

384  
24



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JORGE CARLOS HEREDIA GARCIA

MEXICO, D. F.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

1991



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## C O N T E N I D O .

### PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.

#### INTRODUCCION.

#### CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PRESCRIPCION.

1) EN EL DERECHO ROMANO.....	1
2) EN EL DERECHO CANONICO.....	4
3) EN EL DERECHO FRANCES.....	6
4) EN EL CODIGO ITALIANO DE 1875.....	9
5) EN EL DERECHO ARGENTINO.....	10
6) EN EL DERECHO COLONIAL MEXICANO.....	13
7) EN EL DERECHO DEL MEXICO INDEPENDIENTE.....	15
8) EN EL CODIGO PENAL MEXICANO DE 1871.....	16
9) EN EL CODIGO PENAL MEXICANO DE 1929.....	19

#### CAPITULO II: CONCEPTOS Y DEFINICIONES GENERALES.

1) DEFINICION DE LA PRESCRIPCION.....	21
2) CONCEPTO LEGAL DE PRESCRIPCION.....	22
3) RAZON FILOSOFICA Y PRACTICA DE LA PRESCRIPCION.....	23
4) DISTINCION ENTRE PRESCRIPCION, CADUCIDAD Y PRECLUSION.....	26
5) ESENCIA JURIDICA DE LA PRESCRIPCION.....	29

#### CAPITULO III: PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.

1) ANALISIS DE LA ACCION PENAL.....	33
2) FUNDAMENTO LEGAL DE LA ACCION PENAL.....	37
3) ESENCIA DE LA ACCION PENAL.....	41
4) REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION PENAL.....	44
1) DE LA DENUNCIA	
11) DE LA QUERELLA	
5) TITULARES DE LA DECLARACION DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.....	53
6) PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL Y PRESCRIPCION DE LA PENA.....	57

**CAPITULO IV : LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL EN EL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

- 1) DISPOSICIONES GENERALES.....58
- 2) COMENTARIOS A LOS ARTICULOS 100, 101, 102 y 103 DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.....61
- 3) EL TERMINO GENERAL PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCION CONTENIDO EN EL ARTICULO 105 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....67
- 4) PLAZO PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION EN LOS DELITOS QUE SE PERSIGUEN POR QUERELLA DE PARTE.....71

**CAPITULO V: CONSECUENCIAS DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.**

- 1) INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.....76
- 2) SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL:.....82
- 3) EFECTOS DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.....86

**CONCLUSIONES.....88**

**BIBLIOGRAFIA GENERAL.....90**

## I N T R O D U C C I O N

La prescripción viene a ser la usucapión, es decir, una ocupación por la cual los pueblos más antiguos adquirían el dominio de una cosa, de la "res nullius". Aparece por primera vez en las Doce Tablas; más tarde el pretor introdujo la "prescriptio temporalis" o "longis temporis". Justiniano equiparó la usucapión a la longis temporis y Teodosio estableció que a pesar de la mala fé del deudor, en treinta años se extinguía una acción no ejercitada. Existía además otra prescripción inmemorial o vetustas, que concedía irrevocablemente el derecho que se ejercitaba por un tiempo mayor a aquél que recordase la memoria humana. Con el derecho Canónico sufrió la prescripción grandes modificaciones, siendo la principal la existencia de la buena fé, tanto en el autor como en el sucesor, precepto que demuestra la superioridad del derecho Canónico sobre el civil pero que no satisface el interés social.

Poco a poco se estableció una mejor tutela jurídica sobre este asunto, habiéndose dictado disposiciones diferentes en la diversas ciudades italianas. Después de la conquista de la Galia por los Bárbaros, siguió rigiendo la prescripción por treinta años fatales a todas las acciones, reformándose poco después en virtud de la influencia Canónica. En estos principios se basó el Código de Napoleón que distinguió entre la prescripción adquisitiva de diez y veinte años y la extintiva ordinaria de treinta años, existiendo además prescripciones breves debidas de la presunción de pago, la buena fé se exige tan solo en la de diez y veinte años para adquisición de inmuebles.

Así, la prescripción es una razón adquirida por el transcurso del tiempo. En la actualidad la ley distingue entre la adquisitiva que tiene por objeto adquirir un derecho y la extintiva o liberatoria por la que se liberan de una obligación

La legitimidad de la prescripción se demuestra plenamente en el caso de una reclamación que se haga valer habiendo transcurrido cierto tiempo.

La prescripción es una institución justificada por un fin de conveniencia social, y una vez que el legislador le ha fijado determinadas condiciones llega a quedar completa. Así pues, la prescripción viene a ser de buena o de mala fé, según el uso que de ella se haga.

Ni las leyes ni los códigos dan definición alguna de la prescripción, se limitan a presentar bosquejos sobre ella sin embargo encontramos que algunos tratan de definirla, aún cuando no lo consiguen. El código español la define como "un medio por el cuál en el transcurso del tiempo y bajo las condiciones determinadas se adquieren derechos y se libran las obligaciones.

En el derecho penal la prescripción es extintiva o liberatoria, los derechos sociales que la prescripción penal tipifica, o bien los derechos de acción que producen el nacimiento de la infracción o los de ejecución que originan la condena que es la de manifestación jurídica del ejercicio del derecho de castigar. Constituye comunmente el modo de extinguir el derecho de perseguir las infracciones o de ejecutar las condenas penales, y su efecto es siempre paralizar la acción social tendiente a la represión de un delito, en su doble forma de ejercicio: la persecución y la condena.

La prescripción en materia criminal, produce siempre cuando atiene a la acción pública efectos análogos a los de amnistía y cuando presenta obstáculos a la ejecución de la condena, a los de la gracia. Así que si un inculcado o un condenado ha gozado de impunidad durante cierto tiempo, ésta impunidad la ha adquirido irrevocablemente.

Las causas que extinguen las penas son aquellas circunstancias que aparecen después de la comisión de un acto punible y que sirven para destruir la acción penal ya originada. Estas causas pueden ser muy diversas, desde la muerte del culpable, la amnistía, la prescripción etcétera.

Autores como el Doctor Raúl Carrancá y Trujillo, establecen que la prescripción penal se basa en el transcurso del tiempo afectando a la acción y a la ejecución. Pero hay otros como Ferri, Beccaria y demás, que no admiten su existencia considerandole como una protección de los delincuentes.

La prescripción se basa en el hecho de estimar lesionados los derechos de la sociedad, manteniendo por tiempo in definido la suposición de que un determinado individuo es culpable, además de que en este tiempo transcurrido, pueden desaparecer algunas pruebas o bien que el sufrimiento del delincuente que escapa de la justicia tratando de ocultarse, es ya una pena y esencialmente el hecho de que la razón de castigar ha desaparecido.

En nuestro derecho un principio encontrábamos disposiciones aisladas estimando que solo prescribían ciertos delitos, hasta que el licenciado Martínez de Castro, formuló su reglamentación.

Los Códigos de 1929 y 1931, se limitan a establecer reglas que señalan los plazos para que prescriban los delitos y la forma de computarlos. Para justificar su existencia se dice que es ineficaz e injusto perseguir un delito, después de cierto tiempo de ejecutado, pues ni el acusado podría probar su inocencia, ni el estado la culpabilidad del mismo, porque el tiempo logra borrar casi todas las huellas del delito. También se trata de justificar esta institución, diciendo que el reo sufre considerablemente con sus remordimientos y el temor

de ser aprehendido. Sin embargo éste último razonamiento no es muy exacto, ya que se puede dar el caso de que no sea así, si no que habiendo logrado escapar el delincuente, goce y disfrute del producto del robo o cualquier otro beneficio que haya obtenido y entonces ni se acuerde del delito y menos de las instituciones jurídicas.

Examinando cada una de los códigos de los estados de la República Mexicana, nos encontramos que en el fondo todos son idénticos, aún cuando algunos conservando el criterio antiguo continúan tratando separadamente la prescripción de la acción penal y de la pena, en tanto que otros han adoptado el vigente en el Distrito Federal, con algunas modificaciones en cuanto a los términos tan sólo en la forma de expresión.

## CAPITULO I

### ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PRESCRIPCION.

## CAPITULO I

### 1) ANTECEDENTES DE LA PRESCRIPCION EN EL DERECHO ROMANO

En el caso del derecho penal, el pueblo romano no tuvo gran avance ya que solo los juristas de la época clásica se interesaron en el derecho criminal. Así tenemos que en su derecho penal existieron los delitos públicos que podían ser acusados por cualquier ciudadano romano y los privados por el contrario, solo tenían derecho de entablar la acción aquel que ha sufrido el perjuicio. Pero al lado de esta serie de instituciones aparece contemplada la prescripción de la acción para perseguir el autor de un hecho determinado considerado como delito, no haciéndose ninguna mención de la prescripción de la pena, como lo afirma Manzini que "... el derecho romano no admitía la prescripción de la pena ya infligida."(1).

