

## Entre la desesperación y la oportunidad: dos comentarios al proceso de reforma constitucional en materia penal\*

Alejandro González Gómez  
Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán  
Profesor e investigador, UMSNH, con licencia

### I. Una propuesta desesperada<sup>1</sup>

1. El ejecutivo federal presentó, al final de una serie de acciones llevadas a cabo durante los primeros cien días de la nueva administración, un conjunto de iniciativas que, en su conjunto, proponen una enésima reforma «a fondo» de nuestro sistema de justicia penal.

El paquete de iniciativas, como se sabe y que este importante foro ponen a debate y análisis, comprende modificaciones a preceptos constitucionales (arts. 16, 17, 18, 20, 73, fracción XXI), al código penal (arts. 25 y 336/ arts. 343 bis, tercer párrafo y 343 ter) y a la ley orgánica de la Procuraduría General de la República (art. 1º).

La interrogante planteada para aglutinar las mesas del día hoy es, sin duda, sugerente: ¿responde la reforma constitucional a los principios de derecho de un estado (constitucional) de derecho?

Teniendo, digamos como telón de fondo tal pregunta, la lectura inicial del conjunto de reformas, despertó en mí, a su vez, una primera interrogante que –a bote

---

\* Publicado en *La reforma judicial ¿retroceso constitucional?*, De la Torre Torres y Pérez Pintor (coords.), Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Michoacana, Morelia, 2008, pp. 101-118.

<sup>1</sup> El texto se corresponde, con algunas modificaciones, con la ponencia presentada en el foro «La reforma penal en México, análisis, críticas y perspectivas (México, abril 2007)», organizado por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, a través de su Instituto de Formación Profesional. La versión estenográfica está publicada en *Sistema Penal*, edición especial (agosto 2007), *Ubijus*-Instituto de Formación Profesional, pp. 83-90. Agradezco a los editores su disponibilidad para reproducir en esta colaboración su contenido esencial.

pronto– consideré que podría servir como título de esta ponencia: «Estado de derecho ¿con un sistema penal de dos velocidades?».

Tal propuesta, un derecho penal de dos velocidades, ya estaba bien presente y delineada en la anterior iniciativa presidencial de 2004, también presentada como integral e impostergable y denominada «reforma al sistema de seguridad pública y justicia penal».

La iniciativa del entonces presidente Fox, anunciaba, sin tapujos y eso sí, después de una bien hilvanada argumentación sobre la base de los principios rectores característicos de un sistema penal en un estado constitucional (democrático y social) de derecho: principio de legalidad, derecho penal garantista, ultima ratio, juicio acusatorio, presunción de inocencia, sistema de justicia penal para adolescentes, vigilancia judicial de la ejecución de sentencias etc.), la idea que ahora, veladamente y ajena a toda reflexión sobre estos principios y directrices, constituye el hilo conductor o punto de engarce de la reforma en su conjunto: mínimas garantías, máxima intervención, pero para todos los ciudadanos.

En la propuesta foxista, ese derecho penal de dos velocidades –la expresión es, como se sabe, de Silva Sánchez– tenía cuando, menos una ventaja: reconocía y proponía un sistema de justicia garantista, democrático y predominantemente acusatorio para los ciudadanos de primera (comunes); y otro, menos garantista, menos democrático y parcialmente acusatorio, para combatir al nuevo enemigo común: la delincuencia organizada (ciudadanos –también harto comunes- pero de segunda)<sup>2</sup>.

