



PODER JUDICIAL  
DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES

## La Víctima frente al Criterio de Oportunidad



*M.D. Francisco Lozano Herrera*

63

### **Edición**

**M.D. Juan Manuel Ponce Sánchez**  
Magistrado Presidente del H. Supremo Tribunal  
de Justicia y del Consejo de la Judicatura Estatal.

**Dra. Jeanine Lilian Santillán González**  
Encargada del Instituto de  
Capacitación del Poder Judicial.

**Lic. María Guadalupe Ponce Medrano**  
Coordinadora del Instituto de  
Capacitación del Poder Judicial.

**Ulises Paulino Benítez**  
Diseño Editorial.

### **Impresión**

Instituto de Capacitación del  
Poder Judicial del Estado  
Febrero 2016

**Monografías  
Nueva Época**  
Número sesenta y tres



INSTITUTO DE CAPACITACION  
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO

Deberchos Reservados

## **LA VÍCTIMA FRENTE AL CRITERIO DE OPORTUNIDAD.**

### **ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL.**

#### **MD. FRANCISCO LOZANO HERRERA.**

**Acerca del autor.** Es Licenciado y Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Se desempeña como Juez de Control y de Juicio Oral en el Estado. Ha estado acreditado como Docente Certificado por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. Ocupó en segunda instancia, el cargo de Jefe de Causa de los Juicios Orales y Proyectista de la Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado. Fue Secretario de Acuerdos en los Juzgados Segundo, Quinto y Sexto Penal, así como en el Juzgado Cuarto Civil de la entidad. Secretario de Tesis del Segundo Tribunal Colegiado del entonces Vigésimo Tercer Circuito en el Estado de Aguascalientes. Fue Defensor de Oficio asignado a la Dirección de Averiguaciones Previas de la entonces Procuraduría General de Justicia del Estado y a los Juzgados Penales del Estado. Catedrático de la Universidad del Valle de México, campus Aguascalientes y en diversas instituciones públicas sobre el Sistema Penal Acusatorio, donde ha capacitado a Jueces, Secretarios de Acuerdo, Defensores, Peritos y Policías. Autor del Libro *El Tratamiento del Homicidio y las Lesiones en el Deporte*, en proceso de edición por la Universidad Autónoma de Aguascalientes y el Poder Judicial del Estado de Aguascalientes. Ha publicado diversos artículos sobre el Sistema Penal Acusatorio, entre ellos “El artículo 21 Constitucional, Principio de Oportunidad” en la portal de internet de CNNExpansión.

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN.</b>	7
<b>II. LA VÍCTIMA FRENTE AL CRITERIO DE OPORTUNIDAD. ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL.</b>	11
1. Antecedentes históricos.	
2. Concepto de criterio de oportunidad.	17
3. Necesidad de reducir las hipótesis del criterio de oportunidad.	22
4. Criterio de Oportunidad. ¿Facultad del Ministerio Público o derecho del imputado?	52
5. La víctima y la reparación del daño.	58
6. La víctima frente al criterio de oportunidad.	64
7. El imputado tiene que confiar en el Ministerio Público.	69
8. Ejercicio de la acción penal por particulares. Antecedentes históricos.	73
9. Acción Penal por particulares. Realidad o ficción.	80
<b>III. CONCLUSIONES.</b>	85
<b>IV. FUENTES DE INFORMACIÓN.</b>	89

## I. INTRODUCCIÓN

Las reformas de junio de 2008 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, introducen un figura muy peculiar, llamada *criterio de oportunidad*, ésta institución, otorga la facultad al agente del Ministerio Público de no ejercitar acción penal ante el Juez de Control a pesar de contar con datos de prueba suficientes que demuestren que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, dejando a un lado la persecución penal.

En efecto, el párrafo séptimo del artículo 21 Constitucional establece: “...*El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley...*”

Definitivamente, la naturaleza del *criterio de oportunidad* requiere de una especial atención, sin que debamos tampoco descalificarlo porque, es necesario entender que el balance del sistema acusatorio tiene un gran sustento en esta figura, claro,

siempre y cuando se aplique adecuadamente, porque evidentemente debe manejarse con cautela.

Contrario a lo que se piensa, no es una figura que deba aplicarse solamente a hechos de bagatela o de mínima importancia, pues, según lo analizaremos en el Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el mes de marzo de dos mil catorce, al parecer pretende, que el mencionado criterio también pueda aplicarse a delitos graves.

Tal es el quid, pues nos preguntamos si nuestra sociedad está preparada para una figura de esta naturaleza, aunque muchos autores señalan que es más benéfico la no aplicación de una pena, lo cierto es que ello también depende de la cultura de cada sociedad, pero sobre todo de las circunstancias propias de cada país, en esto nos referimos a los índices de criminalidad.

El análisis que se realiza, se basa precisamente en establecer la conveniencia de aplicar un criterio como el que se comenta en tratándose de delitos graves y ponderar si el costo que se tiene que pagar al aplicar una figura de esta naturaleza, no será demasiado alto.

Ello se menciona en virtud de que, frente al criterio de oportunidad encontramos el derecho de la víctima a ejercitar acción penal particular, pues, el mismo artículo 21 del Pacto federal, indica en su párrafo segundo la posibilidad de que los particulares ejerciten acción penal, al señalar: “...*El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial...*”

Pareciera contradictorio, que por un lado, nuestra Constitución otorgue la facultad al agente del Ministerio Público de no ejercitar acción penal en casos específicos que fije la ley y por otra, que también conceda la posibilidad a los particulares de ejercitar acción penal.

Nos ocuparemos de analizar primero, la conveniencia de aplicar los criterios de oportunidad en tratándose de delitos graves y además, establecer si el mencionado *criterio de oportunidad* se contradice o no, con el derecho de los particulares de ejercitar acción penal.

## II. LA VÍCTIMA FRENTE AL CRITERIO DE OPORTUNIDAD.

### ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL.

#### 1. Antecedentes históricos.

Desde la Constitución de 1917 se estableció como una de las facultades pero también obligación del Ministerio Público, la investigación del hecho punible, y por lo tanto, el observar el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, pues, al acreditarse el hecho punible y la “presunta” responsabilidad del indiciado, el agente del Ministerio Público debía ejercitar acción penal, ello con base a la pretensión punitiva del Estado, es decir, no existía la posibilidad de que el órgano investigador se abstuviera de ejercer la acción penal en caso de existir elementos suficientes que acreditaran los mencionados presupuestos.

Así, el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>1</sup> indicaba:

*“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, el cuál únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince días.*

*Si el infractor fuese jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor del importe de su jornal o sueldo en una semana”.*

El día 3 de febrero de 1983, el Diario Oficial de la Federación publicaba la primera reforma al mencionado artículo, estableciendo:

---

<sup>1</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXI Legislatura, [www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx), consultada el día seis de junio de dos mil doce.

*“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél...”.*

Nada se dijo respecto al principio de legalidad, lo que evidencia que el mismo seguía intacto y por lo tanto, el agente del Ministerio Público continuaba obligado a respetar ese principio, es decir, ejercitar acción penal en todos y cada uno de los casos en que, en su concepto, se acreditara el cuerpo del delito (artículo 19 Constitucional) y la probable responsabilidad.

En el sexenio del Doctor Ernesto Zedillo Ponce de León, se reformó de nueva cuenta la mencionada garantía individual y el 31 de diciembre de 1994, se publicó la reforma al citado artículo 21 Constitucional, adicionando tres párrafos que decían lo siguiente:

*“...Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.*

*La seguridad pública es una función a cargo de la federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez. La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, se coordinarán en los términos que la ley señale, para establecer un sistema nacional de seguridad pública...”.*

Tampoco el Constituyente tocó el tema relativo al principio de legalidad.

Para el año de 1996, todavía en el período del Dr. Zedillo, se reformó el primer párrafo del multireferido artículo, estableciendo ahora:

*“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos*

*y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.*

Siguió incólume entonces, el principio de legalidad en virtud de que el Constituyente no cambió la exigencia del Ministerio Público de buscar siempre el ejercicio de la acción penal.

Para el año 2005, en el período presidencial de Vicente Fox Quesada, se adiciona un párrafo quinto al artículo 21 Constitucional, recorriéndose en su orden los que se establecían como quinto y sexto, los cuales pasaron a ser el sexto y séptimo párrafo, respectivamente, para quedar como sigue:

“...

...

...

...

*El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional...”.*

Ahora, conforme a las reformas que sufrió nuestra Carta Magna el 18 de junio de 2008, también fue considerado el artículo 21 de la Constitución Federal. En ese sentido, el citado numeral, dispone:

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

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

*La imposición de las penas, su modificación y duración, son propias y exclusivas de la autoridad judicial.*

...

...

...

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

Con las indicadas reformas, se estableció ahora, en el párrafo séptimo del mencionado numeral, la posibilidad de

aplicar *criterios de oportunidad* para considerar el ejercicio de la acción penal, aunque, en contraposición, el segundo párrafo del artículo en comento, estableció también la posibilidad de que el particular pudiera ejercitar acción penal ante la autoridad judicial.

## 2. Concepto de criterio de oportunidad.

Para entender los alcances de la citada reforma, debemos precisar, a qué se refiere el *criterio de oportunidad*, Daniel González Álvarez, citado por Hesbert Benavente Chorres en su libro *Los Criterios de Oportunidad en el Proceso Penal Acusatorio y Oral*<sup>2</sup>, lo define como aquél que trata de establecer reglas claras para **prescindir** la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo.

---

<sup>2</sup> BENAVENTE CHORRES, Hesbert, (2010), *Los Criterios de Oportunidad en el Proceso Penal Acusatorio y Oral*, Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Formularios, Serie Nuevo Sistema Procesal Acusatorio 10, UAEM, Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. p. 25.

