabilidad, por lo que se considera como no

¹⁷ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, «Crónica de una frustración: principio de insignificancia y narcotráfico», en *Estudios de Derecho Penal*, Libro-Homenaje a Juan Bustos Ramírez, Ed. Ubijus, México 2011, p. 351.

merecedor de pena¹⁸, quizá por eso la doctrina alemana ha insistido en convertir los delitos de bagatela en meras infracciones administrativas¹⁹.

Obviamente, el principio de *intervención mínima* del Derecho penal, obliga al Estado precisamente a no intervenir mediante la aplicación de una pena, en supuestos donde la lesión al bien jurídico es mínima²⁰.

No ha sido fácil encontrar una solución técnicamente correcta para los delitos de bagatela. Al respecto, entre los esfuerzos realizados en Alemania encontramos los siguientes:

En el campo de los delitos patrimoniales leves, se ha tratado de resolver esta problemática a través de ciertas estrategias procesales. Una primera estrategia consistió en que debía presentarse la denuncia o querrela para la persecución penal de estos delitos. A esta estrategia se le criticó lo siguiente: debido al carácter público del Derecho Penal, la denuncia o querrela podría poner de relieve que, en estos delitos, en

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión», en *Dogmática y Criminología*, Libro en Homenaje a Alfonso Reyes Echandía, Ed. Legis, Colombia 2005, p. 567, nota 1.

¹⁹ *Ibidem*, p. 570.

²⁰ BERDICHEVSKY, Adrián Fernando, *Falso testimonio e insignificancia: un acierto en casación*, en *Nueva Doctrina Penal*, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires 1996, p. 529.

realidad no existe un interés social en el castigo²¹.

Otra estrategia consistió en llegar al sobreseimiento por la insignificancia del caso, para lo cual la legislación alemana dispuso:

...si el procedimiento tuviere por objeto un delito menos grave, la Fiscalía, con el asentimiento del Tribunal competente para la apertura del juicio oral, podrá prescindir del procedimiento, cuando la culpabilidad del autor debería contemplarse como insignificante y no existiera interés público en la persecución. No hará falta el asentimiento del Tribunal cuando se trate de un delito menos grave que no esté conminado con una pena elevada en su frontera mínima y en el que las consecuencias causadas sean insignificantes²².

Una tercera solución se propuso desde el Derecho sustantivo, es decir, desde la Parte General del Código Penal, donde se propuso crear una "cláusula general de insignificancia", con base en la cual se pudiera determinar la atipicidad de la conducta "en casos de injusto o culpabilidad insignificante"²³.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión», en *Dogmática y Criminología*, Libro en Homenaje a Alfonso Reyes Echandía, *Op. cit.*, p. 572.

²² *Ibidem*, p. 573.

²³ *Ibidem*, pp. 575 y 576.

Claus ROXIN ha puesto suficientemente de relieve cómo una conducta no puede ser típica cuando la lesión al bien jurídico sea insignificante. Él lo expresa de la siguiente manera: «la tipicidad no puede ser entendida como un mero juicio de adecuación "formal" sino que más bien debe exigirse que el tipo penal "atrape conceptualmente solo el ámbito de punibilidad que sea indispensable para la protección del bien jurídico"»²⁴.

Entonces la cláusula general de insignificancia aplicaría donde una acción "formalmente típica" perjudique en grado insignificante al bien jurídico²⁵.

Ahora, si bien los delitos de bagatela guardan proximidad con lo socialmente adecuado²⁶, no por ello debemos equiparar la adecuación social con la cláusula general de

²⁴ ROXIN, Claus, citado por BERDICHEVSKY, Adrián Fernando en «Falso testimonio e insignificancia: un acierto en casación», en *Nueva Doctrina Penal*, *Op. cit.*, p. 528, nota 12.

²⁵ BERDICHEVSKY, Adrián Fernando, «Falso testimonio e insignificancia: un acierto en casación», en *Nueva Doctrina Penal*, *Op. cit.*, p. 525.