En la iniciativa constitucional del actual ejecutivo federal, dicha propuesta y visión parece que subsiste, cuando distingue e insiste en un trato diferenciado entre la

---

<sup>2</sup> Véase, sobre esta iniciativa: GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro: «Reforma constitucional al sistema de seguridad pública y justicia penal: ¿implicaciones en el ámbito constitucional electoral? (presunción de inocencia y prerrogativas del ciudadano), en *Estudios penales y jurídicos*, Ubijus, México, 2007, pp. 179-185. También disponible en <http://www.scjn.gob.mx/ConsultaNacional/index.asp>

delincuencia ordinaria y la llamada organizada; pero en realidad propone una flexibilización generalizada de las garantías y los derechos fundamentales de todas y todos los ciudadanos, sean o no delincuentes, situándonos en la ante sala de un derecho penal “constitucionalizado” del enemigo: ampliación u otorgamiento de facultades prácticamente ilimitadas de investigación a las policías, intervención sin control judicial *ex ante* de las comunicaciones privadas, extensibles *de facto* – como incisivamente ha destacado el procurador Félix Cárdenas<sup>3</sup>– a toda la población, insostenible ampliación de la pena de prisión, en ambos límites, inferior y superior.

En suma, transmutación de un sistema penal que aspiraba a ser propio de un estado constitucional y democrático de derecho, a un sistema autoritario-represivo, pero con irrestricto apego a la (mera) legalidad, que no es lo mismo que sujeción al principio de legalidad penal, característico –entre otros– de un tal Estado de Derecho.

## 2. Principios ausentes o perdidos

Si bien algunos componentes de los principios o directrices característicos de un sistema penal de un estado (constitucional) de derecho aparecen enunciados en la exposición de motivos de la iniciativa, lo hacen –amén de desarticulados y descontextualizados– en plan meramente simbólico, puesto que no existe ninguna correspondencia entre lo que, a través de su invocación se pretende justificar, con el contenido concreto de las reformas propuestas<sup>4</sup>.

Dicen que, para muestra, basta un botón. La iniciativa reconoce, como no podría ser de otra forma, que en un estado democrático de derecho, la prisión preventiva debe ser la excepción y no la regla, tal como lo prevé el artículo 9.3 del Pacto

---

<sup>3</sup> Félix Cárdenas, Rodolfo: «La intervención de las comunicaciones privadas en la reforma constitucional», *Sistema Penal*, edición especial (agosto 2007), *Ubijus*-Instituto de Formación Profesional, pp. 25-32.

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, el primer párrafo concluye con un tímido esbozo de «absoluto respeto a la legalidad»; el párrafo 17, también a modo de colofón, a los equilibrios propios de un «estado democrático de derecho».

Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; y que, en consecuencia y para evitar que el legislador secundario incurra nuevamente en los excesos que, a partir de la distinción de delitos graves –introducida en 1993- ha venido sucediendo en algunos códigos procesales, propone la adición de un cuarto párrafo al artículo 16 constitucional.

El plato, por así decirlo, está servido: de una tal argumentación a sentar las bases constitucionales para acabar con el uso y abuso indiscriminado de la pena de prisión provisional y, de paso, fortalecer la autonomía e independencia de los poderes judiciales, sólo hay un paso: incorporar *expresamente* y como una manifestación del principio de *ultima ratio*, dicho carácter excepcional, delimitándola, como bien lo hace, sin reserva o disimulo alguno la red nacional a favor de un sistema de juicios orales y debido proceso en su anteproyecto de reforma constitucional: «La prisión preventiva sólo podrá decretarse excepcionalmente, cuando a juicio del juez o tribunal de la causa exista riesgo fundado de fuga, de obstrucción al desarrollo del proceso o de que el imputado cometa un delito».

Sin embargo, sorprendentemente, la iniciativa no sólo conserva el actual sistema, en la práctica ampliamente restrictivo del derecho fundamental a la libertad provisional bajo caución, sino que propone una definición en sede constitucional para los delitos graves, por demás ambigua y desconcertante: «La ley establecerá como delitos graves aquéllos que afecten seriamente la tranquilidad y la paz públicas»; y, no sólo eso, sino que incorpora una sub categoría o, mejor dicho, hiper-categoría de delitos graves: «los delitos considerados como delincuencia organizada siempre serán graves».