Alberto Bovino, mencionado por Miguel Carbonell en su libro *Los Juicios Orales en México*<sup>3</sup>, señala: “*Frente al reconocimiento de la imposibilidad fáctica de perseguir todos los delitos, surge el principio de oportunidad, según el cual, cuando se tomó conocimiento de hechos punibles, puede no iniciarse o suspenderse la persecución penal, por razones de conveniencia, de utilidad o de asignación de recursos. A través de su aplicación, se pretende racionalizar la selección que necesariamente tendrá lugar en la práctica, a partir de criterios distintos, explícitos y controlables de los que aplica informalmente todo sistema de justicia penal*”.

Maydelí Gallardo Rosado<sup>4</sup> afirma por su parte que, “*el principio de oportunidad permite que el ius puniendi no sea satisfecho en determinados casos, al conceder a los órganos de persecución – Ministerio Público o Fiscal, márgenes de discrecionalidad para el cumplimiento de sus funciones, ya sea por ciertas condiciones específicamente establecidas por la ley*

---

<sup>3</sup> CARBONELL, Miguel, (2010), *Los Juicios Orales en México*, Editorial Porrúa, Renace, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 155- 156.

<sup>4</sup> GALLARDO ROSADO, Maydelí, (2011), *El Nuevo Rostro de la Justicia Penal en México, Principio de Oportunidad, una realidad a enfrentar*, Editorial Porrúa, México, p.15.

*(oportunidad reglada), ya sea de forma más amplia. Esta facultad pertenece a éstos órganos, los cuales se ubican en la esfera del poder ejecutivo...”.*

Para el suscrito, el *criterio de oportunidad* se traduce en la facultad del agente del Ministerio Público de no ejercitar acción penal, a pesar de contar con elementos suficientes que acrediten un hecho punible y que probablemente específica persona lo cometió, al resultar más benéfico para la sociedad, la víctima y el propio imputado.

Al respecto, el Doctor José Daniel Hidalgo Murillo<sup>5</sup>, refiere “...*Desde los criterios de oportunidad se entiende, por el contrario, que del mismo modo que las circunstancias permiten agravar y/o calificar un hecho delictivo, igualmente es posible que, sin tener que derogar el tipo penal, esas circunstancias propias de un tiempo, de un momento, de una época, resten importancia al hecho delictivo y ni la víctima, ni los ofendidos, ni el estado tenga interés en su persecución. Es posible que el hecho delictivo produzca más daño al imputado que a la víctima*

<sup>5</sup> HIDALGO MURILLO, José Daniel, (2013), *Audiencia de Control de la Acción, Manual del Litigio para víctimas y ofendidos del delito*, Flores Editor y Distribuidor, UNACH Centro de Investigación Jurídica, Universidad Autónoma de Chiapas, p. 236.

*y/o que, produciendo daño, el resultado sea más lesivo para el sujeto activo. Son posibles muchos efectos distintos de un mismo hecho. Estos distintos efectos exigen distintas decisiones en la persecución y, en la mayoría de los casos, lo innecesario de una persecución...”.*

Ahora bien, del Dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados del diez de diciembre de dos mil siete<sup>6</sup>, se desprende que, la razón por la cual se realizó la anterior reforma, fue debido a la sobrecarga del sistema de justicia con delitos menores que “en nada afectan el interés público”, pero que aún así, las autoridades de persecución penal se ven precisadas a perseguir, en virtud de “una mal entendida inderogabilidad de la persecución penal”, que provoca la persecución de asuntos que no lo ameritan.

Así, estimó necesario el Constituyente, conferir al Ministerio Público la facultad de aplicar criterios de oportunidad, “*en los supuestos y condiciones que fije la ley...*”

<sup>6</sup> Dictamen de Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, de la Cámara de Diputados, con Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, (2009), *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o Autoritarismo?*, Editorial Porrúa, 2ª Edición, México, p. 289.

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.

Estableció además que, el *criterio de oportunidad* no será aplicable cuando se trate de intereses públicos de capital importancia, además de preservar la posibilidad de impugnación sobre el no ejercicio de la acción penal ante las autoridades judiciales.

Se regula entonces la posibilidad de que el agente del Ministerio Público, a pesar de tener por acreditado el hecho punible y la probable responsabilidad del imputado, aún así, no ejercite acción penal, dejando a su discreción (en principio) los casos en los cuales aplicará un *criterio de oportunidad*.

Ciertamente, de la lectura del séptimo párrafo del mencionado artículo 21 Constitucional, se advierte que, el Constituyente no estableció cuales serían los supuestos y condiciones en los cuales, el Fiscal podrá considerar *criterios de oportunidad*, lo que inicialmente, resulta preocupante, pues, no estableció ningún límite a la aplicación de tal criterio, aunque,

vagamente señala que, el mismo se aplicará “*en los supuestos y condiciones que fije la ley...*”.

Se dejó en manos del legislador federal o local, establecer esas hipótesis y condiciones, en las que el agente del Ministerio Público tendría la posibilidad de no ejercitar acción penal, lo que se advertía alarmante.

### **3. Necesidad de reducir las hipótesis del criterio de oportunidad.**

Anterior a la publicación del Código Nacional de Procedimientos Penales del 5 de marzo de 2014, no existió armonía entre las legislaciones de las entidades federativas que habían adoptado en su ley adjetiva, el sistema acusatorio, pues, al no regular la Constitución, las hipótesis en las que el agente del Ministerio Público podría aplicar un criterio de esa naturaleza, los diversos Estados, establecieron supuestos totalmente distintos, que bien podían ocasionar un grave problema en nuestro país, porque, en mi concepto, tales hipótesis no se manejaron con cautela, ponderando sobre todo la crisis de seguridad que vive México, pues, bastaba analizar, por

ejemplo, la Legislación Penal Procesal para el Estado de México<sup>7</sup> en la cual se establecían supuestos como los siguientes:

***“ARTÍCULO 110.- El ministerio público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente.***

***No obstante lo anterior, el ministerio público podrá prescindir total o parcialmente de la persecución penal, que se limite a alguno o varios hechos delictuosos o a alguna de las personas que participaron en el mismo, cuando:...***

***VI. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenazas graves a la seguridad exterior del Estado...***

***VII. Cuando exista colaboración del inculpado para evitar la consumación de delitos graves o lograr la desarticulación de organizaciones criminales...”.***

Los anteriores supuestos, son claros ejemplos de que aún en tratándose de delitos graves podría aplicarse un criterio de esta naturaleza, pues, de la lectura de tal numeral, se observa que no existía ninguna restricción hacia ello, lo que a mi consideración resultaba peligroso.

<sup>7</sup> Legislación Penal Procesal para el Estado de México, Editorial Sista, 2009.

No obstante, con la publicación del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, se pretende reducir este riesgo, en tanto que, será una sola Legislación (federal) la que contemple los únicos supuestos en que podrá aplicarse un *criterio de oportunidad*, empero, sin duda alguna, también deben ser objeto de mucha atención, porque estimo que las hipótesis planteadas, también resultan riesgosas.

Ello se afirma porque el artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales<sup>8</sup> establece los siguientes casos en los que puede operar un criterio de oportunidad:

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

***II. Se trate de 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;***

<sup>8</sup> Código Nacional de Procedimientos Penales, [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultado en mayo de dos mil quince.

*III. Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un 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 por el hecho delictivo carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta al inculpado 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, y*

*VII. Cuando la continuidad del proceso o la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines preventivos de la política criminal”.*

En relación a la fracción III la cual hace referencia al supuesto en que el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un 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; es conveniente mencionar, que tal supuesto no es nuevo en nuestro proceso penal.

Lo anterior es así en virtud de que, el Código Penal de nuestro Estado (Aguascalientes) desde hace varios años contempla la Exclusión de la Pena de Prisión, pues ya en el año 2000 se establecía como supuesto de la exclusión de la pena de prisión los siguientes:<sup>9</sup>

*“ARTÍCULO 26. Cuando el sujeto activo hubiese sufrido consecuencias graves en su persona que hicieran notoriamente innecesaria o irracional la aplicación de una pena privativa o restrictiva de la libertad, los tribunales podrán prescindir de ella.*

<sup>9</sup> Legislación Penal del Estado de Aguascalientes, (2000), Editorial Sista.

*ARTÍCULO 27. Cuando el sujeto activo mediante conducta culposa ocasione homicidio o lesiones en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, los tribunales podrán prescindir de la aplicación de penas privativas o restrictivas de libertad.*

*Esta disposición no se considerará si el sujeto activo en el momento de la realización del hecho, se encontrare bajo el efecto de bebidas embriagantes o narcóticos, o no auxiliare debidamente a las víctimas”.*

Para el año 2001, los mencionados numerales fueron reformados, únicamente para sustituir la palabra *sujeto activo* por la de *inculgado*, señalando:

*“ARTÍCULO 26. Cuando el inculgado hubiese sufrido consecuencias graves en su persona que hicieran notoriamente innecesaria o irracional la aplicación de una pena privativa o restrictiva de la libertad, los tribunales podrán prescindir de ella.*

*ARTÍCULO 27. Cuando el inculgado mediante conducta culposa ocasiones homicidio o lesiones en agravio de un ascendiente o descendiente*

*consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, los tribunales podrán prescindir de la aplicación de penas privativas o restrictivas de libertad.*

*Esta disposición no se considerará si el inculgado en el momento de la realización del hecho, se encontrare bajo el efecto de bebidas embriagantes o narcóticos, o no auxiliare debidamente a las víctimas”.*

El Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado, establece ahora en su artículo 38 el tema de referencia, al indicar<sup>10</sup>:

*“ARTÍCULO 38.- Exclusión de punibilidad. Cuando el responsable hubiese sufrido consecuencias graves en su persona, tenga 60 años cumplidos, padezca enfermedad grave e incurable en estado avanzado, o tenga precario estado de salud, que hicieran notoriamente innecesaria o irracional la aplicación de una pena privativa o restrictiva de la libertad, el juez podrá prescindir de ella.*

<sup>10</sup> Código de Procedimientos Penales del Estado de Aguascalientes, [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultado en mayo de dos mil quince.