Se tuvieron diversos términos para la prescripción de la acción penal, pero principalmente existieron dos; la Lex Julia de Adulteris que estableció cinco años, sin legislarse sobre esta materia en los tres siglos siguientes a esta ley y hasta la época de Dioclesiano, en que se fija un término de veinte años para que surtiera sus efectos la prescripción, con excepción de algunos delitos como el parricidio Suppositio Partus y Apostasia que eran imprescriptibles.

En el derecho romano anterior a la época de las Doce Tablas, para los efectos de adquirir no era necesario la justa causa y la buena fé, sino además se requería una posesión suficientemente prolongada, para que operase la usucapión, justa

(1) Manzini, Vincenzo, "Tratado de derecho Penal": Buenos Aires, Argentina, 1950, tomo V, pág.139.

tificándose ésta en virtud de que el propietario de la cosa abandonada y por lo mismo no ejercía ningún derecho sobre ella dando lugar a que el poseedor la adquiriera en un tiempo demasiado corto.

Posteriormente con la ley de las Doce Tablas, quedó definido que las cosas robadas no podían ser susceptibles de usucapirse y con los jurisconsultos se desarrolló el principio de que no era de justicia que la usucapión operara cuando la posesión se originara en la violencia o en un estado precario.

Más tarde con Justiniano, resurgió la Praescriptio Longi Temporis, que reemplazó a la usucapión respecto a la adquisición de algunos bienes, ya que aquella solo se concretaba a proteger a los poseedores provinciales, únicos beneficiarios de las facilidades que proporcionaba.

Después Justiniano llevó a cabo la idea de fusionar la Praescriptio Longi Temporis y la antigua Usucapión.

La praescriptio negativa o extintiva apareció poco tiempo después, ya que los romanos no admitían que la sola inacción por parte de un sujeto, fuera capaz de producir como consecuencia la liberación de una carga por parte del otro. Así transformaron los principios del derecho quirritario, estableciendo que las acciones fueran temporales y la prescripción de la acción fue la primera en aparecer, porque la Lex Julia de Adulteris concedió la prescripción de cinco años. En la legislación Imperial todos los delitos prescribían en el transcurso de veinte años.

"En el digesto de Rodríguez de Fonseca encontramos algunas disposiciones referentes a la prescripción dentro del derecho romano"

(2) Rodríguez de Fonseca, B. "El Digesto del Emperador". Madrid, España. 1874, tomo III, pág. 647.

1.- Ley II párrafo 4 " al que comete adulterio se le puede acusar dentro de los cinco años continuos desde el día que lo cometió..."(3).

2.- En el párrafo VI de la misma ley, señala que el marido tiene sesenta días para acusar a su cónyuge de adulterio desde el día en que lo cometió.

3.- La ley V, párrafo 2 "...ésto no obstante el delito de raptó podrá acusarse, aunque hayan pasado cinco años , porque el delito de raptó es mayor y no prescribe por el tiempo que se determine por la ley Julia que trata de los adulterios".(4)

4.- Título 13; Venuleyo Saturnino, juicios públicos, libro II ley 7. "No se puede acusar del delito de pécúlatu después de cinco años de haberse cometido."(5)

(3) Rodríguez de Fonseca, B. "Op. Cit", pág. 647.

(4) Idem, tomo III pág, 671.

(5) Idem, tomo III, pág. 677.

## 2) ANTECEDENTES DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO CANÓNICO.

En la Edad Media, el clero tuvo una influencia determinante en todas las actividades del hombre, por lo que el campo jurídico no escapó a ese poder. Por tal motivo el derecho canónico tuvo gran predominio en Europa, estando inspirado en los principios teológicos que fundamentaban a la Iglesia cristiana, originándose una indisoluble asociación entre el delito y el pecado, convirtiéndose la esencia de este derecho en algo espiritual.

En general las jurisdicciones eclesiásticas de principios del siglo XIII, que como se encontraban compuestas de clérigos, los únicos letrados de la época establecieron un sistema esencialmente letrado.

Della Rocca, define al derecho canónico como "... el conjunto de normas jurídicas que los órganos competentes de la Iglesia católica ponen en vigor o hacen valer, con el fin de regular su organización y de ordenar la actividad de los fieles en relación con los fines propios de dicha institución" (6).

En este derecho también existió y prevalece hasta nuestros días el instituto de la prescripción de la acción para perseguir los delitos en contra de la religión, pero al igual que el derecho de los romanos no aceptó la prescripción de las sanciones impuestas.

Teniendo la prescripción de la acción criminal como lo dijo Moreno Hernández " dos razones fundamentales la cesación del daño social por el transcurso del tiempo, y la dificultad

(6) Della Rocca, Fernando. "Manual de Derecho Canónico". Madrid, España, 1962, editorial; Guadarrama, Tomo I, página 25.

de las pruebas y de la defensa por el transcurso del tiempo, con el consiguiente peligro de una condena injusta"(7).

Se toman como base de la prescripción algunos de los argumentos de las teorías que tratan de establecer su naturaleza jurídica, tema que abordaremos posteriormente, siendo uno de esos de esos argumentos el que menciona Eichman, " el tiempo cubre con su manto en cierta forma el delito y hace el castigo innecesario desde el momento que va desapareciendo la memoria del mismo, además el lapso de tiempo dificulta las pruebas y la defensa, dejando una problemática a la justicia del fallo acaecido"(8).

Citaremos algunos de los cánones que menciona Miguélez en su obra código de derecho canónico, que contienen en el capítulo VII, título la extensión de las acciones:

a) Canon 1702: "toda acción criminal caduca por el transcurso del tiempo útil para entablarla". (9)

b) Canon 1555: Párrafo primero "...sobre los delitos reservados a la sagrada congregación del santo oficio, el tiempo útil para entablar la acción criminal es de 3 años, a no ser que se trate:

- 1.-de la acción de injurias, la cuál caduca al año.
- 2.-de la acción de los delitos calificados contra el VI Y VII mandamientos de la ley de dios, la cuál se extingue a los cinco años.
- 3.-de las acciones por simonía u homicidio contra los cuales la acción criminal durará diez años"(10)

(7) Moreno Hernández, M. "Derecho Procesal Canónico". , Barcelona, España 1956, editorial; Aguilar, página 183.

(8) Eichman, Eduardo. "El derecho procesal según el derecho romano". Barcelona, España 1931, librería Bosch, pág. 147.

(9) Miguélez Domínguez, L. "Código de derecho canónico" Madrid, España. 1945, editorial; Católica, pág. 570

(10) Op. cit. pág. 571.

### 3) ANTECEDENTES DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS

Es interesante notar que a partir de la Revolución Francesa, el campo jurídico despierta de un letargo para volver a adquirir su dinamismo.

A partir de este movimiento se elaboran y aplican nuevos ordenamientos legales, los cuales tomaron como base en gran medida al código penal de 1810, al de comercio de 1807 y al civil de 1804. En concreto, en relación al tema de la prescripción, la cuál se aplica a toda infracción de la ley penal por que en todas el tiempo produce siempre sus efectos. No puede haber ya como en el derecho romano y en la antigua jurisprudencia criminal crímenes imprescriptibles.

El Código Penal Francés establece por primera vez la interrupción de la prescripción de la acción criminal, el derecho francés conservó la regla general romana de la prescripción de veinte años para los crímenes, pero una doble modificación se introdujo poco a poco en la práctica, por una parte se admitió que la condena penal debía realmente ser ejecutada en el intervalo de treinta años bajo pena de prescripción por otra la acción relativa a los intereses civiles fue subordinada a la acción pública desde el punto de vista del plazo de la prescripción.

El fundamento de la acción penal en el derecho francés es perdonable, presumiendo la infracción de la condena y la legislación ha sacado dos consecuencias principales; a) el recuerdo del hecho culpable y la necesidad de la represión, conserva durante más tiempo la atención de los grandes crímenes que de los delitos inferiores y la duración de la prescripción penal es más o menos larga, según la mayor o menor gravedad de las infracciones o condenas. b) como la sentencia definitiva ha asegurado la prueba y fijado el recuerdo de la in-

fracción su prescripción es un poco más larga que la de la acción; es ordinariamente el doble. Si el juez ejecuta un acto dirigido contra el culpable, la prescripción se interrumpe siempre que estos actos se relacionen al autor de un hecho determinado; si por una disposición legal el proceso no principia o no continúa, la prescripción se suspende.