Lo anterior, constituye todo un despropósito, no únicamente por la amplitud de los conceptos que propone para delimitar los delitos graves, el primero prácticamente equivalente a la peligrosa idea de la «alarma social», sino porque toda la eventual capacidad de contención del abuso de la prisión provisional que alegremente

pregona la iniciativa con tan laxos términos, quedaría desvirtuada allí mismo –de aprobarse la reforma- en el propio texto constitucional, puesto que bastará que el legislador secundario, tan propenso como el propio permanente en los últimos años a subirse al carro de la expansión penal, califique como de delincuencia organizada un delito para que, *ipso facto*, sea considerado (hiper) agravado.

Más desconcertante es, aún, la insalvable inconsistencia *ad intra* de la(s) propia(s) iniciativa(s): la *ratio* única y última para modificar o conceptualizar tan vaga como imprecisamente, cuando un delito debe ser considerado como grave, es el abuso que legislador secundario ha hecho de tal facultad en algunos códigos procesales, restringiendo el acceso a la libertad provisional bajo caución a un sin número de conductas que «no lesionaban seriamente a la sociedad mexicana». Sin embargo, uno de los ejes rectores de la propia iniciativa es la unificación de la codificación penal, de ejecución penal y, también, procesal penal; y, por ende las legislaturas no tendrían competencia para ello.

Aquí, tomándose, tomándonos en serio los derechos –si no se quiere o se teme reconocer sin tapujos la excepcionalidad de la prisión preventiva– tendría que establecerse, en la propia constitución, un sistema de mayoría calificada o de reserva absoluta de ley para el legislador (federal) secundario para catalogar como graves ciertos comportamientos típicos. Es evidente, dicho sea de paso, la poca confianza que la propia iniciativa tiene en si misma, al menos en el ámbito de la llamada unificación penal, ya que de otra forma no se entiende, como tampoco justifica, por qué se pretende establecer lineamientos para el legislador secundario de las entidades federativas en materia de delitos graves y, por ende de acceso al derecho fundamental a la libertad provisional bajo caución, cuando tal facultad quedaría reservada al congreso federal.

De esta forma, o bien de plano están del todo ausentes en la fundamentación los principios y directrices rectores de un sistema penal de un estado constitucional democrático de derecho (entre otros, principios de legalidad, subsidiariedad, *ultima*

*ratio*, de acto, de proporcionalidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, presunción de inocencia, juicio acusatorio oral y adversarial, etc.), o aparecen, literalmente, perdidos –la mayoría de la veces mutilados– en medio de párrafos inconexos (p. ej., alusión a la proporcionalidad de la pena), pero que en todo caso no llegan a materializarse en el contenido de las reformas propuestas.

Ciertamente, la víctima y la solución a través de medios alternativos de justicia para las controversias, tiene un lugar preponderante en la exposición de motivos y, difícilmente, puede argumentarse en contra de la incorporación de tales medidas y del fortalecimiento, recuperación de la víctima, en el proceso penal.

Sin embargo, al abordar estos temas, concretamente la solución de controversias aflora –sorprendentemente sin rubor alguno– una confesión, lisa, llana y espontánea, de la finalidad del sistema penal que, nada tiene que ver, con las que hoy en día ampliamente se reconoce en los países democráticos: el derecho penal no tiene otra función que la represión. Así, de tajo, yendo –incluso– más allá que el propio funcionalismo radical extremo, el derecho penal no sólo no tiene por cometido principal la protección de bienes jurídicos, tampoco persigue el restablecimiento de la confianza de los ciudadanos en la norma vulnerada por el delito, sino –simple y sencillamente– la represión. Esta particular visión de los fines de la justicia y del derecho a través de la imposición de una pena, que en términos de la iniciativa, no es otra cosa que la represión, va incluso más allá de la concepción puramente retributiva de la pena que, al menos, reivindica el carácter proporcional de la sanción al mal cometido.