*Si se trata de un hecho punible culposo cometido en contra de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado del responsable, o cuando el responsable en ocasión de un hecho punible culposo haya sufrido un daño moral de difícil reparación, el juez podrá prescindir de la aplicación de penas privativas o restrictivas de libertad. Esta disposición no se considerará si el responsable en el momento de la realización del hecho, se encontrare bajo el efecto de bebidas embriagantes o narcóticos, o no auxiliare debidamente a las víctimas”.*

Debe precisarse que, los supuestos de la exclusión de la pena que contemplaba aquella Legislación Penal y el Código Penal en vigor del Estado de Aguascalientes<sup>11</sup>, lo eran en todo caso, para prescindir de la aplicación de la pena privativa de libertad, es decir que, necesariamente debía llevarse a la persona a proceso y, probablemente en la sentencia, el juzgador determinará prescindir de la pena, no obstante, debía dictarse sentencia, lo que no sucede con el criterio de oportunidad, pues,

<sup>11</sup> Código Penal para el Estado de Aguascalientes, [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultado en mayo de dos mil quince.

la intención de ésta figura lo es precisamente no llevar a juicio al imputado.

Todas estas observaciones se hacen con el único propósito de señalar que, cuando menos esta hipótesis, aunque aplicada en un contexto diferente, ya existía en nuestra legislación local.

Ahora bien, en cuanto al supuesto establecido en la fracción V del artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que establece la posibilidad de aplicar el criterio de oportunidad cuando el imputado aporte información esencial para la persecución de un delito más grave del que se le atribuye, la información que proporcione derive en la detención de un imputado diverso y se comprometa a comparecer en juicio, debe indicarse que, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada<sup>12</sup>, también establecía este supuesto, al disponer en su capítulo séptimo lo siguiente:

**“CAPÍTULO SÉPTIMO.  
DE LA COLABORACIÓN EN LA  
PERSECUCIÓN DE LA DELINCUENCIA  
ORGANIZADA.**

<sup>12</sup> Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultada en mayo de dos mil quince.

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

*I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;*

*II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;*

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

*IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta.*

*En la imposición de las penas, así como en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo, el juez tomará en cuenta además de lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador. En los casos de la fracción IV de este artículo, la autoridad competente tomará en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.”*

De manera que, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada también establece ciertos beneficios para aquellos integrantes de la delincuencia organizada que aporten indicios

para la consignación de otros miembros de esas organizaciones criminales.

Con las reformas a nuestra Constitución Federal del 18 de junio de 2008, la posibilidad de otorgar beneficios a miembros de la Delincuencia Organizada, fue elevada a nivel Constitucional en el segundo párrafo de la fracción III del apartado “B” de su artículo 20, mismo que a la letra dice:

**“ARTÍCULO 20. El proceso será acusatorio y oral. Se registrará por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación... B. De los derechos de toda persona imputada:... III... La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada...”.**

Se infiere entonces que, aquellas personas que formen parte de la delincuencia organizada y aporten información esencial para la consignación de otros miembros de esas organizaciones pueden ser sujetos de ciertos beneficios como disminución de penas, lo que implica que de cualquier forma,

aún y cuando aporten esa información serán llevados a juicio, lo que no sucede con el criterio de oportunidad.

En definitiva, la fracción V del citado artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales, evidencia que el *criterio de oportunidad* puede impactar en la credibilidad de la víctima y en general de la sociedad, pues, podemos concluir que la referida hipótesis es procedente también para los delitos graves.

Ello se sostiene porque el tercer párrafo del indicado artículo, solo refiere:

**“...No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad (delitos sexuales), de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público...”.**

A pesar de ello, no precisó el legislador federal, cuáles son las bases para establecer que se ha afectado *gravemente* el interés público, pues, en el cuarto párrafo del multicitado artículo, solo refiere:

*“...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...”.*

Al respecto, la Constitución Política del Estado de Aguascalientes<sup>13</sup>, únicamente señala en el artículo 58 B, lo siguiente:

*“El proceso penal será acusatorio y oral, y se registrará por los siguientes principios:...II. El proceso penal fomentará la aplicación de criterios de oportunidad y evitará el ejercicio compulsivo de la acción penal...”.*

De igual manera, el artículo 60 del ordenamiento constitucional local indica:

*“El Ministerio Público estará sujeto a lo siguiente:...  
II. El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la*

<sup>13</sup> Constitución Política del Estado de Aguascalientes, [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultada en mayo de dos mil quince.

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

Sin embargo, el artículo 7 de la anterior Ley Orgánica del Ministerio Público del Estado de Aguascalientes,<sup>14</sup> también establecía en su fracción XV, la facultad y obligación del Ministerio Público, de aplicar los criterios de oportunidad, cuando ello sea procedente y, en el apartado B del mencionado numeral, se indicaba también la posibilidad de desistirse de la acción penal en ejercicio de los criterios de oportunidad establecidos en la ley orgánica.

Tal numeral fue retomado ahora por el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado de Aguascalientes<sup>15</sup>, publicada recientemente el veintidós de junio de dos mil quince, pues también establece entre sus atribuciones, concretamente en su fracción XVI, “Aplicar los

<sup>14</sup> Ley Orgánica del Ministerio Público del Estado de Aguascalientes (Abrogada), [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultada en mayo de dos mil quince.

<sup>15</sup> Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado de Aguascalientes, [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultada en julio de dos mil quince.

critérios de oportunidad que autoriza esta Ley y el Código Nacional, cuando ello sea procedente...”.

El artículo 8 de la aludida Ley Orgánica del Ministerio Público, de igual manera establecía los supuestos en que podía aplicarse un criterio de oportunidad, siendo estos los siguientes:

*“ARTÍCULO 8º.- Para el óptimo ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad, de acuerdo con los siguientes supuestos:*

*I. Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe, por su mínima culpabilidad, no afecte el interés público, salvo que haya sido cometido por un servidor público en ejercicio de sus funciones.*

*II. Cuando el inculpado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave.*

*III. Cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o psíquico, grave o irreparable que le incapacite para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias o cuando*

*tratándose de un delito culposo haya sufrido un daño de carácter moral de difícil superación.*

*IV. Cuando la pena que corresponda por el delito de cuya persecución se prescinda, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.*

*V. Cuando el inculpado sea entregado en extradición por la misma conducta o por diversa, en el caso de que la sanción impuesta por el requirente reste trascendencia a la que se le pudiese imponer.*

*VI. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenazas graves a la seguridad exterior del estado.*

*VII. Cuando exista colaboración del inculpado para evitar la consumación de delitos graves o lograr la desarticulación de organizaciones criminales.*

*VIII. Cuando el inculpado haya sufrido, por su conducta culposa, daño grave que haga desproporcionada o inhumana la aplicación de la sanción.*

*IX. Cuando el delito no siendo grave, afecte un bien jurídico individual y se haya reparado el daño*

*causado, determinándose objetivamente la ausencia de interés público en la persecución.*

*X. Cuando el reproche de culpabilidad hacia la conducta sea de tan secundaria consideración que haga a la sanción penal una respuesta desproporcionada.*

*XI. Cuando la persecución penal de un delito que comprende problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa, adecuada a los intereses de las víctimas y la sociedad.*

*XII. Cuando se emplee cualquier mecanismo alternativo para la solución del conflicto, previsto en el presente ordenamiento.*

*XIII. Cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad incurable, en estado terminal, según dictamen pericial, o tenga más de 70 años y no exista mayor daño al interés social.”*

No obstante, en la nueva Ley Orgánica de la Fiscalía del Estado de Aguascalientes, ya no se establecen los supuestos antes mencionados, pues el artículo 53 de la citada Ley, únicamente establece:

**“ARTÍCULO 53. Para el óptimo ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad, de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Aguascalientes y en el Código Nacional”.**

Sin embargo, el Código de Procedimientos Penales no establece supuestos de criterios de oportunidad, lo que implica entonces que de acuerdo a la Ley Orgánica de la Fiscalía del Estado de Aguascalientes, los supuestos en los que el agente del Ministerio Público puede aplicar un criterio de oportunidad, será únicamente en las hipótesis establecidas en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Como se observa, la fracción VII del citado artículo 8 de aquella Ley Orgánica del Ministerio Público, también vislumbraba la posibilidad de que se aplicara el criterio de oportunidad a los delitos graves, pues, sólo indicaba que esta figura podía aplicarse si el inculcado colaboraba para evitar la consumación de delitos graves o en su caso auxiliaba para lograr la desarticulación de organizaciones criminales.

De modo que, el legislador local, fue más específico al señalar que para que este supuesto se actualice el “inculpado” debía colaborar (sin que especificara de qué manera) para evitar la consumación de un delito grave, sin señalar qué hecho punible se le esté atribuyendo, lo que es otro argumento para sostener que no existía impedimento tampoco en la Ley Orgánica de referencia para aplicar un criterio de oportunidad en delitos graves.

Indiscutiblemente, la legislación secundaria no puede contravenir al Código Nacional de Procedimientos Penales, pues, evidentemente ésta normatividad precisa los lineamientos para aplicar tales criterios de oportunidad.

Regresando al supuesto de la *fracción V* del artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al establecer la posibilidad de que el imputado aporte información esencial para la persecución de un delito **más grave** del que se le imputa, el legislador federal no estableció si la gravedad del delito debe considerarse de acuerdo a la disposición legal, a la punibilidad establecida a cada tipo penal o en consideración al bien jurídico protegido, lo que evidencia una laguna en la ley.