²⁶ JAKOBS, Günther, citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María en «Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión», en *Dogmática y Criminología*, Libro en Homenaje a Alfonso Reyes Echandía, *Op. cit.*, p. 578.

insignificancia. En estos términos lo explica BOLDOVA PASAMAR:

...insignificancia y adecuación social no se pueden equiparar sin más, dado el carácter intrasistemático de la primera y extrasistemático de la segunda, es decir, el criterio de la insignificancia se mide con arreglo a parámetros cuantitativos de afectación al bien jurídico, en cuanto la adecuación social se determina al margen de este criterio interno de la propia ley penal, y se conforma en función de criterios extrapenales de utilidad social del desempeño de una función positivamente valorada por la sociedad que requiere involucrar de forma consustancial y necesaria un bien jurídico para su consecución²⁷.

Igual refiere Adrián BERDICHEVSKY:

...no debe identificarse automáticamente a la 'adecuación social' con la insignificancia; ya que si bien es cierto que lo adecuado socialmente se relaciona con aquellas conductas que no provocan un daño social relevante, no todo accionar dañoso insignificante es considerado como una conducta adecuada; de lo que se desprende que debemos

²⁷ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, «¿Queda algo del Derecho de corrección de los padres a los hijos en el ámbito penal?», en Libro-Homenaje a Juan Bustos Ramírez, *Op. cit.*, p. 292.

tomarlas como conceptos muy relacionados entre sí, pero con ámbitos de aplicación distintos²⁸.

Adicionalmente se ha querido construir un principio de insignificancia, no a través de una disposición procesal, o mediante otra de carácter sustantivo, sino con base en la interpretación teleológica de los tipos penales.

En este contexto Maximiliano RUSCONI explica cómo la interpretación teleológica —igual que un “filtro fino”— puede apartar de la tipicidad las conductas penalmente irrelevantes ²⁹, puesto que el condicionamiento cultural —según él— es el que permite al intérprete advertir el mínimo de dañosidad exigido por el tipo penal³⁰.

La “cláusula general de insignificancia”, que puede o no adscribirse al fin de descriminalización del criterio de oportunidad, es una figura que ha sido abordada desde el terreno del proceso a través de la querrela y del sobreseimiento.

²⁸ BERDICHEVSKY, Adrián Fernando, «Falso testimonio e insignificancia: un acierto en casación», en *Nueva Doctrina Penal, Op. cit.*, p. 526.

²⁹ RUSCONI, Maximiliano, citado por BERDICHEVSKY, Adrián Fernando en «Falso testimonio e insignificancia: un acierto en casación», en *Nueva Doctrina Penal*, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires 1996, p. 525, nota 4.

³⁰ *Ibidem*, p. 525, nota 5.

Pero también, desde el área sustantiva, la cláusula general de insignificancia ha sido abordada a partir de las reglas de atipicidad, por ejemplo a través de la adecuación social, el principio de intervención mínima, e incluso mediante un criterio de interpretación restrictiva de los tipos penales.

No son estas las únicas maneras de abordar el tema que nos ocupa, sin embargo queda claro que la cláusula general de insignificancia puede llegar a desempeñar tanto funciones sustantivas como procesales.

Conclusiones

Hay quienes pretenden distinguir entre Derecho sustantivo y Derecho adjetivo sobre la base del siguiente razonamiento: las normas adjetivas son las que están contenidas en algún Código procesal, mientras que las normas sustantivas, por el contrario, son las que están contenidas en algún Código penal.

El argumento anterior, desde luego, no resiste el menor examen. Mejor sería atenernos al siguiente criterio: «la naturaleza material o adjetiva de un precepto no depende exclusivamente del carácter sustantivo o procesal de la ley o cuerpo legal, sino de su contenido y función»³¹.

En realidad, con frecuencia las leyes materiales contienen disposiciones de carácter adjetivo, mientras las normas adjetivas también suelen aludir a preceptos sustantivos. Incluso podemos asumir que la diferencia entre una norma sustantiva y una norma procesal «es una distinción metodológica-nominal y no real-instrumental»³².