De resocialización, mejor ni hablar, pues invocando la que seguramente será en breve una tristemente célebre sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>5</sup>, eludiendo toda consideración al respecto en la iniciativa constitucional, la iniciativa pretende colar, por la puerta de atrás –reforma al código penal– la prisión

---

<sup>5</sup> Cfr., tanto la decisión previa (acción de inconstitucionalidad 20/2003 [*Ius* 19,537]) y solicitud de modificación de jurisprudencia 2/2005-PL (*Ius* 19,501). Sobre ambas, véase mi trabajo: «Sistema penal y transición a la democracia en México II: la expansión judicial del derecho penal», en *Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, en prensa.

vitalicia, con pena mínima de 40 años, afirmando que la readaptación no es la finalidad última de la pena y que un encierro de por vida no cambia su carácter, pues sólo extiende su duración, a fin de asegurar que el sentenciado, no podrá salir libre, como tampoco volver a delinquir. Esto es, dicho de otra forma, *locked them up and trhowh away the key*, más el retorno a la inocuización. En suma, represión, pura y dura.

### 3. La insostenible argumentación

Finalmente, pero no por ello menos, quisiera llamar la atención sobre una serie de inconsistencias e imprecisiones en la fundamentación de la iniciativa que, de la mano de tergiversación e incorporación de un mosaico de conceptos, dejan poco menos que perplejo al lector.

Aquí, van algunos de los varios botones de muestra, puesto que al respecto las iniciativas son más que generosas:

En la constitucional, el primer párrafo, justo al inicio de toda la propuesta plantea lo siguiente: a medida que se consolida el estado de democrático de derecho mayor incidencia delictiva ¿cómo, no sería precisamente, a la inversa?

También abundan los argumentos *ad populum*: es incomprensible, por ejemplo, que una víctima de violencia intrafamiliar no pueda ser protegida de su victimario con la prohibición de acercamiento sino hasta que se dicte una sentencia definitiva o que el propietario de un inmueble de un despojo ...no reciba su bien sino hasta el pronunciamiento final de un juez sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal ... por esto es necesario constitucionalizar esta medidas que, dicho sea paso –debería agregar– están ya reconocidas, aún en la etapa de averiguación por diversas legislaturas.

Más aún, es francamente, aquí sí que incompresible, que la iniciativa presidencial invoque la inexistencia de medidas de protección previa de la víctima, cuando el propio ejecutivo –dentro de las publicitadas 100 acciones– publicó la ley federal de acceso a una vida libre de violencia para las mujeres que contiene, precisamente y con carácter de auto ejecutivas para todo el territorio nacional, una serie de medidas cautelares ante penales y una interesante propuesta para armonización de la legislaciones penales locales en materia de violencia familiar que, ahora, *in totum*, pretende unificarse.

Otras imprecisiones y preguntas sin respuestas: con cierta frecuencia se invocan legislaciones, bien nacionales o internacionales, que en concepto de la iniciativa convalidaría las medidas propuestas o son fuentes de inspiración de éstas. Así, por ejemplo, se señala que la prisión vitalicia está reconocida por el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sin entrar aquí, a la discusión del peculiar reconocimiento condicionado de nuestro país a dicho estatuto, no estaría por demás señalar que, efectivamente, está prevista dicha pena para delitos contra la humanidad; bien valdría la pena tener en cuenta, por ejemplo, que Drazen Erdemovic, primer soldado sentenciado por el tribunal de la ONU para la antigua Yugoslavia, por crímenes de lesa humanidad<sup>6</sup>, fue sentenciado en primera instancia, por un tribunal internacional de 5 miembros, a 10 años de prisión; y, en apelación, reducida a siete años de prisión<sup>7</sup>. Conozco casos en que jóvenes, de su misma edad, 19 años, ha sido sentenciados en mi estado, por cinco robos de poca monta a 28 años de prisión.