En efecto, de considerarse la segunda hipótesis que se plantea (punibilidad), debemos entender que el secuestro es más grave que el homicidio, ya que de acuerdo a la Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en materia de Secuestro<sup>16</sup>, la pena máxima contemplada es de 100 años (art. 10 fracción II), todavía, el artículo 11 de la citada Ley General aumenta tal sanción al señalar: “*Si la víctima de los delitos previstos en la presente Ley es privada de la vida por los autores o partícipes de los mismos, se impondrá a éstos una pena de ochenta a **ciento cuarenta años de prisión** y de doce mil a veinticuatro mil días multa*”, mientras que la conducta de homicidio doloso calificado en muchos estados no excede de 50 años de prisión.

Empero, si consideramos la gravedad del delito de acuerdo al bien jurídico protegido, me parece que habría acuerdo en establecer que el Homicidio Doloso Calificado será el más grave, porque protege la vida, que es el bien máspreciado.

---

<sup>16</sup> Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en materia de secuestro, [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultada en julio de dos mil quince.

Resulta evidente que, el que comete robo domiciliario (calificado) que es considerado un delito grave en la mayoría de los Códigos Penales de las entidades federativas, por ejemplo, en Aguascalientes (artículos 140 en relación con el 142 fracción III del Código Penal en vigor y 278 fracción XVIII del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado), resulta ser *menos* grave que los delitos de secuestro u homicidio ya sea por la punibilidad o por la afectación al bien jurídico protegido (patrimonio) y por lo tanto, de acuerdo a la fracción V del mencionado artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el agente del Ministerio Público bien podría aplicar el criterio de oportunidad para el sujeto que cometiera el delito de robo domiciliario, siempre y cuando el imputado aportara información esencial para la persecución de un delito *más grave* del que se le imputa, como en el caso de homicidio o secuestro y esa información que proporcione, derive en la detención de un imputado diverso.

Otro caso sería en el delito de extorsión previsto en el artículo 390 del Código Penal Federal en vigor<sup>17</sup>, pues, de

---

<sup>17</sup> Código Penal Federal, [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultado en junio de dos mil quince.

acuerdo al Código Federal de Procedimientos Penales<sup>18</sup> (artículo 194 fracción I, 32) el mismo es considerado delito grave y de acuerdo al bien jurídico protegido (patrimonio), es evidente que el mismo debe considerarse menos grave que los delitos de secuestro y homicidio de acuerdo a su punibilidad y al bien jurídico que protege.

Por tanto, de acuerdo a la facultad concedida al agente del Ministerio Público, éste podría aplicar un *criterio de oportunidad* en los delitos de extorsión, lo que a mi consideración debe revalorarse, precisamente porque es una conducta que ha afectado de sobremanera en los últimos años a nuestra sociedad.

Es decir, mientras el legislador federal no defina qué debemos entender por interés público (supuesto para no aplicar el criterio de oportunidad) quedará al arbitrio del agente del Ministerio Público aplicar el criterio de oportunidad en casos como los que se comentan, lo que evidentemente puede causar desánimo de la sociedad hacia las autoridades.

---

<sup>18</sup> Código Federal de Procedimientos Penales, [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultado en junio de dos mil quince.

Ahora bien, el artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece, en la parte que interesa:

*“Criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad.*

*El tribunal de enjuiciamiento al individualizar las penas o medidas de seguridad aplicables deberá tomar en consideración lo siguiente:...*

*La gravedad de la conducta típica y antijurídica estará determinada por el valor del bien jurídico, su grado de afectación, la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, los medios empleados, las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho, así como por la forma de intervención del sentenciado...”.*

Haciendo una interpretación sistemática del citado numeral con el artículo 256 fracción V de la citada ley adjetiva nacional, podríamos considerar entonces que, para determinar cuál es el delito más grave debemos atender al valor del bien jurídico protegido, y, con base en ello, en mi concepto, la vida será el bien jurídico de mayor valor y bajo esa perspectiva, los casos de Homicidio y Aborto deben considerarse los más graves, porque el bien jurídico que protegen precisamente es la

vida; aunque el artículo 100 del Código Penal del Estado de Aguascalientes, establece el tipo penal de Instigación o Ayuda al Suicidio, el cual también contempla la vida, como bien jurídico protegido.

Por consiguiente, la conducta de instigar a alguien a que se suicide debe considerarse más grave que afectar el patrimonio de las personas como en el delito de extorsión o incluso en tratándose de los delitos de secuestro en donde el bien jurídico protegido es la libertad.

Me parece que el legislador no lo consideró así, en tanto que, el tipo penal de instigación o ayuda a suicidio contempla una punibilidad de 2 a 5 años de prisión y si la víctima es menor de 16 años de edad o padeciere de desarrollo intelectual retardado, se aplicarán de 3 a 8 años de prisión, mientras que la conducta relativa a afectar el patrimonio (robo) cuando el valor de lo robado exceda de trescientas veces el salario mínimo se sanciona de 4 a 10 años de prisión (artículo 140 fracción III del apartado de punibilidades del Código Penal en vigor) y si es calificado se aplicará hasta en una mitad más de los mínimos y máximos previstos (6 a 15 años de prisión), según lo dispuesto

por el penúltimo párrafo del artículo 142 del Código Penal del Estado de Aguascalientes.

Sin embargo, si concurren dos o más calificativas, la punibilidad debe aumentarse hasta las dos terceras partes de los mínimos y máximos (6 años 8 meses a 16 años 8 meses de prisión) de acuerdo a lo previsto en el último párrafo del citado artículo 142 del Código Penal del Estado de Aguascalientes, lo que es una clara muestra de que cuando menos el legislador local, no ha considerado la gravedad de los delitos por la afectación del bien jurídico protegido.

Lo mismo sucede con el tipo penal de Abuso de Confianza (artículo 146 del referido Código Penal) y Fraude (artículo 147), pues, la punibilidad prevista para las referidas figuras típicas cuando el valor de la afectación patrimonial excede de trescientas veces el salario mínimo general vigente en el Estado, también es de 4 a 10 años, al igual que el delito de Daño en las Cosas Dolosas (artículo 151 del Código Penal para el Estado de Aguascalientes) cuando el valor de lo dañado exceda de trescientas veces el salario mínimo, lo que también rebasa la sanción establecida para el delito de instigación o ayuda al suicidio.

Lo anterior nos lleva a otra disyuntiva, el artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales precisa que el criterio de oportunidad puede aplicarse siempre y cuando se haya reparado o garantizado el daño causado a la víctima u ofendido o en su caso, que éste manifieste su falta de interés jurídico en dicha reparación, pero ¿qué debemos entender por reparación del daño? ¿la restitución de la cosa obtenida por el hecho delictivo? o ¿el precio de la misma? ¿será suficiente la indemnización por el daño material o moral de acuerdo a la Ley Federal del Trabajo?

De la lectura del mencionado numeral, no se advierte ningún límite al agente del Ministerio Público para aplicar un criterio de oportunidad, lo que me parece, debe precisarse para que el órgano persecutor cuente con supuestos sumamente cerrados en la aplicación de este principio.

Todo lo anterior nos lleva a considerar que el agente del Ministerio Público en los ejemplos que planteó (robo calificado, extorsión) podría aplicar el criterio de oportunidad, en el caso de que el imputado (procesado por alguno de esos hechos punibles) aportara información esencial para la investigación de un homicidio o secuestro, claro, siempre que esa información,

derive en la detención de un imputado diverso y además se comprometa a comparecer en juicio, lo que, insisto, me parece riesgoso porque podrían presentarse supuestos como el que se comenta, y la víctima no encontraría realmente protección en su esfera jurídica.

En cambio, los demás supuestos que establece el artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales se advierte que las hipótesis que se señalan, se refieren a casos de bagatela, hechos culposos, que no tengan pena privativa de libertad, tengan pena alternativa, la punibilidad no exceda de cinco años de prisión, que el delito se haya cometido sin violencia, la pena carezca de importancia, el bien jurídico tutelado resulte poco significativo, lo que podría llevarnos a suponer que no es la intención del legislador que los delitos graves también puedan ser objeto de un *criterio de oportunidad*, empero, se insiste, ello no se interpreta así de la fracción V del indicado numeral.

Ahora bien, debe destacarse el hecho por todos conocido de la excesiva carga de trabajo que tienen los agentes del Ministerio Público, lo cual sabemos, se debe a muchos factores, entre ellos, el alto índice de criminalidad que se vive en la actualidad, la falta de recursos materiales y humanos para

desempeñar tan importante actividad, el que no se hacía uso constante de los medios alternos de solución de conflictos, me refiero a la conciliación, mediación, etcétera.

A pesar de que se han buscado múltiples formas de reducir el índice delictivo, la realidad es que de las denuncias que se presentan, muy pocas llegan a sentencia condenatoria.

Nadie podrá negar que la sociedad llegó al hartazgo, al grado de que un porcentaje muy alto de ciudadanos que ven afectada su esfera jurídica, decide no denunciar los hechos (cifra negra) tal vez porque no tiene ninguna esperanza en la solución de su conflicto, o porque no confían en las autoridades, algunos porque no están dispuestos a destinar su tiempo para acudir ante aquellas instancias a realizar infinidad de trámites y presentarse a diversas citas y, la mayoría porque no encuentran respuesta a sus denuncias, lo que se advierte más preocupante.

Se pretende entonces que, con la reforma a este artículo se aligere la carga de trabajo del agente del Ministerio Público con relación a los llamados delitos de bagatela y que entonces se ocupe el órgano investigador de aquellas conductas criminales de mayor gravedad, que afecten de manera general a la sociedad

y sobre todo que la ciudadanía vuelva a confiar en la autoridad; una forma para atender lo anterior, como ya se ha adelantado, es precisamente el uso de las formas alternas de solución de conflictos, como son los acuerdos reparatorios, suspensión condicional del proceso, conciliación o mediación, que es la base del sistema acusatorio.