Está admitido en el derecho francés, que la prescripción comience a correr el día de la perpetración del hecho punible y que el plazo de la misma se cuente por días, por eso se dice que día del delito forma un todo indivisible, porque este es el punto de partida del ejercicio, así como de la extinción de la acción pública y se comprende este día en su totalidad.

Goyet, menciona que " el plazo de la prescripción de la acción pública queda sometido a diez años por circunstancias atenuantes, así lo dispone la ley del 1º de marzo de 1855 de la Corte de Casación de Francia."(11)

El mismo tratadista francés, cita algunas excepciones a la regla general de que " el retraso de la prescripción se reduce en lo que concierne a diversas infracciones previstas en leyes especiales. ( artículo 643), principalmente:

a) Los delitos de caza por un año empiezan a contar a partir del día del delito ( ley del 3 de mayo de 1844, artículo 28 la cuál fué modificada por la ley del 18 de noviembre de 1898).

b) Los delitos de campo no castigados por el código penal prescriben en un mes ( ley del 29 de septiembre de 1791 artículo 8).

(11) Goyet, Francisque. "El ministerio público en materia penal" París, Francia. 1953, editorial: Recueil Sirey, pág. 322.

c) Los crímenes , delitos y contravenciones previstos por la ley sobre la prensa del 29 de junio de 1881, prescriben a los tres meses. ( artículo 65)

d) Los crímenes y delitos electorales, prescriben a los 6 meses a partir de la publicación del escrutinio ( decreto del 3 de febrero de 1852, artículo 50, reformado por la ley del 5 de octubre de 1946)". (12)

(12) Goyet, Francisque. "Op. cit." página 323.

#### 4) POSTURA UNIFICADORA DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CÓDIGO ITALIANO DE 1865.

Se ha sostenido que la unificación da base entre la usucapión y la prescripción liberatoria, es extraña al derecho romano, no obstante ésta afirmación no parece del todo acertada, ya que como vimos anteriormente, la Praescriptio longi Temporis permitía al poseedor de un fundo provincial repeler las acciones reivindicatorias promovidas por su titular; recién Justiniano la fusiona con la usucapión y consecuentemente le reconoce efectos adquisitivos. Surge entonces que la prescripción adquisitiva, la usucapión, nació en cierta medida como una prescripción liberatoria de la acción real."(13)

El unitarismo se vitalizó con los canonistas y con la escuela del derecho natural, para motivar en forma clara al código francés a través de Domat y Dunod de Charnage.

En ambas figuras jurídicas se invocan análogos fundamentos, similar influencia del factor tiempo, comunes causas de suspensión y de interrupción, conceptos únicos de presentes y ausentes, el idéntico carácter de orden público, etc.

En el derecho comparado son partidarios del unitarismo el código francés, el austríaco, el chileno, el español y el código italiano de 1865.

(13) Stolfi, Nicola. "Diritto civile, Il Possesso e la proprietà". Torino, Italia. editorial:Giuliani, volumen II, parte primera, página 152.

### 5) LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO.

El código argentino se identificó con la teoría del olvido del hecho, sustentada aparte por otros autores entre los cuales puede mencionarse a Feurbach, Haus, Rivarola y Jiménez de Asúa, hasta que sancionada la ley de Jé de erratas introdujo en su texto con el concepto interruptivo de la secuela del juicio, la concepción correctiva de la prescripción, estableciendo a sí un sistema mixto, pero penal.

Decimos que penal, ya que como enunciamos anteriormente, hay quienes fundamentan el instituto en la incertidumbre que se cierne sobre las probanzas a medida que transcurre el tiempo, o sea las razones de la existencia serían procesales y no de derecho material.

Los más son partidarios de una fundamentación mixta como las denomina Vera Barros.(14) O sea que se valen de argumentos penales y procesales como preminencia de unos y otros.

Aquellos que se pronuncian por la tesis penalista, apoyan sus conclusiones en dos argumentos: "El olvido del hecho y la presunta corrección del delincuente, que son los que hacen desaparecer al derecho de castigar en el caso concreto que tenía el estado".(15)

La opuesta doctrina procesalista, hace hincapié que se trata de un impedimento formal o sea que con el transcurso del tiempo se opera un debilitamiento tal en las pruebas que

(14) Vera Barros, P. "La prescripción penal en el código penal" Buenos Aires, Argentina 1978, editorial Bibliográfica pág. 23.

(15) Algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia han sustentado estos argumentos, título 194, 245; fall: T, 114, 450.

se torna imposible el proceso, más que nada porque no solo de saperecen las de cargo sino que corren el mismo riesgo las que puedan desvirtuarlas, acreditando la inocencia del inculpado" (16).

No creemos en la alternativa de Vera Barros de sobreseimiento o absolución según se le considere a la prescrip- ción del derecho material o procesal, pues este a nuestro pare cer es un mal enfoque, proviene de una falsa imagen fraguada acerca de lo que el sobreseimiento significa y de que el pronunciamiento extintivo de la acción, va referido forzosa- mente al juicio sobre la punibilidad o no del hecho. Esto no resulta imponible por prescripción sino que ésta impide todo pronunciamiento acerca de lo primero, porque impide al juzgado r incluso entrar en el análisis de otras cuestiones que son necesariamente previas en el exámen de un hecho criminoso, como la adecuación típica, antijurídica, e imputable.

Y no sólo resulta inadecuada la terminología sobreseim iento, que es propugnada por el código argentino, sino tam- bién la de absolución, porque parecería como que el tiempo le concede un beneficio extra al delincuente olvidando su falta , y ubicándolo en una mejor posición frente a la ley, que si se hubiese investigado el caso y llegado a la real conclusión de su inocencia.

Bastaría con que operada la prescripción se declarase extinguida la acción penal y se mandasen archivar las actua- ciones y en ésta forma se utilizaría un léxico más apropia- do, sin añterferir en el ulterior alegato de una cosa juzga da, ya que se trata de una resolución definitiva, que ha causado estado, dejando bien claro, que la fortuna, el azar ayudó a un delincuente a lograr su impunidad y no su decencia y corrección.

(16) "Handbuch des Strafrechts" y Buenos Aires, Argentina 1974 Traducc. Gómez Marraqui, título I, pág. 323.

Los argentinos creen que la consagración de la inocencia de un individuo es un pronunciamiento demasiado trascendente para ser facilitado con tanta ligereza y por ello propongan por una reforma en ese sentido en su código penal.

Los dos tipos de prescripción que determina el código penal argentino son: la prescripción de la acción y la prescripción de la pena.

La prescripción de la acción, es aquella que por imperio de la ley, transcurrido un lapso determinado variable, según sea la índole o extensión de la pena establecida, aniquila la posibilidad por parte de órgano jurisdiccional de perseguir al sujeto autor de un delito.

Operada ésta, será totalmente irrelevante que se entre a investigar el hecho, debiendo por imperio de la propia ley inhibirse de realizar cualquier acto tendiente a ello.

La prescripción de la pena impide la ejecución o mejor efectivización del pronunciamiento condenatorio que impone el castigo, mereciendo por cuanto se ha logrado determinar la culpa en el proceder del sujeto que exonera en ésta forma de su obligación de cumplir con la retributiva medida que le acarrea su conducta.

## 6) LA PRESCRIPCIÓN EN LA ÉPOCA DE LA COLONIA EN MÉXICO

El autor Capdequí nos proporciona una definición de derecho indiano, el que rigió durante la época de la colonia en México a partir de 1510 hasta 1810 y el cual dice que es "... el integrado por aquellas normas jurídicas reales, cédulas, provisiones, instrucciones, ordenanzas, etc. que fueron dictadas por los monarcas españoles o por sus autoridades de legadas para ser aplicadas de manera exclusiva, con carácter general a los territorios de las indias occidentales."(17)

Los tipos de instituciones en el derecho indiano fueron tres:

1.- Normas e instituciones en el derecho indiano aplicadas en todo el reino español.

2.- Normas aplicadas sólo en las indias.

3.- Normas e instituciones que se aplicaban sólo a una región de las indias.