«La Unión Europea está unificando su legislación penal». Es cierto, relativamente, puesto que existe un intenso movimiento que ha cristalizado en la expedición del *corpus iuris*, que contiene reglas para la armonización de ciertas disposiciones en el ámbito penal, particularmente procesal penal, para la protección de los intereses

---

<sup>6</sup> Participación en el fusilamiento masivo, matando, directamente, a más de 80 musulmanes en una granja cercana Dubronic.

<sup>7</sup> Ampliamente, al respecto, Ragués i Vallés, Ramón: «Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia», Revista de Derecho penal y Criminología, 7 (2.ª época), UNED, enero, 2001.



financieros de la Unión Europea. Aunque es un desiderátum la unificación penal en dicho espacio geo-político, es todavía una posibilidad muy remota, particularmente después del rotundo *no* de Holanda y Francia a la constitución Europea.

Finalmente, tampoco se entiende por qué, si ciertas entidades, como son Chihuahua, Nuevo León, Oaxaca y Estado de México, van a la vanguardia en las modificaciones penales y procesales penales, se pretende echar marcha atrás a esa evolución, despojando a sus legislaturas y a todas las del país de la competencia para legislar en materia penal.

No puede, seriamente pensarse que una situación tan compleja y seria como la reforma al sistema de justicia penal pueda ser acometida dentro de un programa de arranque de una administración. Claro que es posible hacerlo, aquí esta la prueba, pero también son evidentes sus inconsistencias, no sólo con los principios y directrices de un derecho penal en un estado social y democrático de derecho, sino con su propio contenido. De ahí que, en el sentido literal del término, la iniciativa constitucional de una reforma a fondo del sistema penal, queda reducida a una propuesta desesperada, de ocasión y oportunidad política, pero dista mucho de ser la reforma que nuestro sistema requiere y que la sociedad espera.

## II. Repensando la oportunidad y la legalidad procesal penal<sup>8</sup>

1. La incorporación de los criterios de oportunidad, como parte del sistema acusatorio-adversarial, delineando en el artículo 20 del dictamen del Congreso que aprueba el proyecto de reforma al sistema penal, es una buena ocasión para reflexionar, no sólo sobre el contenido y alcance del principio que los fundamenta, sino también para hacer lo propio con el principio de legalidad procesal penal.

---

<sup>8</sup> Ponencia presentada el foro «Reforma constitucional en materia penal y seguridad pública (México, enero 7-11, 2008)», organizado por el Instituto de de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

El análisis contrapuesto de estos principios, usual en la doctrina y derivado de su fundamentación y contenido –en principio– antagónico<sup>9</sup>, adquiere en nuestro país una especial relevancia, derivada de la propuesta de incorporación (formal) del principio de oportunidad a nuestro ordenamiento constitucional; pero también, debido al escaso interés prestado, como tal, al principio de legalidad procesal penal<sup>10</sup>.

El derecho y la obligación de perseguir los hechos delictuosos, como es sabido, es una atribución exclusiva y propia del Estado moderno. De esta forma, a través del llamado monopolio persecutorio y acusatorio en materia penal, se concreta o actualiza el llamado *principio de oficialidad* de la persecución penal a cargo del estado<sup>11</sup>.

El principio de legalidad procesal penal, tributario de las teorías absolutas de la pena<sup>12</sup>, se construye sobre el ideal de la realización absoluta de la justicia: el estado tiene que castigar sin excepción alguna toda violación a ley penal.

Este principio, actualmente, tiene un triple fundamento: a) es inherente al estado constitucional democrático y derecho, b) es una garantía derivada principio de igual y c) es consecuencia de la garantía de legalidad penal *nullum crimen sine poena*<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Así, por ejemplo, MAIER, Julio: *Derecho procesal penal I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, pp. 834-841; BOVINO, Alberto: *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el código penal argentino*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 31 y ss; AA.VV., *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio orla en América Latina*, Stippel-Marchisio coord., Ad-Hoc, Buenos Aires, *passim*.