Uno de los grandes problemas que ha enfrentado el Sistema de Justicia tradicional, es la imposibilidad de que el agente del Ministerio Público realice una investigación exhaustiva de los hechos denunciados, ello debido a la carga de trabajo y la falta de recursos para hacerlo; no obstante, estamos seguros que con el nuevo sistema de justicia penal (Acusatorio), la sociedad encontrará una respuesta rápida y efectiva a sus demandas, en muchos casos, a través de las formas alternas de solución de conflictos, cuando menos ese es el reflejo que se tiene en los Municipios de Aguascalientes en los que ha entrado en vigor, porque desde que opera el sistema de oralidad, se observa un excelente trabajo de conciliación y mediación, lo que ha resuelto la mayoría de los conflictos sin necesidad de llegar a juicio.

Estamos conscientes de la necesidad de implementar nuevas medidas para efficientizar la procuración e impartición de justicia, en tanto que, las instituciones lamentablemente se han visto rebasadas por el crimen organizado.

La intención es que, el “famoso” *criterio de oportunidad* o *principio de oportunidad* descongestione el trabajo del Ministerio Público y además se eviten procedimientos judiciales de hechos que pueden tener una resolución inmediata, sin la necesidad de llegar a sentencia, como son los ya citados delitos de bagatela.

#### **4. Criterio de Oportunidad. ¿Facultad del Ministerio Público o derecho del imputado?**

El criterio de oportunidad es una facultad que está reservada exclusivamente al agente del Ministerio Público, pues, así se desprende del párrafo séptimo del artículo 21 Constitucional al indicar: “...*El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad...*”.

De igual manera, el multicitado artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al efecto indica:

*“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...”*

El artículo 8 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, establecía por su parte:

*“Para el óptimo ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad, de acuerdo con los siguientes supuestos...”*

...

...

*Los agentes del Ministerio Público remitirán la propuesta de aplicación de los criterios de*

*oportunidad al superior jerárquico que determine el Reglamento de la presente Ley”.*

Entonces, la aplicación del multicitado criterio es potestativo del Ministerio Público y no un derecho del imputado, por lo que el órgano persecutor decidirá en qué casos, a pesar de la existencia de un hecho punible, inclusive, ante la acreditación de la probable responsabilidad del imputado, aplicará este criterio, por tanto, es indiscutible que de ninguna manera podrá impugnar tal decisión el imputado, porque es una cuestión de política criminal que le compete al agente del Ministerio Público resolverla y no al inculcado.

Es por ello que, insisto, debemos ser sumamente cuidadosos y determinar si todos y cada uno de los supuestos señalados en el Código Nacional de Procedimientos Penales deben mantenerse intactos o ser más cautelosos y cerrar por el momento, la posibilidad de que el criterio que se comenta, sea aplicado a delitos graves, hasta en tanto nuestra sociedad, comprenda la necesidad de aplicar un principio de esta naturaleza.

Debe tenerse presente que, frente a este principio se encuentra la víctima, que difícilmente comprenderá porqué, ante el hecho que denuncia, el Ministerio Público no ejercerá acción penal.

Nuestra cultura debe cambiar, aunque, somos conscientes que el tiempo hará comprender a la sociedad que existen casos en los cuales la aplicación de un criterio de oportunidad debe aplicarse por cuestiones de necesidad, como por ejemplo, de política criminal, como es la exigencia de capturar a los líderes de las grandes células criminales que operan en nuestro país, o inclusive para que el imputado no sufra un daño innecesario al involucrarse en el sistema penitenciario.

Se demanda entonces, mudar nuestra mentalidad y abrimos a este sistema que ofrece un abanico de posibilidades para resolver los hechos punibles sin que obligatoriamente se requiera del dictado de una sentencia, claro, siempre y cuando este criterio se aplique con la responsabilidad debida.

Estimo que deben establecerse hipótesis sumamente cerradas, respecto de los supuestos en los que el agente del Ministerio Público estará facultado para no ejercer acción

penal ante la acreditación del hecho punible y la probable responsabilidad del imputado y no abrir de manera peligrosa esa facultad.

Se trata de no permitir la arbitrariedad en la aplicación del mencionado criterio, porque entonces la única consecuencia será la impunidad, lo que evidentemente no es la finalidad del criterio otorgando certeza jurídica a la sociedad, pues debemos entender que es un proceso que pretende concientizar a la ciudadanía y sobre todo a la víctima, de las implicaciones de este nuevo sistema.

Las consecuencias de aplicar un criterio de oportunidad, efectivamente pueden causar desconfianza en la sociedad, más de la que ya existe, por eso tenemos que ser muy cautelosos al revisar los supuestos que ahora se contemplan y pensar a futuro, porque resulta evidente que llevará tiempo para que los justiciables comprendan los efectos y bondades de esta figura.

Lo que se previene, como se ha dicho, es que la aplicación de este criterio no sea arbitrario o caprichoso, y esto definitivamente se logrará en caso de que esté reglado, pero con

los mínimos supuestos posibles, cuando menos ahora, que está en proceso la aceptación de este nuevo sistema en nuestro país.

En otras palabras, el agente del Ministerio Público debe ser prudente al aplicar el criterio de oportunidad, porque de acuerdo a las hipótesis contempladas, el órgano investigador puede ordenar se aplique en asuntos de robo sin violencia, lesiones simples, pero debemos tener presente también que lo que consideramos ahora un hecho insignificante, podría no serlo a futuro.

La pretensión, insisto, es el prevalecimiento del orden jurídico (prevención general positiva) es decir, que la víctima y sociedad, confíen en las autoridades y en el derecho mismo, es decir, que la persona afectada tenga la capacidad de comprender que, la aplicación del *criterio de oportunidad* no se traduce en impunidad sino que es una forma de conseguir, de manera pronta, la reparación del daño que le fue causado, además de evitar que el imputado sufra un castigo innecesario.

## 5. La víctima y la reparación del daño.

Para aplicar un criterio de oportunidad, es menester satisfacer la reparación del daño, según se desprende del citado artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales; aun así, existen figuras típicas que no evidencian ningún daño, como las amenazas, alguna clase de lesiones, o en aquellos hechos que solamente ponen en peligro el bien jurídico protegido (tentativa).

Por tanto, debemos separar los acuerdos reparatorios a que hacen referencia los artículos 186 a 190 del Código Nacional de Procedimientos Penales, del multiferido criterio de oportunidad, pues en el primero, la víctima y victimario convienen en resolver el conflicto ya sea de manera económica o alguna otra que satisfaga los intereses de cada uno, lo que no sucede en tratándose de los criterios de oportunidad, pues, aunque en ésta figura, también debe repararse o garantizarse los daños causados a la víctima u ofendido, o que éstos manifiesten su falta de interés jurídico en dicha reparación, es al agente del Ministerio Público a quien le corresponde hacer uso de esta figura, a pesar de tener demostrado un hecho que la ley señale

como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió, lo que no sucede necesariamente con los acuerdos reparatorios.

En efecto, respecto de este principio se insiste, el Fiscal tiene elementos para demostrar el hecho punible y la probable responsabilidad del imputado, y aún así, decide no ejercitar acción penal, mientras que en tratándose de los acuerdos reparatorios no necesariamente debe tenerse comprobado el hecho que la ley señale como delito y la probable responsabilidad del imputado, pues, el artículo 189 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece:

*“Desde su primera intervención, el Ministerio Público o en su caso, el Juez de Control, podrán invitar a los interesados a que suscriban un acuerdo reparatorio en los casos en que proceda, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código, debiendo explicarles a las partes los efectos del acuerdo...*

...

*Si el imputado incumple sin justa causa las obligaciones pactadas, la investigación o el proceso, según corresponda, continuará como si no se hubiera celebrado acuerdo alguno...”.*

Como se ha dicho, para la procedencia del acuerdo reparatorio, no es exigencia que el órgano investigador tenga por acreditado el hecho que la ley señala como delito y la probable responsabilidad pues desde su primer intervención puede provocar a los sujetos procesales a que suscriban un acuerdo reparatorio, lo que no acontece en tratándose de los criterios de oportunidad porque el Código Nacional establece que el Ministerio Público debe ponderar el ejercicio de la acción penal sobre la base de esta figura (criterio de oportunidad) es decir, que su aplicación está sujeta a que esté próximo a ejercitar la acción penal.

Lo dicho hasta aquí supone entonces que de acuerdo a la disposición del artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales, no existe manera de que se actualice esta figura sino se repara o garantiza el daño causado a la víctima u ofendido o que éste manifieste su falta de interés jurídico en dicha reparación.

Lo anterior es un claro ejemplo que con ello el legislador federal protegió a la víctima, atendiendo precisamente a lo dispuesto en el artículo 20 Constitucional apartado “A” fracción

I en el cual se establece como uno de los objetivos del proceso penal, que los daños causados por el delito se reparen.

Por tanto, queda claro que la exigencia de que se realice el pago de la reparación del daño hace que la aplicación del criterio de oportunidad no sea interpretado como impunidad plena.

Así, con la reciente creación de la décima época, el más alto Tribunal del País, se ha pronunciado en relación a los parámetros que deben considerarse para cumplir con la reparación del daño, siendo éstos los siguientes:

a) Cubrirse en forma expedita, proporcional y justa, como resultado de la conclusión del proceso penal, en donde el Ministerio Público tiene la obligación de solicitar la condena y el juzgador de imponerla siempre que dicte sentencia condenatoria;

b) Ser oportuna, plena, integral y efectiva, en relación con el daño ocasionado como consecuencia del delito, lo cual comprende que se establezcan medidas de restitución, rehabilitación, compensación y satisfacción;

c) La reparación integral tiene como objetivo que con la restitución se devuelva a la víctima u ofendido a la situación anterior a la comisión del delito, lo que comprende cualquier tipo de afectación generada: económica, moral, física, psicológica, etcétera;

d) La restitución material comprende la devolución de bienes afectados con la comisión del delito y, sólo en caso de que no sea posible, entonces el pago de su valor, y

e) La efectividad de la reparación del daño depende de la condición de resarcimiento que otorgue a la víctima u ofendido del delito, que deberá ser proporcional, justa, plena e integral, pues, de lo contrario, no se satisface el resarcimiento de la afectación.