La prescripción estuvo contemplada en los cuerpos legislativos españoles y ésta se llegó a aplicar supletoriamente a los pueblos conquistados en América, así mencionaremos las disposiciones que en relación a nuestro tema de estudio, se establecieron en dos años de los códigos que estuvieron vigentes en la época de la colonia,

1.- El fuero juzgo en su libro décimo, título 11, ley tercera, estableció. " Todos los pleitos buenos o malos, si fueren de algún pecado, sino fueren demandados o terminados hasta treinta años..." si algún hombre después de treinta años quisiera demandar alguna cosa, este tiempo ya no lo podrá hacer y además pagará una libra de oro a quién el rey man

dare."(18).

El libro III, título III, ley VII, dispone " los que fuerzan a las mujeres, pueden ser acusados hasta treinta años ... después de treinta años no le pueden acusar."(19)

2.- " Las siete partidas, siendo la séptima la que se refiere a los delitos. Verlanga Huerta hace notar que en la legislación española no existió una ley que determinara en forma general el tiempo en que han de prescribirse los delitos, y hace referencia al título VII, de la ley 5, en la que se establece un término de 20 años para que opere la prescripción en el delito de falsedad"(20)

Otras disposiciones de ésta compilación en relación a la prescripción son:

"Título IX, ley XXII, establece un año para la prescripción del delito de injurias." (21)

"Título XVII, ley III, establece un término de 60 días para que el marido acuse a su mujer de adulterio, en caso de sentencia de divorcio, ocntados a partir de la fecha de ésta, sin incluir los días feriados."(22)

Título XVIII, ley II menciona que el delito de incesto puede ser acusado en el tiempo igual que se fijó para el adulterio."(23)

(17) Capdequí, Jese María. " Manual de Historia del Derecho Español en la Indias." Buenos Aires, Argentina tomo I, pág 14.

(18) "Fuero Juzgo" Real Academia Española. Madrid 1815, 1-barra impresores, pág. 168;

(19) "op. cit." pág. 63.

(20) Verlanga Huerta, Fermín. "Tratado de materia criminal" Madrid, España. 1842, librería de Ríos, tomo I, pág. 41.

(21) "Código de las siete partidas" Madrid, España 1848, Imprenta de la pulbicidad a cargo de M. pág.343.

## 7) LA PRESCRIPCIÓN EN EL MEXICO INDEPENDIENTE

En ésta época de México, no se desarrolló realmente una verdadera actividad dentro del campo jurídico, debido a que la situación, política, económica y social de nuestro país originada por las constantes luchas por el poder obstaculizaron la elaboración y aplicación de leyes adecuadas a las necesidades del pueblo mexicano, por lo que se siguieron aplicando las normas jurídicas del derecho español.

Como lo señala Rodríguez de San Miguel al decir "Ojalá que aunque hubiese sido por el punto de imitación que ha caracterizado a los mexicanos se hubiera llevado a debido efecto la formación premeditada de un código criminal, pero desgraciadamente en más de treinta años los mexicanos estuvieron emancipados de la metrópoli española, ese pensamiento no se realizó. Únicamente se sancionaron algunas leyes insuficientes y parciales que en lugar de hacer más expedita la acción de la justicia, en el ramo criminal tan importante, lo obstruyeron y complicaron más." (24)

Cabe hacer notar que el derecho español fué un reflejo del derecho canónico, el cual a su vez se basó en el derecho romano para la formulación de sus leyes, y en cada uno de ellos existió la imprescriptibilidad de ciertos delitos como el parricidio y el adulterio y es hasta el año de 1871 que entra en vigor el primer código penal mexicano.

(24) Rodríguez de San Miguel. "Curia Filípica Mexicana". México 1978, editorial; UNAM. pág. 414.

## 8) LA PRESCRIPCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL MEXICANO DE 1871

El código penal de 1871 conocido también con el nombre de Martínez de Castro, es el primer ordenamiento jurídico en materia penal dirigido para su publicación por el presidente Benito Juárez.

Se contenía en éste código lo más avanzado de las normas penales y en relación a la prescripción sostuvo la idea de que todos los delitos son prescriptibles, como lo menciona el doctor Raúl Carrancá y Trujillo en su libro. "El código penal de 1871 descartó como absurda la imprescriptibilidad de las acciones y de las penas porque le parecía imposible que un delito pueda alarmar eternamente y creyó además que si el desgraciado que ha delinquido una vez y que ha logrado sustraerse a la persecución de la autoridad, ha de tener siempre suspendida sobre su cabeza la espada de la justicia."(25)

Las disposiciones referentes a la prescripción se encuentran contenidas en el código de 1871 en su título sexto, extinción de la acción penal, capítulo I, artículos 253 y 254 y capítulo IV, prescripción de las acciones penales, artículos 262 al 279; y la prescripción de la pena se encuentra prevista en el artículo séptimo, capítulo I, artículo 280 y capítulo IV artículos 291 al 300.

Indicaremos algunos de los artículos referentes a la prescripción contenidos en el código de Martínez de Castro:

Art. 253.- "La acción penal se extingue..."

IV.- por prescripción.

(25) Carrancá y Trujillo, Raúl. "Derecho Penal Mexicano". antigua librería Robrado, tomo II, pág 271.

Art. 254.- " El reo puede alegar en cualquier estado del proceso, las excepciones que producen las causas enumera das en las fracciones II, III, IV y V del artículo anterior"

Art.- 264."La prescripción es personal y para ello , bastará el simple transcurso del tiempo señalado en la ley."

Art. 267.-"las acciones provenientes de los delitos cometidos antes de promulgarse éste código y que entonces eran imprescriptibles, dejan de serlo. Los términos para su prescripción serán los que señala este código y se contarán desde el día en que comience a regir." (26)

Art. 272.- " La acción penal que nace de un delito que solo puede perseguirse por queja de parte; se prescribi rá en un año, contando desde el día en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente. Pero si pasaron tres años sin que se intente la acción, se prescribi rá ésta, haya estado o no detenido el ofendido."(27)

A principios de siglo, se trató de llevar a cabo una reforma del código penal, para lo que se integró una comisión formada por los licenciados Miguel S. Macedo, Manuel Olivera Toro y Victoriano Pimentel, habiéndose iniciado su labor en 1903 y terminado en 1912, ofreciendo en licenciado Pimentel sus conclusiones y reformas en concreto sobre la prescripción mismas que nunca entraron en vigencia.

Citaremos algunas de las reformas que se proponían, por ejemplo que el título del capítulo cuarto en lugar de decir "prescripción de las acciones penales", debería de decir "De la prescripción ya que se sobre entiende que es de las acciones penales.

(26) "Código penal mexicano". México 1871, pág 35-49.

(27) "op. cit." pág. 35-49.

El artículo 262 en sus palabras finales; por queja de parte, consideraba que no solo estaba de más sino que eran un obstáculo para la claridad del precepto y que debería de decir, "art. 262 por la prescripción de la acción penal se extingue el derecho de proceder contra el delincuente."

Hace la observación que en éste código prescribía la acción penal, pero no la pena de inhabilitación, por lo que se seguía investigando. siendo una situación totalmente indebida porque al prescribir la acción penal, no se puede seguir investigando para la imposición de la pena de inhabilitación.

## 9) LA PRESCRIPCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL MEXICANO DE 1929

En el diario oficial del día 5 de octubre de 1929, fué publicado el nuevo código penal para el distrito y territorios federales, siendo conocido con el nombre de código de Almaráz atendiendo a su principal redactor José Almaráz, ordenamiento que derogó al de 1871, pero en vista de que era muy conflictivo sólo estuvo vigente dos años, siendo derogado por el código penal de 1931, el cual continúa vigente hasta nuestros días.

En lo relativo al tema de la prescripción, este estuvo contenido en su título quinto, de la extinción de la acción penal, capítulo V de la prescripción y a partir del artículo 256 al 259 del código penal de 1929.

Algunos de sus preceptos son:

Artículo 256.- " Establece que por la prescripción de la acción se extingue el derecho de proceder en contra del delincuente.

Art. 257.- " La prescripción es personal y basta el solo transcurso del tiempo"

Art. 258.- " Los términos de la prescripción son continuos y se contarán excluyendo el día en que se cometió el delito, o si fuere continuo, el día que cesó." (28)

Art. 259.- establece la prescripción de los delitos de oficio.

(28) "Código penal mexicano." México D.F. 1929, págs. 67 y 68.