<sup>10</sup> Sobre la necesidad de profundizar, en el contexto actual, en el análisis del binomio «principio de legalidad-principio de oportunidad», cfr. BINDER, Alberto: «Prólogo», en AA.VV.: *Principio de oportunidad y salidas ...*, pp. 17-20.

<sup>11</sup> Roxin, Claus: *Derecho procesal penal*, trad. de Córdoba y Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires 2000, p. 83.

<sup>12</sup> Así, entre otros, Roxin, Claus: *Derecho procesal penal ...*, p. 89; Hassemer, Winfried: «La persecución penal: legalidad y oportunidad», en *Ciencia penales*, (núm. 10, 1995), en línea: consultable en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/hassem10-htm> (citado 22/01/2007).

<sup>13</sup> Roxin, Claus: *Derecho procesal penal ...*, p. 89.

Estas garantías y, al mismo tiempo, exigencias determinan que el legislador debe precisar, de modo general, los presupuestos para la sanción de los hechos considerados como delictivos; y, otorgan al ciudadano, la certeza de que su persecución no quedará al arbitrio de las autoridades<sup>14</sup>.

En este contexto, del principio de legalidad procesal penal, deriva, por una parte la *obligación* del estado para investigar hechos presuntamente delictivos; y, por otra, el *deber* de acusar formalmente al probable responsable ante los órganos competentes. El ejercicio de la acción penal presupone, salvo los casos expresamente señalados en la ley, su irrevocabilidad; de modo tal que, una vez iniciada, es improcedente suspenderla, interrumpirla o cesarla<sup>15</sup>.

Frente al principio de legalidad procesal, como antítesis y fundamentado en las teorías relativas de la pena, aparece el principio de oportunidad, que reconoce u otorga al órgano competente la facultad de prescindir de la persecución penal<sup>16</sup>.

Este principio, que parte del reconocimiento de la imposibilidad fáctica de cumplir el mandato impuesto o derivado del principio de legalidad procesal penal para perseguir todos los hechos delictivos, dispone que la persecución penal puede, en determinados casos, no iniciarse o suspenderse, por razones de conveniencia, de utilidad o de asignación de recursos<sup>17</sup>.

De esta forma, el propulsor y, al mismo tiempo, fundamento del principio de oportunidad es la efectividad del sistema penal, característica de un sistema penal orientado a fines y consecuencias<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Maier, Julio: *Derecho procesal penal* ..., p. 828; Roxin, Claus: *Derecho procesal penal* ... , p. 97.

<sup>16</sup> Maier, Julio: *Derecho procesal penal* ..., pp. 834 y ss.

<sup>17</sup> Bovino, Alberto: *La suspensión del* ..., p. 31.

<sup>18</sup> Hassemer, Winfried: «*La persecución penal: legalidad y oportunidad*», en *Ciencia penales*, (núm. 10, 1995), en línea: consultable en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/hassem10-htm> (citado 22/01/2007). Cfr., en otro sentido, fundamentando las excepciones al principio de legalidad en el principio de proporcional, Roxin (*Derecho procesal penal*, p. 89).

## 2. Modelos de oportunidad y legalidad

Teniendo en cuenta la función que, en el sistema penal, desarrollan los principios de legalidad y oportunidad, los modelos procesales pueden orientarse o estructurarse sobre la base de uno u otro<sup>19</sup>.

De esta forma, como modelos en los que la oportunidad constituye el principio rector de la persecución penal, suele citarse los sistemas anglosajones; particularmente, el de los Estados Unidos, en donde, prácticamente la legalidad es desconocida<sup>20</sup>. La decisión de la persecución o no de un ilícito recae, en forma independiente, absoluta y sin margen alguno de control judicial, en los fiscales. Este sistema, fundamentado sobre la idea del respeto absoluto de la división de poderes<sup>21</sup>, en conjunción con el pragmatismo y criterios de eficiencia, también característicos de los norteamericanos, ha permitido el desarrollo de instituciones para evitar o abreviar el procedimiento, tales como el *plea bargaining* o el *guilty plea*<sup>22</sup>.