Tales parámetros fueron asentados en la tesis emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la décima época, con número de registro 2009929 que puede ser consultada en el Semanario Judicial de la Federación, publicada el viernes 11 de septiembre de 2015, de rubro:

**“REPARACIÓN DEL DAÑO DERIVADA DE UN DELITO. PARÁMETROS QUE DEBEN OBSERVARSE PARA CUMPLIR CON ESTE DERECHO HUMANO.<sup>19</sup>**

*La reparación del daño derivada de la comisión de un delito, constituye un derecho humano reconocido en el artículo 20, apartado C, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a favor de las personas ubicadas en el supuesto de víctimas u ofendidos de la conducta ilícita penal, cuyo cumplimiento exige que se satisfaga de forma eficaz e integral. Ahora bien, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estima que para que la reparación del daño derivada de un delito cumpla con la finalidad constitucional de protección y garantía como derecho humano en favor de la víctima u ofendido, debe observar los parámetros siguientes: a)...*”

*Amparo directo en revisión 2384/2013. 7 de febrero de 2014. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidentes: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Jorge*

<sup>19</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx), consultada en noviembre de dos mil quince.

*Mario Pardo Rebolledo, quienes formularon voto particular. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Julio Veredín Sena Velázquez.*

Esta tesis se publicó el viernes 11 de septiembre de 2015 a las 11:00 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

## **6. La víctima frente al criterio de oportunidad.**

Pero, ¿qué sucede si la víctima es inconforme con la aplicación de un *criterio de oportunidad*? si bien habíamos señalado que el artículo 21 Constitucional establece la facultad del agente del Ministerio Público de ejercer esta potestad, lo cierto es que no es omnímoda.

En efecto, el Apartado C del artículo 20 Constitucional, al efecto, indica:

*“El proceso penal será acusatorio y oral. Se registrará por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación...*

*C. De los derechos de la Víctima o del ofendido:...*

*II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el*

*proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley...*

...

...

...

...

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

Asimismo, el artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales, precisa:

*“Las determinaciones del Ministerio Público sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal deberán ser notificadas a la víctima u ofendido quienes las podrán impugnar ante el Juez de Control dentro de los diez días posteriores a que sean notificadas de dicha*

*resolución. En estos casos, el Juez de Control convocará a una audiencia para decidir en definitiva, citando al efecto a la víctima u ofendido, al Ministerio Público y, en su caso, al imputado y a su defensor. En caso de que la víctima, el ofendido o sus representantes legales no comparezcan a la audiencia a pesar de haber sido debidamente citados, el Juez de Control declarará sin materia la impugnación.*

*La resolución que el Juez de Control dicte en estos casos no admitirá recurso alguno”.*

Del anterior numeral se advierte que, el *criterio de oportunidad* que establece el artículo 21 Constitucional encuentra un dique, porque el Código Nacional de Procedimientos Penales otorga el derecho a la víctima de impugnar la decisión del agente del Ministerio Público que utilice esta figura.

Debemos acotar que, el legislador federal, no estableció en el citado numeral, que recurso es el que procede en contra de tal determinación.

Tampoco señaló, cuál será el efecto del recurso, es decir, qué facultad tendrá el Juez de Control al decidir sobre la impugnación, es decir ¿podrá resolver que no se aplique un criterio de oportunidad, cuando es el agente del Ministerio Público quien tiene esa facultad? ¿hasta dónde llega la atribución de la víctima al impugnar la determinación de este criterio?, si la víctima puede recurrir esa decisión ¿entonces la decisión de aplicar un criterio de oportunidad, se traslada a la víctima?

No debe perderse de vista que, el artículo 21 Constitucional puntualiza:

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

Lo anterior pone de manifiesto que a nadie más que al agente del Ministerio Público le corresponde decidir, con base en la investigación que realiza, si ejercita acción penal o no, en contra de específica persona o determinar si aplicará o no un criterio de oportunidad.

De la lectura del citado párrafo también se advierte, que el agente del Ministerio Público tampoco tiene obligación de ejercer el multicitado criterio, por el contrario, es una potestad que puede utilizar en los casos que estime conveniente, siempre y cuando se actualicen los supuestos y condiciones que fije la ley respectiva.

Caso contrario sucede con la víctima, porque el derecho de impugnar la decisión del no ejercicio de la acción penal o de la aplicación del *criterio de oportunidad*, nace precisamente del propio derecho de que se le administre justicia.

Como se ha indicado, la fracción VII del inciso C de la citada prerrogativa, establece la facultad de la víctima u ofendido de impugnar todas aquellas resoluciones del agente del Ministerio Público en las que no ejercite acción penal

No existe duda entonces que la víctima tiene derecho a impugnar aquella decisión en la que el agente del Ministerio Público no realice la consignación, pues, es una prerrogativa que establece la Constitución en su favor y por ello, resulta totalmente ajustado a derecho, que pueda recurrir la determinación del agente del Ministerio Público que utilice esta

figura tan novedosa y no ejercite acción penal en contra del imputado, sin embargo, se insiste, el problema radica en que el legislador federal no estableció los alcances y efectos del recurso que pueda promover la víctima.

Me parece que un efecto podría ser que el Juez analizara si el supuesto se encuentra dentro de los previstos en el Código Nacional de Procedimientos Penales y además, si en el caso, se garantizó el pago de la reparación del daño al afectado, pero, insisto, en el supuesto de que tales hipótesis se encuentren satisfechas ¿podrá el Juez de Control ordenar al Ministerio Público que no aplique el criterio de oportunidad y que lleve a proceso al imputado?

Considero que no, porque, como ya lo he señalado, la facultad de aplicarlo es únicamente del agente del Ministerio Público, aunque, ello definitivamente está sujeto, primero a la aprobación de la víctima y a la revisión del Juez de Control.

### **7. El imputado tiene que confiar en el Ministerio Público.**

El tema del *criterio de oportunidad*, lleva implícito el hecho de que el imputado debe confiar en el agente del

Ministerio Público, pues, en tratándose del supuesto establecido en la multicitada fracción V del artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual requiere que el imputado aporte información esencial para la persecución de un delito más grave del que se le imputa o que la información que proporcione derive en la detención de un imputado diverso y se comprometa a comparecer en juicio; en caso de que el órgano investigador no cumpla con la promesa de no ejercitar acción penal en su contra, precisamente por la información aportada, y por el contrario, lo lleve a juicio, está claro, que la institución del Ministerio Público perderá credibilidad y ningún imputado aceptará aportar esa información y auxiliar al órgano persecutor, porque también es innegable que la información que proporcionen, puede ponerlos en peligro, por las represalias que pueda tomar en su contra la misma delincuencia organizada.

Es necesario que se tome con seriedad, todo lo que representa la aplicación de un criterio de oportunidad, porque de ello dependerá la confianza que vuelvan a tener las instituciones de procuración e impartición de justicia.

En los Estados Unidos de América por ejemplo, dentro de la institución llamada *plea bargaining* (pedimento de rebaja)

una vez que el acusado conoce formalmente la acusación que contra él se formula, si el Fiscal ofrece una negociación, se cumple a cabalidad y no se llega a juicio.

Según lo expuesto por Juan Cesáreo Ortiz Úrculo<sup>20</sup>, en el procedimiento penal norteamericano, desde los primeros tiempos, el acusado podía ser condenado con base en su confesión al reconocer que él había cometido los hechos que se le imputaban, lo que permitía no llegar a juicio. Esta era la peculiaridad por la que se distinguían los sistemas anglosajones.

Refiere el autor, “...*Las facultades que tiene el prosecutor durante la negociación parecen ser casi ilimitadas en el ofrecimiento de reducir la pena, o de sustituirla o incluso de cambiar de cargos por otros distintos o por una recomendación en la sentencia. Ello hace que algunos vean en este sistema peligros, como el de que el acusado llegue a declararse*

<sup>20</sup> ORTÍZ ÚRCULO, Juan Cesáreo, “El Principio de Oportunidad: Naturaleza, Ámbito de Aplicación y Límites, [ftp.umcc.cu/REPOSITORIO%20DE%20LIBROS/BIBLIOGRAF%CDA%20DIGITAL%20DERECHO/Textos%20para%20Penal%20General%20\(Bibliopenal\)/Principio%20de%20oportunidad%20y%20Derecho%20penal%20mínimo/Principio%20de%20Oportunidad/Principio%20de%20Oportunidad.PDF](ftp.umcc.cu/REPOSITORIO%20DE%20LIBROS/BIBLIOGRAF%CDA%20DIGITAL%20DERECHO/Textos%20para%20Penal%20General%20(Bibliopenal)/Principio%20de%20oportunidad%20y%20Derecho%20penal%20mínimo/Principio%20de%20Oportunidad/Principio%20de%20Oportunidad.PDF), consultado el uno de octubre de dos mil quince, p. 3396.

*culpable de delitos que no ha cometido, y además sin la garantía de un juicio”*

Dicho de otra manera, no puede entenderse esta figura si el agente del Ministerio Público no logra la confianza del imputado para que éste lo auxilie con los datos, evidencias o cualquier información con la que cuente para llevar a cabo la detención de un imputado diverso, asegurándole, además del no ejercicio de la acción penal, la protección a su persona y a su familia.