Art. 260.-"La acción penal prescribirá en cinco años cuando la sanción aplicable sea mayor de cinco años y menor de diez años y en diez cuando exceda de este tiempo y que se reúnan los requisitos siguientes:

I.- Que durante el tiempo no se haya intentado la acción penal correspondiente al delito;

II.- Que durante ese mismo tiempo el acusado no haya cometido otro nuevo delito;

III.- Que sea la primera vez que delinquirió;

IV.- Que el delito no sea de homicidio, lesiones calificadas, incendio, violación, asalto, secuestro, o robo con violencia, y;

V.- Que el acusado no se haya sustraído a la acción de la justicia ocultándose." (29).

Como se puede observar este código no daba ninguna solución a través del artículo antes transcrito, cuando el delincuente era reincidente o cometía otro delito distinto y lo más importante es que no dice nada acerca de los casos de excepción contenidos en la fracción IV. ya que se concluye que si no se reunían los requisitos, no operaba la prescripción y por lo tanto se estaba ante la imprescriptibilidad de la acción persecutoria.

Además este código establecía los requisitos personales, como lo era la calidad del delincuente que, debería ser primario y la no ocultación del mismo, las cuales eran condiciones poco superables para que la prescripción operase por el simple transcurso del tiempo.

## CAPITULO II.

### CONCEPTOS Y DEFINICIONES GENERALES.

## 1) DEFINICION DE LA PRESCRIPCION.

En la prescripción se encuentra una razón fundamental de convivencia, en cuanto sirve al orden que gobierna a las conductas humanas, siendo un freno a la incertidumbre generada por la inmensa variabilidad de eventos sociales, que se plantean a diario como atentatorios de los derechos humanos.

El significado etimológico de la palabra actualmente llamada prescripción proviene del latín praescriptio-onis, que significa, "acción o efecto de prescribir" y en relación a la palabra prescribir, se establece que proviene del latín praescribere y que significa, "perpetuar, ordenar una cosa." "Extinguir la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo, contado desde la comisión del delito, de la falta o desde la imposición de la pena." (30)

En el diccionario usual de Cabanellas se define a la prescripción como, "La consolidación de una situación por el efecto del tiempo, ya sea convirtiendo un hecho ó un derecho como la posesión de una propiedad..." "Extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo sin perseguir al autor del delito o de la falta..." (31)

Manzini dice que la prescripción es " una de las formas que extingue tanto el ejercicio de la acción penal, como el derecho de castigar del estado, por el transcurso del tiempo, ya sea que con ella se obstaculiza la pretensa punitiva, exclusiva facultad de éste." (32)

(30) "Diccionario de la lengua española". Madrid, España 1983. editorial Espasa-Calpe, página 1061.

(31) Cabanella, Guillermo. "Diccionario de derecho usual". Buenos Aires, Argentina. tomo III, pág. 215.

(32) Manzini, Vincenzo. "Tratado de Derecho Penal". Barcelona, España, 1979. editorial; Lazcano, pág 144.

## 2) CONCEPTO LEGAL DE PRESCRIPCIÓN.

De la mayoría de los tratadistas consultados, ninguno de ellos proporciona una definición de la prescripción sino que se refieren exclusivamente a su contenido, con excepción de Vela Treviño, quién nos proporciona la siguiente definición. "...es el fenómeno jurídico penal por el que en razón del simple transcurso del tiempo, se limita la facultad represiva del estado al impedirle el ejercicio de la acción persecutoria o la ejecución de las sanciones impuestas."(33)

De la definición anotada, así como del significado del vocablo se desprenden los siguientes elementos de la prescripción:

1.- "No representa otra cosa que el reconocimiento de un hecho jurídico a un hecho natural, éste es el transcurso del tiempo del tiempo, el efecto y el olvido, ocasionado por el correr del tiempo, es un fenómeno tan evidente en el campo de la vida individual y social, que no podía dejar de imponerse también al ordenamiento jurídico."(34)

2.- La prescripción opera por el simple transcurso del tiempo, existen variantes en relación a su cómputo según sea el hecho imputado y la ejecución de la pena.

3.- La limitación al ejercicio de la facultad represiva del estado, como ya se ha dicho, se establece frente a un estado de derecho, por lo que existe un conjunto de normas que regulan la prescripción, y se puede afirmar que el mandamiento de tales normas va dirigido por un lado al estado mismo y por el otro al órgano que el propio sistema represivo ha creado.

(33) Vela Treviño, Sergio. " La prescripción en materia penal". México, 1983. editorial; Trillas, pág. 57.

(34) Manzini, Vincenzo. "Op. cit". tomo V, pág. 145.

### 3) RAZON FILOSOFICA Y PRACTICA DE LA PRESCRIPCION.

Se advierten tres teorías que agrupan a la gran diversidad de argumentos que se esgrimen para establecer el motivo que dió origen a la prescripción, y que son: La teoría de la intimidación, la teoría fundamentada en la dificultad de la prueba y la teoría mixta.

1.- La teoría de la intimidación: sobre ella Carrara sostiene que transcurrido un largo período desde la perpetración del hecho delictivo, el recuerdo de este se borra y los sentimientos colectivos originan la intranquilidad y la alarma, también el deseo de darle satisfacción al ofendido, el afán de que el criminal pague su deuda se atenúan y llegan a extinguirse por completo y la sociedad solo debe castigar cuando perdura el malestar y la inquietud causadas por el hecho criminal.

La intimidación es de dos especies, la especial y la general; la primera crea en el delincuente ciertos motivos que por temor a la imposición de la pena, lo apartan de la comisión de nuevos delitos; en cambio en la general, obra sobre los miembros de la colectividad, quienes percatándose de las consecuencias que el delito trae consigo, no incurre en él por la amenaza de la pena.

Como lo menciona Maurach, "debe de existir una armonía de la actividad represiva del estado con la convicción jurídica popular que hace que se deje de perseguir y castigar a aquellos hechos o delitos en que ya no puede existir la intimidación o prevención." (35)

(35) Maurach, Reinhart. " Tratado de derecho penal". Barcelona, España, 1962, editorial; Ariel. tomo II, pág. 624.

Gómez de la Serna, considera como fundamento de la prescripción el principio filosófico de que "por el tiempo se pierde la eficacia y la utilidad de los castigos, y la persecución que el sujeto ha sufrido por muchos años para librarse de la acción de la justicia..."(36)

Resumiendo puede decirse que el simple transcurso del tiempo hace que la actividad represiva del estado, pierda su contenido de servir como medio adecuado para lograr la intimidación que equivale a una forma de prevención, y por ello fija la limitación para perseguir y sancionar los hechos delictivos, para evitar que la sociedad tenga un sentimiento de rechazo hacia el derecho por considerarlo vengativo e in justo.

2.- La teoría fundamentada en la dificultad de la prueba: al respecto Merkel dice " que el transcurso de largos períodos dificulta el desempeño de las funciones propias del derecho procesal, ésto es la fijación y determinación de la verdad en lo que se refiere a la culpabilidad o inculpa- bilidad de un acusado, cosa que hace muchas veces por comple- to imposible."(37).

Antolisei, sostiene "...surgen por el transcurso del tiempo grandes dificultades para recoger el material proba- torio, a causa de la desaparición de los testigos, de las hu- llas del delito." (38)

Merkel afirma "... por lo que se refiere a la pres- cripción de la acción o persecución penal. ya que se refie-

(36) Gómez de la Serna, Pedro. "Elementos de Derecho Civil y Pe- nal de España." México 1972, pág. 303.

(37) Merkel, Adolfo. "op. cit." tomo I, pág. 351.

(38) Antolisei, Francesco. "Manual de Derecho Penal." Buenos Ai- res, Argentina. 1960, editorial; Uteha, pág. 642.

cripción de la ejecución de la pena presupone que se han cumplido con las funciones procesales." (39)

Esta teoría es aceptada en parte por Vela Treviño al comentar "... la tesis de referencia es válida sólo en forma parcial, tiene apoyo firme, lógico y certero en cuanto se refiere a la prescripción de la acción persecutoria, pero no tiene sostén alguno en lo que corresponde a la prescripción de la sanción impuesta en sentencia condenatoria." (40)

3.- La teoría mixta.- comprende tanto argumentos procesales como penales, Carrara sostiene que "en materia penal el tiempo extingue la acción, porque además de hacer difícil la justificación del inocente hace cesar el daño social apartir del olvido del delito, lo cual conduce a la cesación de la impresión moral que nació de él, sea respecto de los malvados, en quienes deja de tener influjo el mal ejemplo desaparecido el daño político, se torna inútil la reparación penal." (41)

(39) Merkel, Adolfo. "op. cit." tomo I pág. 351.

(40) Vela Treviño, Sergio. "op. cit." pág. 46.

(41) Carrara, Francesco. "Programa de Derecho Criminal" México 1972 editorial; Témis, tomo I, pág. 378.