Por su parte, en los países de nuestro entorno, del llamado *civil law*<sup>23</sup>, la legalidad procesal penal se ha constituido, en principio, en regla general para la persecución penal; y la oportunidad, si bien con diferentes alcances y –recientemente- en un franco fortalecimiento, en la excepción, particularmente en el ámbito de la llamada reforma penal latinoamericana<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Históricamente y hasta antes de la aparición de las teorías preventivo-generales y especiales de la pena, la idea dominante de la realización absoluta de justicia, dio cauce al desarrollo y aceptación universal del principio de legalidad procesal penal, generalmente en forma de regla-excepción. Con la aparición de las teorías preventivas, el principio de legalidad pierde fuerza, sobre la base de principio de proporcional. Vid., Roxin, Claus: *Derecho procesal penal* ..., p 89; y, sobre los fines de la pena, el mismo: «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, pp. 11-36.

<sup>20</sup> Maier, Julio: *Derecho procesal penal* ..., p. 836.

<sup>21</sup> Bovino, Alberto: *La suspensión del ...*, pp. 32-33.

<sup>22</sup> Maier, Julio: *Derecho procesal penal* ..., p. 836.

<sup>23</sup> Maier, Julio: *Ibidem*, pp.836-837.

<sup>24</sup> Vid., al respecto, el volumen monográfico AA.VV.: *Principio de oportunidad y salidas* ..., pp. 17-20.

En nuestro país, bajo la égida de la función del ministerio público y del binomio monopolio-institución de buena fe, el análisis y discusión de los principios de legalidad y de oportunidad, ha sido, tradicionalmente, desplazado y/o absorbido, por la noción reductora de la oficiosidad de la persecución penal como regla; y, como excepción o contrapartida, la querrela de parte.

De hecho, de esta asimilación-desplazamiento, suele deducirse, al menos en la práctica, que la exigencia para la persecución de ciertos delitos de la instancia o querrela de parte, se trata de una excepción al principio de oficiosidad. Esta distinción no es, sin embargo, del todo precisa, pues aún en el supuesto de que el ejercicio de la acción penal esté condicionado a la manifestación de la voluntad de la parte interesada, el estado conserva, como consecuencia de los principios de oficialidad de la persecución penal (a cargo del estado) y de legalidad procesal penal (obligación de perseguir y acusar).

Esta asimilación-desplazamiento, poco cuestionada<sup>25</sup>, ha tenido como consecuencia, una recepción tardía del fundamento, alcances y contenido, tanto del principio de legalidad procesal, como del principio de oportunidad en el contexto del estado constitucional democrático y de derecho.

### 3. El principio de oportunidad en la reforma constitucional

En el dictamen de las comisiones unidas de la Cámara de Diputados, centra la justificación de la introducción de los criterios de oportunidad en cuestiones meramente utilitaristas y de eficiencia económica: a) una aplicación irrestricta del principio de oficiosidad genera sobrecarga del sistema penal con asuntos de poca monta y b) la inderogabilidad de este principio obliga a las autoridades competentes a invertir tiempo y dinero en asuntos que en nada afectan el interés

---

<sup>25</sup> Vid., destacando entre nosotros esta situación, así como la relación entre el principio de legalidad y oportunidad y la selectividad *de facto* en el sistema, Barragán, Carlos: *Derecho procesal penal*, McGraw-Hill, México, 2002, p. 22 y 56-57.

público, en detrimento de los delitos que más ofenden y lesionan a los bienes jurídicos de superior entidad<sup>26</sup>.

De esta forma, la redacción propuesta para la formalización del principio de oportunidad es la siguiente: «El ministerio público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley»<sup>27</sup>.