Todo lo anterior, nos lleva a otra interrogante, el supuesto que se comenta requiere que el inculpatado aporte información esencial y que la misma derive en la detención de un imputado diverso, pero ¿qué debemos entender por información esencial? ¿el señalamiento directo del imputado a otro sujeto es esencial?.

Me parece que sí, una persona que hace una imputación directa a otra persona, asegurando que participó con él en la comisión de un hecho que la ley señala como delito, evidentemente que es esencial, pero ¿qué pasa si, a pesar de ese señalamiento, la policía no logra detenerlo? entonces ¿ya no aplicará el criterio de oportunidad?.

Todas estas interrogantes quedaron sin respuesta en el Código Nacional de Procedimientos Penales, pues, el legislador federal no precisó tampoco que sucederá en estos casos, quedando a la interpretación de la autoridad investigadora, pero, insisto, estas hipótesis deben manejarse con cautela precisamente para que el imputado confíe en la autoridad persecutora y la figura del criterio de oportunidad tenga buenos resultados.

## **8. Ejercicio de la acción penal por particulares. Antecedentes históricos.**

Otra disyuntiva a la que nos enfrentamos es precisamente el ejercicio de la acción penal por particulares que establece el mismo artículo 21 Constitucional, en su segundo párrafo. Para adentrarnos un poco en el tema, debemos señalar algunos antecedentes históricos que le dieron origen.

El Magistrado Fernando Andrés Ortiz Cruz<sup>21</sup> explica que, en la antigüedad, la persona que sufría un daño, ejercitaba la

---

<sup>21</sup> ORTÍZ CRUZ, Fernando Andrés, “La Acción Penal Privada en la Reforma Constitucional”, [http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2011/diplojusticiapenal/PONENCIA%20MAGDO%20ORTIZ%20ACCION%20PENAL%20PRIVADA%20MAYO%202011\\_doc.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2011/diplojusticiapenal/PONENCIA%20MAGDO%20ORTIZ%20ACCION%20PENAL%20PRIVADA%20MAYO%202011_doc.pdf), consultado el uno de octubre de dos mil quince, p. 2.

acción penal. Eran los tiempos de la venganza privada, dice, cuando el hombre defendía por sí mismo sus derechos.

En ese sentido, Ortiz Cruz refiere: “...en los albores de la humanidad, el hombre utilizaba la venganza privada; sin embargo, conforme transcurrían los tiempos y al ver que dichas venganzas no tenían proporción alguna, se empezaron a establecer reglas, como la de “ojo por ojo y diente por diente”; existía la Ley del Talión que establecía que al agresor se le aplicara lo mismo que él le había hecho al ofendido. Pero aparecieron problemas con respecto a ciertos delitos en los cuales no se podía aplicar la Ley del Talión, como aquellos cometidos en contra de la honestidad o los de lascivia. La Ley del Talión era la similitud de la venganza, a fin de que una persona sufra lo que le hizo la otra...”

El Magistrado Fernando Ortiz, hace referencia a la Constitución de 1857 en donde, afirma, existía la querrela de particulares ante los tribunales, permitiéndose al ofendido del delito, acudir directamente ante aquellas instancias, en ese entonces, se consideró innecesario instituir la figura del

---

[0MAGDO%20ORTIZ%20ACCION%20PENAL%20PRIVADA%20MAYO%202011\\_doc.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2011/diplojusticiapenal/PONENCIA%20MAGDO%20ORTIZ%20ACCION%20PENAL%20PRIVADA%20MAYO%202011_doc.pdf), consultado el uno de octubre de dos mil quince, p. 2.

Ministerio Público, ya que el particular no debía ser sustituido por institución alguna.

No obstante, el referido autor, precisa que el ejercicio de la acción penal privada que ahora se introduce, no será igual, porque las facultades de los jueces son distintas, ya que en 1917, se decidió quitar a los jueces la facultad de investigar delitos y por lo tanto a los particulares el derecho a acusar directamente ante los tribunales.

Criterio que se comparte porque, evidentemente que, antes de la Constitución de 1917, si el particular acudía directamente a los tribunales, era la autoridad judicial la encargada de investigar el hecho punible, sin embargo, ahora, con el proceso acusatorio, ello no será posible porque, como se ha referido, desde 1917, el agente del Ministerio Público es el encargado de investigar los hechos que la ley señala como delito, lo que pone en evidencia que las reglas para que el particular acuda directamente ante el órgano jurisdiccional, son diferentes.

Lo anterior se afirma porque, con las reformas al artículo 21 Constitucional del 18 de junio de 2008, se estableció por

parte del Constituyente en el segundo párrafo de la mencionada garantía, lo siguiente:

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

Resulta innegable que el supuesto monopolio del ejercicio de la acción penal, fue desterrado, al otorgarse al particular, la posibilidad de ejercitar acción penal, aunque, al respecto, el Doctor José Daniel Hidalgo Murillo, afirma que el que la acción sea ejercida por particulares, no hace particular la acción.

Hidalgo Murillo<sup>22</sup> al respecto indica:

***“...Los particulares pueden ejercer la acción particular, la acción privada, la acción coadyuvante y la acción popular. Por ende, si los delitos son de acción pública y la acción puede ser ejercida por la víctima u ofendido se llama acción particular, si el delito es de acción***

---

<sup>22</sup> HIDALGO MURILLO, José Daniel, (2013), Audiencia de Control de la Acción; Manual de Litigio para Víctimas y Ofendidos del delito, Flores Editor y Distribuidor, UNACH Centro de Investigación Jurídica, Universidad Autónoma de Chiapas, p. 170.

*pública pero sólo perseguible a instancia de parte ofendida, se trata de acción particular. Por el contrario, si el delito es de acción privada y la acción se ejerce ante el juez sin necesidad de actuación por el Ministerio Público, la acción es privada...”*

Al igual que en el criterio de oportunidad, el Constituyente tampoco estableció los supuestos en que puede actualizarse la acción penal de un particular.

Lo anterior también abrió el abanico de posibilidades para que, en principio, el legislador local, señalara cuáles serían los supuestos en que podría ejercitarse la acción penal particular, aunque en relación a ésta figura, las entidades federativas fueron más cautelosas, al regular los menos supuestos posibles.

Lo mismo acontece con el Código Nacional de Procedimientos Penales, pues, a pesar de establecer la posibilidad de que el particular ejercite la acción penal, también reguló los mínimos supuestos, según se desprende de los artículos 426 y 428 de la citada normatividad, los cuales indican:

*“ARTÍCULO 426.- Acción penal por particulares. El ejercicio de la acción corresponde al Ministerio Público, pero podrá ser ejercida por los particulares que tengan la calidad de víctima u ofendido en los casos y conforme a lo dispuesto en este Código. ARTÍCULO 428.- Supuestos y condiciones en los que procede la acción penal por particulares. La víctima u ofendido podrá ejercer la acción penal únicamente en los delitos perseguibles por querrela, cuya penalidad sea alternativa, distinta a la privativa de la libertad o cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión.”*

Aunque parece contradictorio que por una parte el agente del Ministerio Público esté facultado para no ejercitar acción penal pública aplicando el *criterio de oportunidad*, por ejemplo en los delitos culposos, y que por otro lado la víctima u ofendido tenga el derecho de ejercitar la acción penal pública en los delitos de querrela, dentro de los cuales también se encuentran los delitos culposos, no lo es.

Ello lo sostengo, porque la víctima u ofendido no necesita acudir ante el agente del Ministerio Público para ejercitar la acción penal particular, según se desprende de los anteriores

numerales; por el contrario, si el agente del Ministerio Público aplica un *criterio de oportunidad*, ello solamente sería en el supuesto de que la víctima u ofendido decidiera acudir ante el órgano investigador a solicitar su intervención, quien debe continuar la indagatoria y, en su caso, decidir sobre el ejercicio de la acción penal.

Dicho de otra manera, no se contrapone el criterio de oportunidad con la acción penal por particular porque, si la víctima u ofendido decide otorgar la facultad al órgano persecutor para que ejercite o no la acción penal pública, en caso de éste último supuesto, el querellante tendrá la posibilidad de impugnar tal decisión como ya se ha indicado.

Desde otro punto de vista, en caso de que la víctima no considere necesario solicitar la ayuda del agente del Ministerio Público, resulta palpable que, en estos supuestos, el Fiscal ninguna oportunidad tendrá de aplicar un criterio de oportunidad porque, no estará facultado para intervenir en la acción penal particular, según se analiza más adelante.

## **9. Acción penal por particulares. Realidad o ficción.**

Hemos señalado que, para que proceda la acción penal por particulares, es necesario que se actualicen los siguientes supuestos (artículo 428 del Código Nacional de Procedimientos Penales):

- a) Que se trate de delitos de querrela, siempre y cuando la penalidad sea alternativa, distinta a la privativa de la libertad;
- b) La punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión;
- c) Se cuente con datos que permitan establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, y
- d) Exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

Ahora bien, aún y cuando tales supuestos se presentaran, no debemos dejar de observar que el referido numeral precisa que la víctima u ofendido deben aportar los datos de prueba que sustenten su acción, ello sin necesidad de acudir al Ministerio Público.

Lo anterior es así en virtud de que, el tercer párrafo del multicitado artículo 428 señala:

*“...Cuando en razón de la investigación del delito sea necesaria la realización de actos de molestia que requieran control judicial, la víctima u ofendido deberá acudir ante el Juez de Control...”.*

Asimismo, indica que, cuando el acto no requiera control judicial, entonces deberá acudir ante el Ministerio Público, al señalar:

*“...Cuando el acto de molestia no requiera control judicial, la víctima u ofendido deberá acudir ante el Ministerio Público para que éste los realice...”.*

En principio pareciera que el legislador federal dispuso que, tanto la autoridad judicial y el agente del Ministerio Público deberían apoyar la investigación de la víctima u ofendido para que a la postre ejerciera la acción penal.