En realidad, como se ha podido corroborar en los campos del criterio de oportunidad y la cláusula general de insignificancia, la naturaleza jurídica de una norma no la determina el ordenamiento que la contiene, sino acaso la función que desempeña.

Demasiado arbitrario resultaría afirmar que todas las disposiciones establecidas en un Código Penal tienen naturaleza sustantiva. Ejemplo, en la parte conducente del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, se dispone: «Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso».

Una disposición como la anterior está contenida en todos los Códigos Penales de la República, pero hasta el momento nadie pretende que dicha disposición tenga una naturaleza exclusivamente sustantiva, y que por ello solo sea

³¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA ANTONIO, *Derecho Penal Parte General*, Fundamentos, Ed. Impeccp, Perú 2009, p. 79.

³² SALAS MINOR, Enrique, «¿Es posible ser dogmático penal?», en *Nueva Doctrina Penal*, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires 2000, p. 125.

competencia de los Congresos Locales. Antes al contrario, para que sea operacionalmente viable el Derecho sustantivo y el Derecho adjetivo, es necesaria una coordinación precisa entre los cuerpos normativos donde se contienen, algo que conlleva a frecuentes remisiones entre tales cuerpos normativos.

“como se ha podido corroborar en los campos del criterio de oportunidad y la cláusula general de insignificancia, la naturaleza jurídica de una norma no la determina el ordenamiento que la contiene, sino acaso la función que desempeña.

Demasiado arbitrario resultaría afirmar que todas las disposiciones establecidas en un Código Penal tienen naturaleza sustantiva.

Ejemplo, en la parte conducente del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, se dispone: «Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso».”

Fuentes consultadas

Bibliografía

- BAUMANN, Jürgen, *Derecho Procesal Penal, Conceptos Fundamentales y Principios Procesales*, (trad.) Conrado A. Finzi, Ed. Depalma, Buenos Aires 1986.
- BERDICHEVSKY, Adrián Fernando, *Falso testimonio e insignificancia: un acierto en casación, en Nueva Doctrina Penal*, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires 1996.
- BOVINO, Alberto, *Principios Políticos del Procedimiento Penal*, Ed. Estudios del Puerto, Buenos Aires 2005.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano en *Acerca de lo Universal y lo Particular del Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, México 2012.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA ANTONIO, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos*, Ed. Impeccp, Perú 2009.
- GIACOMOLLI, Nereu José, *Legalidad, Oportunidad y Consenso en el Proceso Penal*, Ed. Ara Editores, Perú 2012.
- HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1995.
- HIRSCH, Hans Joachim, «El Derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de la criminalidad», (trad.) M. Carmen Alastuey Dobón, en *Derecho Penal Obras Completas*,

- tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1999.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, en *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Ed. Losada, tercera edición, Buenos Aires 1963.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, «Crónica de una frustración: principio de insignificancia y narcotráfico», en *Estudios de Derecho Penal*, Libro-Homenaje a Juan Bustos Ramírez, Ed. Ubijus, México 2011.
- RUSCONI, Maximiliano, citado por BERDICHEVSKY, Adrián Fernando en «Falso testimonio e insignificancia: un acierto en casación», en *Nueva Doctrina Penal*, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires 1996.
- SALAS MINOR, Enrique, «¿Es posible ser dogmático penal?», en *Nueva Doctrina Penal*, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión», en *Dogmática y Criminología*, Libro en Homenaje a Alfonso Reyes Echandía, Ed. Legis, Colombia 2005.
- TIEDEMANN, Klaus, «El proceso penal», en *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, (trad.) Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer, Ed. Ariel, Barcelona 1989.
- VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén en *Principio de Oportunidad y Salidas*

Alternativas en el Nuevo Proceso Penal Mexicano, Ed. Flores Editor, México 2012.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

ACUERDO A/003/2015 del C. Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por el que se establecen los lineamientos que debe observar el ministerio público en la aplicación de los criterios de oportunidad, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 13 de enero de 2015.