#### 4. Más allá de los criterios utilitaristas: oportunidad para la racionalización de la selectividad penal

La visión, estrictamente utilitarista esbozada como fundamentación para la introducción de los criterios de oportunidad al nuevo sistema penal acusatorio-adversarial, prescinde de las consideraciones que, desde una perspectiva crítica, ha sido expuestas para justificar la incorporación y desarrollo del principio de oportunidad en un proceso penal garantista y democrático: su contribución a la racionalización, mediante criterios previamente establecidos y controlables de la selectividad penal<sup>28</sup>.

Además, los criterios de oportunidad pueden contribuir a la despenalización de hechos punibles, susceptibles de ser procesados a través de medios alternativos y donde resulta innecesaria la reacción penal.

También, a través de su incorporación pueden impulsarse una mayor eficiencia del sistema, contribuyendo al descongestionamiento de las agencias encargadas de la persecución y sanción de los delitos.

---

<sup>26</sup> La clasificación propuesta, para distinguir entre los delitos en que procedería la aplicación de los criterios de oportunidad, es sorprendente: procede en delitos que no ofende el interés público (¿delitos privados?); será improcedente, en los que ofenden el interés público y, además, vulnerar los bienes jurídicos de superior interés (delitos públicos cualificados por vulneración del superior interés ¿de quién? [¡!]).

<sup>27</sup> Artículo 21, párrafo VII.

<sup>28</sup> Así, Maier, Julio: *Derecho procesal penal* ..., p. 836-841. Sobre la selectividad del sistema, vid., por todos, ZAFFARONI, Raúl, *Derecho penal. Parte General*, Porrúa, México, 2000, pp. 3-16.

Siguiendo a Maier<sup>29</sup>, los criterios de oportunidad orientados a la despenalización son: a) la adecuación social<sup>30</sup>, b) los delitos bagatela<sup>31</sup> y la c) la retribución natural<sup>32</sup>.

Por su parte, se orientan a la eficiencia del servicio judicial: a) la posibilidad de prescindir la persecución de un autor para lograr la condena de otro, b) prescindir de la persecución penal en los supuestos que no llega a completarse el hecho (desistimiento en la tentativa punible o arrepentimiento activo) y c) suspender la persecución de algunos hechos, para concentrar esfuerzos en hechos graves o mejor probados.

Con relación a este último instituto, ya se ha desarrollado e implementado en varios países de nuestro entorno e, incluso en algunos de nuestros estados, la suspensión del procedimiento a prueba.

Esta institución procesal que, en última instancia, es consecuencia del principio de oportunidad en sentido amplio<sup>33</sup>, mas llevada a cabo en sede y bajo control judicial, es una de las muchas vías que el análisis y reflexión sobre los principios que inspiran y conforman el juicio acusatorio adversarial, literalmente porvenir, abren para conformar un procedimiento penal no sólo más eficiente, sino sustancialmente más equitativo y, verdaderamente, garantista de los derechos de todos los involucrados que, necesaria e ineludiblemente, hemos de construir en el futuro inmediato.

---

<sup>29</sup> Maier, Julio: *Op. cit.*, pp. 837-840.

<sup>30</sup> Comportamientos que, a pesar de coincidir formalmente, con la descripción de un tipo penal, no es considerado como materialmente disvalioso (Bovino, Alberto, *La suspensión del ...* p. 35).

<sup>31</sup> Hechos considerados ínfimos por tratarse de aquellos ofensas de escasa gravedad (Bovino, *ibidem*). Sobre estos ilícitos, cfr. García, Enrique: *La insignificancia en derecho penal. Los delitos bagatela*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, *passim*.

<sup>32</sup> Hechos en los cuales el autor sufre el resultado de su propio comportamiento ilícito, sufrimiento que supera con creces la posible pena a aplicar (Bovino, Alberto: *op. cit.*, p. 35)

<sup>33</sup> Así, Bovino, Alberto: *La suspensión del ...*, p. 36.