Empero, ello no es así, porque, el citado artículo precisa en su parte final:

*“...En ambos supuestos, el Ministerio Público continuará con la investigación y, en su caso, decidirá sobre el ejercicio de la acción penal...”.*

Es decir, contrario a lo que se esperaba, pareciera que la intención del Legislador Federal, fue otorgar las mínimas posibilidades a la víctima u ofendido para que acuda directamente ante el Juez de Control, pues, más que apoyar su investigación, el Código Nacional, cierra esa posibilidad y dispone que si el afectado invoca respaldo, ya sea del Ministerio Público o del Juez de Control, en ese momento termina la facultad del particular de ejercer la acción penal.

Además, el artículo 431 de la ley nacional, indica:

*“En la audiencia, el Juez de Control constatará que se cumplen los requisitos formales y materiales para el ejercicio de la acción penal particular.*

*De no cumplirse con alguno de los requisitos formales exigidos, el Juez de Control prevendrá al particular para su cumplimiento dentro de la misma audiencia y de no ser posible, dentro de los tres días siguientes. De no subsanarse o de ser improcedente su pretensión, se tendrá por no interpuesta la acción*

*penal y no podrá volver a ejercerse por parte de particular por esos mismos hechos...”.*

Insisto, el espíritu del legislador fue precisamente el que la víctima u ofendido no ejercitara acción penal de manera directa, pues, además de que son sumamente cerradas las hipótesis en las que puede ejercitarse la acción penal particular, claramente se indica que, al momento en que solicite la intervención ya sea del Ministerio Público o del Juez de Control, desde ese momento, el fiscal deberá continuar con la investigación, y en su caso, decidirá sobre el ejercicio de la acción penal.

Se antoja difícil que la víctima pueda de alguna manera ejercer la acción penal particular, pues, en el supuesto de un hecho que la ley señale como lesiones, ¿quién se encargará de hacer constar tales heridas? si el afectado solicita que los médicos legistas las certifiquen, desde ese momento, estará impedida a ejercer la acción penal particular, ¿podrá acudir directamente la víctima ante los peritos a que hagan constar las lesiones que presenta? o ¿será suficiente el dicho de testigos que aseguren haberlas presenciado?, reitero, al solicitar el particular, el apoyo del Ministerio Público, cúspide de la trilogía

investigadora del delito, será quien decida sobre el ejercicio de la acción penal.

Como se puede observar, el Código Nacional de Procedimientos Penales permite la posibilidad de que el órgano persecutor aplique criterios de oportunidad aún en tratándose de delitos graves, mientras que a la víctima u ofendido solamente le otorgó la posibilidad de ejercer acción penal particular en tratándose de delitos perseguibles por querrela, pero además que la penalidad de éstos delitos se alternativa, es decir, distinta a la privativa de libertad o cuya punibilidad máxima no exceda de tres años, es decir, prácticamente nos referimos a los delitos de bagatela.

Podemos concluir diciendo que, la acción penal particular, es una ficción porque esta figura está diseñada para que no se utilice, precisamente debido a los obstáculos que impuso al legislador federal a la víctima u ofendido para ejercerla.

### III. CONCLUSIONES

La víctima ha dejado de ser un actor secundario o terciario en el proceso penal para convertirse en protagonista del juicio, en el nuevo modelo de justicia penal, pues, de acuerdo a lo dispuesto en el apartado “A” del artículo 20 Constitucional, uno de los objetos del proceso, es precisamente obtener la reparación del daño.

Lo anterior, ha llevado al legislador federal a conceder al sujeto pasivo, todas las facultades procesales durante la tramitación del juicio, desde la asistencia a todos y cada uno de los actos procesales, ofrecimientos de medios probatorios hasta la impugnación de toda clase de resoluciones, no ejercicio de la acción penal, archivo, sentencias, etcétera.

En caso de que el agente del Ministerio Público, quien desde hacía muchos años, tenía el monopolio de la acción penal pública, no la ejercite, el particular tiene la facultad de hacerlo en los mínimos supuestos posibles, pues el legislador federal estableció una serie de candados para impedir que la víctima u

ofendido acuda al proceso directamente ejerciendo la acción particular.

No obstante, respecto de los criterios de oportunidad, a pesar de que el Código Nacional, establece supuestos reglados en los cuáles el agente del Ministerio Público puede aplicarlos, estableció hipótesis que a mi parecer pueden operar para delitos graves, lo que es preocupante, debido a la crisis que vive nuestro país.

Es necesario revisar de fondo todos y cada uno de los supuestos relativos a la acción penal particular y de los criterios de oportunidad para efecto de no generar mayor inseguridad jurídica y descrédito social de las instituciones.

Las hipótesis de los criterios de oportunidad deben ir progresando conforme se vaya encaminando el sistema acusatorio, para efecto de lograr un efecto convincente en la sociedad.

Debemos insistir en los medios alternos de solución de conflictos, toda vez que la mediación, conciliación, suspensión del proceso a prueba y los acuerdos reparatorios, son la base del

sistema acusatorio, pues, mucho se ha dicho que un noventa por ciento de las denuncias deben quedar en la etapa de investigación, claro, solucionados a través de estos medios alternos y prácticamente los delitos de mayor gravedad, los cuáles por su naturaleza no pueden ser sometidos a un medio alternativo, son los únicos que deberán llegar a juicio.

El agente del Ministerio Público así como el Asesor Jurídico, deberán concienciar a la víctima de los beneficios que puede tener la aplicación de un criterio de oportunidad, claro para que el afectado no se oponga al mismo, así como el uso de los medios alternos de solución de conflictos, como una de las mejores opciones para solucionar el problema que pretende llevar a juicio, pues, expertos en la materia, han sentenciado que el sistema colapsará si no se aplican estas formas alternas como sucede en otros países, que aún con su uso, tienen una carga excesiva de trabajo.

#### IV. FUENTES DE INFORMACIÓN

##### 1. BIBLIOGRÁFICAS.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert, (2010), *Los Criterios de Oportunidad en el Proceso Penal Acusatorio y Oral*, Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Formularios, Serie Nuevo sistema Procesal Acusatorio 10, UAEM, Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.

CARBONELL, Miguel, (2010), *Los Juicios Orales en México*, Editorial Porrúa, Renace, Universidad Nacional Autónoma de México.

GALLARDO ROSADO, Maydelí, (2011), *El Nuevo Rostro de la Justicia Penal en México*, Principio de Oportunidad, una realidad a enfrentar, Editorial Porrúa, México.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, (2009), *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o Autoritarismo?*, Editorial Porrúa, 2ª Edición, México, p. 289.

HIDALGO MURILLO, José Daniel, (2013), *Audiencia de Control de la Acción; Manual de Litigio para víctimas y ofendidos del delito*, Flores Editor y Distribuidor, UNACH.

Centro de Investigación Jurídica, Universidad Autónoma de Chiapas.

ORTÍZ CRUZ, Fernando Andrés, “La Acción Penal Privada en la Reforma Constitucional”, [www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2011/diplojusticiapenal/PONENCIA%20MAGDO%20ORTIZ%20ACCION%20PENAL%20PRIVADA%20MAYO%202011.doc.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2011/diplojusticiapenal/PONENCIA%20MAGDO%20ORTIZ%20ACCION%20PENAL%20PRIVADA%20MAYO%202011.doc.pdf), consultado el uno de octubre de dos mil quince.

ORTÍZ ÚRCULO, Juan Cesáreo, “El Principio de Oportunidad: Naturaleza, Ámbito de Aplicación y Límites”, [ftp.umcc.cu/REPOSITORIO%20DE%20LIBROS/BIBLIOGRAF%20CDA%20DIGITAL%20DERECHO/Textos%20para%20Penal%20General%20\(Bibliopenal\)/Principio%20de%20oportunidad%20y%20Derecho%20penal%20minimo/Principio%20de%20Oportunidad/Principio%20de%20Oportunidad.PDF](http://ftp.umcc.cu/REPOSITORIO%20DE%20LIBROS/BIBLIOGRAF%20CDA%20DIGITAL%20DERECHO/Textos%20para%20Penal%20General%20(Bibliopenal)/Principio%20de%20oportunidad%20y%20Derecho%20penal%20minimo/Principio%20de%20Oportunidad/Principio%20de%20Oportunidad.PDF), consultado el uno de octubre de dos mil quince.

## 2. LEGISLATIVAS.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXI Legislatura, [www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx), consultada el día seis de junio de dos mil doce.

Constitución Política del Estado de Aguascalientes, [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultada en mayo de dos mil quince.

Código Federal de Procedimientos Penales, [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultado en junio de dos mil quince.

Código Nacional de Procedimientos Penales, [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultado en mayo de dos mil quince.

Código Penal Federal, [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultado en junio de dos mil quince.

Código Penal para el Estado de Aguascalientes, [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultado en mayo de dos mil quince.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Aguascalientes, [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultado en mayo de dos mil quince.

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultada en mayo de dos mil quince.

Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de secuestro, [www.poderjudicialags.gob.mx/](http://www.poderjudicialags.gob.mx/), consultada en julio de dos mil quince.

Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado de Aguascalientes, [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultada en julio de dos mil quince.

Ley Orgánica del Ministerio Público del Estado de Aguascalientes, (Abrogada), [www.poderjudicialags.gob.mx](http://www.poderjudicialags.gob.mx), consultada en mayo de dos mil quince.

Legislación Penal del Estado de Aguascalientes, (2000), Editorial Sista.

Legislación Penal Procesal para el Estado de México, Código Nacional de Procedimientos Penales, Editorial Sista, 2009.

### **3. TESIS AISLADAS.**

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx), consultada en noviembre de dos mil quince.