#### 4) DISTINCION ENTRE PRESCRIPCION, CADUCIDAD Y PRECLUSION.

Mucho se ha escrito tratando de distinguir la caducidad de la preclusión y éstas de la prescripción.

Todos los autores establecen en forma manifiesta la dificultad que existe en distinguir entre la prescripción extintiva, la caducidad y la preclusión, diciéndose que no existe un criterio general para lograrlo, de tal manera que todo se reduce a la interpretación y discusión doctrinal.

La primera diferencia que existe entre prescripción y preclusión, consiste en que la prescripción se refiere exclusivamente al derecho substancial y la preclusión se relaciona fundamentalmente con el proceso.

Con la prescripción se extingue la acción, mientras que con la preclusión se pierde la facultad procesal.

La preclusión es una limitación temporal del ejercicio de un derecho que en vez de acompañar conceptualmente al derecho mismo (caducidad), o de seguirlo (prescripción), le procede, es decir, que se da cuando el ordenamiento jurídico regula ciertas etapas o períodos temporales en que determinados actos tienen que verificarse forzosamente si quieren ser válidos, separa a la preclusión de las ideas afines de la caducidad y de la prescripción un matiz diferencial de innegable importancia técnica y práctica que necesita una denominación científica que no existiría si ese término fuese eliminado.

La caducidad y la preclusión operan exclusivamente en el proceso y sus efectos se limitan tan sólo al juicio en el que se producen.

Con la preclusión se extingue, se pierde o se consume una facultad procesal, la caducidad en cambio extingue la relación procesal por inactividad de las partes en el lapso que prevén los ordenamientos jurídicos.

La preclusión extingue, por el transcurso del tiempo la facultad para realizar un acto o proponer una excepción

La caducidad impide que nazca un derecho cuando no se han cumplido con las formalidades impuestas por la ley para preservar ese derecho.

La prescripción extintiva se distingue de la caducidad en que mientras la prescripción extintiva es un modo de extinción de las obligaciones por el transcurso del tiempo; en tanto que la caducidad consiste en plazos prefijados que no se suspenden ni tampoco se interrumpen y que funcionan automáticamente, en forma irrevocable al cabo de cierto tiempo, sea cualquiera la circunstancia que hubiere mediado."(42)

Otros autores distinguen "entre la caducidad y la prescripción extintiva, expresando que ésta se entiende como la terminación o extinción de derechos, en virtud de la inacción del titular durante un plazo, que varía en cada caso concreto según la disposición de la ley. En cambio la caducidad es causa de extinción de derechos, independientemente de la abstención del titular."(43)

Otro criterio de distinción entre la caducidad y la prescripción extintiva, consiste en tomar en consideración la finalidad de cada una de ellas. Por lo que se refiere a la caducidad, consiste en que se ha fijado un plazo para que dentro de él, se ejercite un derecho y éste tiene como límite la existencia precisamente del plazo señalado para su ejercicio, por esta razón no puede existir la suspensión o interrupción del término de caducidad, ya que si se aplicaran estas instituciones resultaría que el derecho habría durado más

que el término señalado.

Por lo que se refiere a la prescripción extintiva, su finalidad consiste en extinguir un derecho que por no haber sido ejercitado, se supone abandonado por el titular; en ésta se tiene en cuenta la razón subjetiva o sea la negligencia intencionada o fortuita del titular, por lo que suele suspenderse o interrumpirse cuando existe una imposibilidad para obrar, sin embargo algunos sostienen que la caducidad también se interrumpe, pero ésto no es verdad, ya que por los supuestos que se señalan como ejemplos, nos encontramos que dicha interrupción de la caducidad, no opera por causas propias, lo que sucede es que los derechos a los que afecta la caducidad también están afectados por la llamada prescripción extintiva y ésta es la que se ha interrumpido, por ejemplo en la demanda judicial cuando las acciones ejercitadas en ella están sujetas a un término perentorio de caducidad, al exigirse el derecho por medio de la demanda ésta interrumpe la prescripción más no la caducidad."(44)

La caducidad únicamente se relaciona con el tiempo, en cambio la preclusión no sólo se relaciona con el tiempo, sino que igualmente se produce cuando se ejercita una actividad incompatible con el ejercicio de otra o cuando ya se ha ejercitado una vez, validamente la facultad procesal.

Otra diferencia consiste en que la caducidad extingue el proceso como relación procesal y la preclusión solamente extingue una facultad procesal.

(42) Planiol. "Tratado práctico del derecho francés" Madrid, España. 1972. editorial Madrid, tomo III, pág 742.

(43) Ludwig, Ennecerus. y Carl Hans Nipperdey. " op. cit." pág. 499.

(44) Coviello, Cesar. "Derecho penal" Buenos Aires, Argentina. 1960 editorial; cultural. pág. 535.

### 5) ESENCIA JURIDICA DE LA PRESCRIPCION.

La prescripción es una institución jurídica de orden público y se efectúa aún en contra de la voluntad del acusado; los jueces la suplirán de oficio aún cuando no la alegue el inculpaado.

Para establecer la naturaleza jurídica de la prescripción, es necesario mencionar, las tres diferentes teorías; la que considera a la prescripción como una institución del derecho penal; la que la ubica dentro del derecho procesal y la teoría mixta.

A) Teoría de la prescripción como institución del derecho penal: El estado tiene el derecho de perseguir los hechos con apariencia de delictuosos e imponer y ejecutar las sanciones correspondientes (jus puniendi).

"La doctrina sirve de base al derecho penal de los estados, éste, de acuerdo en reconocer que las sociedades tienen el derecho de reprimir ciertos actos jurídicos que perjudican su existencia." (45)

"La prescripción es un instituto del derecho penal, porque lo que caduca con el transcurso del tiempo es la pretensión punitiva del estado; su derecho a castigar en el caso concreto." (46)

"La naturaleza jurídica de la prescripción es de derecho penal, esto es material, puesto que obedece al impedi-

(45) Jiménez de Asúa, Luis. "Tratado de derecho penal" Buenos Aires, Argentina. 1964, editorial Losada, tomo II, pág. 14.

(46) Vela Treviño, Sergio. "op. cit." pág. 14.

mento de que se haga efectiva la pena, extinguiendo de ésta suerte el derecho a castigar que tiene el estado". (47)

Puede concluirse de lo expuesto anteriormente que por el simple transcurso del tiempo el jus puniendi o derecho de perseguir y castigar los hechos ilícitos que tiene el estado se extingue, por lo consiguiente la prescripción es considerada como una causa de extinción de este derecho.

B) La teoría de la prescripción como institución del derecho procesal penal: El antecedente de esta teoría se encuentra en la legislación francesa que a diferencia de las demás, incluye las cuestiones relativas a la prescripción en el código de instrucción criminal, cuando la mayoría de los estados, entre ellos México, contemplan esta institución dentro del derecho penal.

El argumento esencial para esta posición consiste en que la prescripción no es sino un impedimento u obstáculo, realizado para la iniciación de un procedimiento penal, sin anular o reprimir el derecho a castigar, el cual permanece intocable como una facultad propia del estado, pero ya sin la posibilidad de actualizarse en función del tiempo transcurrido.

Los autores de la época actual incluyen a la prescripción dentro del derecho procesal, entre los que se encuentra Welzel, quien afirma que "Según la doctrina actualmente preponderante, la prescripción de la acción tiene un carácter meramente procesal." (48)

En sentido similar se pronuncia Maurach al decir que "la ley distingue entre prescripción penal y prescripción de la ejecución de la pena. La primera impide la propia inacción

(47) Navarro García, Raúl. "La prescripción en el derecho penal". Revista criminalística, año XXXIX, sep-oct. 1973, num. 9 y 10, pág 297.

(48) Welzel, Hans. "op. cit." pág. 257.

del proceso penal; la segunda se dará en todos aquellos casos en los que la firme sentencia condenatoria no puede ser ejecutada dentro de un determinado plazo, ambas especies de la prescripción se presentan como impedimentos procesales." (49).

El motivo por el cual la prescripción de la acción penal se encuentra regulada en los códigos penales de la mayoría de los estados, se debe a que el derecho procesal penal surge después de la revolución francesa.

En consecuencia, existen diversas instituciones jurídicas que debiendo estar reguladas por el código de procedimientos penales, se encuentran reguladas por el código penal, como lo hace notar el licenciado Pimentel miembro de la comisión revisora del código penal de 1871 quién sostiene que "devido a la tendencia conservadora de la comisión redactora del código penal citado, fué incluida la prescripción en éste, debiendo ser regulada en forma más adecuada en el código de procedimientos penales." (50)

C) Teoría Mixta: considera a la prescripción como institución del derecho penal y del derecho procesal penal y está sostenida por Mezger y Manzini.

Mezger expone que "por el transcurso del tiempo desparece la pena, pues por el transcurso del tiempo excluye la posibilidad de ejecutar la pena impuesta por sentencia firme" (51)

Manzini, manifiesta que " los dos ordenamientos jurídicos, material y formal, se confunden aparentemente en una

(49) Maurach, Reinhart. "op. cit." pág. 624. tomo II.

(50) "Secretaría de Justicia" tomo I, pág. 449.

(51) Mezger, Edmundo. "Derecho penal". Buenos Aires, Argentina. 1972, editorial; Lozada, tomo II, pág. 433.

zona constituida por normas e institutos jurídicos de carácter mixto" (52)

Esta teoría considera que la prescripción es distinta de la acción persecutoria y también de la sanción de ahí su carácter mixto.

En conclusión, la prescripción es de naturaleza procesal, ya que el derecho penal se independiza del derecho procesal en las últimas décadas.

(52) Manzini, Vincenzo. "op. cit." tomo I, pág. 125.

**CAPITULO III.**

**PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.**

## CAPITULO III

### I) ANALISIS DE LA ACCION PENAL

Para lograr sus objetivos, el estado ha creado una serie de instituciones jurídicas, mismas que deberán ejercer sus atribuciones dentro de un sistema de derecho.

En concreto en el area del derecho penal y procesal penal existen órganos e instituciones jurídicas encargadas de proteger la seguridad y tranquilidad de la sociedad y dentro de sus fines está el de perseguir y castigar las conductas consideradas como delictuosas de aquellos miembros de la sociedad que atentan en contra del orden jurídico.

El estado tiene en abstracto la facultad de perseguir las conductas consideradas como delictuosas, facultad exclusiva del estado y que para su ejercicio crea un órgano conocido como ministerio público, quién solicitará al órgano jurisdiccional la declaración de la comisión del delito mediante el ejercicio de sus atribuciones.

Entonces podemos decir que la acción penal es uno de los conceptos más discutidos en materia del proceso penal y aunque no existe un criterio unánime entre los autores para precisarlo, las principales corrientes doctrinarias la consideran como un derecho, como un medio y como un deber jurídico.

Hugo Rocco, Carnelutti, Matirolo y algunos más, afirman que es un derecho. Manresa, la considera como un medio y

la doctrina más moderna encabezada por Chiovenda considera a la acción penal como el poder jurídico de realizar la condición para la actuación de la voluntad de la ley.

Juventino Castro hace la observación de la diferencia que existe entre la pretensión punitiva y la acción penal, al sostener que " De un delito no nace la acción penal, sino que la pretensión punitiva, o sea el derecho del estado para castigar al que ha violado una norma penal. Porque si de todo delito naciera la acción penal, no se podría explicar, cuando se resuelve en un juicio que no había delito que perseguir, que fué lo que en realidad ejercitó el ministerio público durante el proceso."(53)

"El mismo autor considera que la violación al precepto penal pertenece al derecho sustantivo y en cambio la acción penal es una actividad procesal, que no tiene mayor fin que el llegar a establecer si el derecho punitivo nació para el estado."(54)

Eugenio Florian define a la acción penal como "El poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal!"(55)

Es de considerarse que ninguna de las dos opiniones señaladas anteriormente se contraponen sino que se complementan, ya que Juventino Castro hace mención a la diferencia de la pretensión punitiva con la acción penal, señalando que la acción penal es un derecho procesal del cual es titular el ministerio público; en tanto que Florian hace mención de que la acción penal es un poder jurídico pero no niega la existencia de la pretensión punitiva.

(53) Castro, Juventino. "El ministerio público" México 1978, editorial Porrúa. S.A., pág. 36.

(54) Castro, Juventino. "op. cit." pág. 36.

(55) Florian, Eugenio. "Elementos de Derecho Procesal Penal" Barcelona, España. Ed; Bosch. pág. 172.

A continuación mencionaremos algunas definiciones de acción penal;

Angel Martínez Pineda la define como "el deber jurídicamente necesario del estado que cumple el órgano de acusación con el fin de obtener la aplicación de la ley penal, de acuerdo con las formalidades del orden procesal." (56)

Giovanni Leone define a la acción penal como "... el requerimiento por parte del ministerio público de una decisión del juez sobre una noticia criminis que tiene como contenido un hecho determinado correspondiente a una hipótesis penal." (57)

La acción penal ha tenido tres períodos como lo determina Angel Martínez Pineda y los cuales son:

1.- La acción privada, que tiene su fundamento en la idea de la venganza que fué originalmente el medio rudimentario de sancionar.

2.- La acusación popular; la ejercitaba un tercero , que estuviera desprovisto de sentimientos de venganza, odio etc.

3.- La acusación estatal, en la que el encargado de ejercitar la acción penal es un órgano específico creado por el estado y que tiene sus orígenes en las leyes expedidas por la asamblea de constituyentes en francia, en donde se encuentra el antecedente inmediato del ministerio público, hasta quedar establecido como en la actualidad." (58)

(56) Martínez Pineda, Angel. "Estructura y valoración de la acción penal." Buenos Aires, Argentina., 1979 pág.119.

(57) Leone, Giovanni. "Tratado de derecho procesal penal". Buenos Aires, Argentina. 1963, ediciones jurídicas europa-americana., pág. 119

(58) Martínez Pineda, Angel. "op. cit". págs. 102.

En el procedimiento la acción penal tiene tres fases distintas y son:

1.- La Fase Investigatoria: se inicia con el conocimiento que tiene el ministerio público de la posible comisión de un ilícito, ya sea por la denuncia o por la querella según corresponda, y que termina con el ejercicio de la acción penal ante el órgano jurisdiccional; en esta etapa se realizan una serie de diligencias tendientes a conocer la verdad histórica con pleno conocimiento de lugares, circunstancias y personas afectadas por la comisión del ilícito.

2.- La fase persecutoria: se inicia con el ejercicio de la acción penal ante el órgano jurisdiccional mediante la consignación y se desarrolla durante la instrucción, terminando con la audiencia de vista para la formulación de conclusiones; en esta etapa el ministerio público deja de ser autoridad y se convierte en parte.

3.- La fase acusatoria; se inicia con el escrito de conclusiones que formula el ministerio público y se desarrolla durante el período del juicio, terminando con la sentencia que causa ejecutoria."(59)

(59) Arilia Bas, Fernando. "El procedimiento penal en México" México 1981, editorial; Kratos, S.A. pág 22.

## 2) FUNDAMENTO LEGAL DE LA ACCION PENAL.

En este inciso se tratará de establecer en orden jerárquico todas aquellas disposiciones legales que se refieran a la figura jurídica de la acción penal.

1.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la base fundamental de la acción penal, en los artículos:

a) Artículo 21: "La imposición de la 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 aquel!"

El artículo anteriormente señalado solo hace referencia a la fase persecutoria, no haciendo mención de la fase investigatoria ni la acusatoria, posiblemente el legislador utilizó el vocablo de persecutorio como sinónimo de acción penal, no obstante dicho término resulta inadecuado, toda vez que lo que se persigue es la conducta y no el delito. Esta posición delimita claramente la competencia tanto del ministerio público como del órgano jurisdiccional, otorgando al primero el monopolio de la acción penal.

b) El Artículo 102 dice " La ley organizará al ministerio público de la federación..." "incumbe al ministerio público de la federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal;..." "le corresponderá aplicar las órdenes de aprehensión contra los inculpados, buscar y presentar la pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos;... pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine."

Este artículo hace referencia a dos fases de la acción penal que son la persecutoria y la acusatoria, omitiendo a la fase investigatoria.

Cabe hacer la observación que esta disposición contiene el mismo error que el artículo anterior como el usar el vocablo de persecusión.

2.- El código de procedimientos penales en materia federal.

Artículo 2º; señala " Dentro del periodo de averiguación previa, la policia judicial federal deberá, en ejercicio de sus facultades;

- II) Practicar la averiguación previa, y
- III) Buscar las pruebas de la existencia de los delitos del orden federal y de la responsabilidad de quienes en ellos hubieren participado."

Artículo 136; " El ejercicio de la acción penal, corresponde al ministerio público."

3.- El código de procedimientos penales para el distrito federal;

Artículo 2º; "Al ministerio público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto;

- 1) Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales."

Artículo 3º; " Corresponde al ministerio público;

- 1) Dirigir a la policia judicial en la investigación que ésta haga para comprobar el cuerpo del delito, ordenándole la practica de las diligencias que, a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido..."

II) "Pedir al juez a quien se consigne el asunto, la práctica de todas aquellas diligencias que, a su juicio sean necesarias para comprobar la existencia del delito y de sus modalidades;"

III) "Ordenar, en los casos a que se refiere el artículo 266 de este ordenamiento y pedir en los demás casos la detención del delincuente";

V) "Pedir al juez la práctica de las diligencias necesarias para comprobar la responsabilidad del acusado."

Artículo 4º "Cuando del acta de la policía judicial no aparezca la detención de persona alguna, el ministerio público practicará o pedirá a la autoridad judicial que se practiquen todas aquellas diligencias necesarias hasta dejar comprobados los requisitos que señale el artículo 16 Constitucional para la detención..."

#### 4.- Ley de la Procuraduría General de la República:

a) Artículo 1º "El Procurador General de la República será el titular de la procuraduría y presidirá el ministerio público federal."

b) Artículo 3º "Son atribuciones del ministerio público federal, las siguientes;

I) Perseguir los delitos del orden federal con auxilio de la policía judicial federal, practicando las averiguaciones previas necesarias, en las que debe aportar las pruebas de la existencia de aquellos y las relativas a la responsabilidad de los infractores";

II) Ejercitar ante los tribunales la acción penal que corresponda por los delitos del orden federal pidiendo la aprehensión o comparecencia de los presuntos responsables; buscar y aportar las pruebas que demuestren la existencia de las infracciones, así como la responsabilidad de los inculpad<sup>os</sup> y

formular las conclusiones que procedan."

5.- Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal.

Artículo 2º " La institución del ministerio público del distrito federal presidida por el procurador general de justicia del distrito federal, en su carácter de representante social, tendrá las siguientes atribuciones..."

1) "Perseguir los delitos del orden común cometidos en el distrito federal..."

Artículo 3º "En la atribucion persecutoria de los delitos, al ministerio público corresponde:

1) En la averiguación previa:

" Recibir denuncias, acusaciones o querellas sobre conductas o hechos que pueden constituir delito;"

" Ejercitar la acción penal ante los tribunales competentes por los delitos del orden común, solicitando las ordenes de aprehensión de los presuntos responsables..."

En los ordenamientos jurídicos mencionados anteriormente, se utilizan indebidamente los vocablos de persecución de los delitos, toda vez que los delitos no son objeto de esta actividad, puesto que lo que se persigue son los hechos delictuosos.

### 3) ESENCIA DE LA ACCION PENAL.

Los doctores establecen a la acción penal en diversas características, por lo que se tratará de mencionar algunas de las más importantes:

1.- La acción penal es pública: es de derecho público porque su finalidad está encaminada a hacer efectiva la función punitiva del estado, mediante la cual, éste realiza la defensa de la sociedad en contra de los que atentan su seguridad, teniendo interés por lo tanto en que se aplique la ley penal, como lo hace notar Leone Giovanni "... está dirigida a satisfacer un interés colectivo general."(60)

Teodoro Mommsen comenta, " El primero y más alto deber del estado es no permitir que dentro del horizonte de su acción, ejerza una persona prepotencia u opresión sobre otra" (61)

Puede concluirse que la acción penal es pública por dos razones:

1.- Por el órgano que es titular de la acción penal, que en la mayoría de los estados modernos se le denomina ministerio público, que es una autoridad de orden público, por esto, la acción penal no está a disposición de los particulares como la acción civil que es de derecho privado.

2.- Por la finalidad que comprende la acción penal de que se haga efectiva la ley penal y con ello la pretensión punitiva del Estado.

(60) Leone, Giovanni. "op. cit." pág. 141.

(61) Mommsen, Teodoro. "Compendio de derecho romano público". Madrid, España 1893, editorial; la España moderna, pág 401.

2.- La acción penal es indivisible: porque es ejercitada en contra de algún participante de un hecho criminoso, alcanza a todos los que hubieran participado en el, cuando de ja de ejercerse en contra de algunos de ellos los demás también quedan fuera del alcance de la acción penal, como sucede en los delitos que se persiguen a petición de parte, en los que la querrela presentada en contra de alguno de los participantes se extiende a los demás, y en caso de que se otorgue el perdón a favor de uno de estos sujetos, el mismo perdón opera para todos.

3.- Irrevocabilidad de la acción penal: consiste en que una vez que el ministerio público ha ejercitado la acción penal, no puede desistirse de ella, sino que ha de continuar la hasta que el órgano jurisdiccional de por terminado el proceso mediante la resolución que dicte; este criterio es sustentado por la doctrina, toda vez que en la realidad validamente el ministerio público puede formular conclusiones inacusatorias como ocurre en nuestro derecho, en los artículos relativos del código de procedimientos penales para el distrito federal.

4.- La acción penal es única: Es única porque no hay una acción especial para cada delito, se utiliza por igual para cada conducta típica.

5.- Legalidad de la acción penal: La acción penal es tá sujeta al principio de legalidad opuesto al de oportunidad el ministerio público no puede a voluntad abstenerse de iniciar las investigaciones, por lo que el ejercicio de la acción penal es obligatoria, siempre que se presenten los elementos de un posible delito.

En la legislación mexicana es un deber-derecho del ministerio público el investigar y en su caso ejercitar la acción penal, situación que en otros países es totalmente distinta, toda vez que para ejercitar la acción penal se reali-

za en base al momento político.

6.- Autonomía de la acción penal: es absolutamente independiente de la función jurisdiccional, lo que está en perfecta armonía y concordia con el principio de autonomía de las funciones procesales, es decir en cada órgano tiene sus atribuciones. Como se desprende del contenido del artículo 21 Constitucional que delimita claramente las atribuciones del ministerio público y del juez.

7.- La acción penal es intrascendente: De donde se deriva su carácter personal, puesto que no comprende a otras personas distintas de los imputados, es decir que está limitada a la persona responsable del delito y no debe de alcanzar a persona distinta.

#### 4) REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION PENAL.

Para que comience el procedimiento y que pueda válidamente iniciarse el proceso, doctrinaria y legalmente se ha señalado la existencia de ciertos presupuestos que le dan vida y se hace referencia a los siguientes: Las condiciones objetivas de punibilidad, las cuestiones prejudiciales y los requisitos de procedibilidad, siendo estos últimos los que interesan al tema en estudio.

Manzini manifiesta "los presupuestos procesales son aquellas condiciones de existencia; los requisitos esenciales para el nacimiento, la vida y constitución de la relación procesal considerada en sí misma y en sus diversas fases"(62)

El mismo autor agrega " los presupuestos procesales sin los cuales no puede haber un legítimo procedimiento penal presuponen a su vez un elemento meramente material, o material-formal indispensable para su consideración práctica.

Este elemento es el hecho jurídico de la noticia del delito(noticia criminis), noticia que puede vincularse a determinados actos jurídicos que influyen en la constitución de la relación procesal (denuncia y querella)..."(63)

Leone Giovanni menciona que llamamos condiciones de procedibilidad a todas aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promover o proseguir la acción penal."(64)

Siendo los dos requisitos de procedibilidad que se conocen en el derecho procesal penal mexicano la denuncia y la querella.

(62) Manzini, Vincenzo. "Tratado de derecho procesal penal" Buenos Aires, Argentina. 1952, ediciones jurídicas-europeas, pág.1.

(63) Manzini, Vincenzo. "op. cit." pág. 5 tomo IV.

(64) Leone, Giovanni. "op. cit."pág. 153.

## A) DE LA DENUNCIA.

Como lo dispone la ley para que se inicie el procedimiento sólo se autorizan dos medios, la denuncia y la querrela, siendo ambos de igual importancia.

La denuncia es un instituto necesario e indispensable para que se inicie el procedimiento y a continuación se darán algunos criterios que sobre ella se han dado:

Para Rivera Silva, denuncia es "...la relación de actos que se estiman delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos" (65)

El mismo tratadista divide en dos sentidos a la denuncia:

a) relación de actos que se estiman delictuosos, consistentes en un simple exponer de lo que a sucedido.

b) hecha ante un órgano investigador, si se hace ante cualquier órgano que no es el investigador será una denuncia desde el punto de vista general, mas no la denuncia jurídica procesal, que es la que se realiza ante el representante social."(66)

Manzini sostiene que la denuncia en sentido estricto es "...el acto formal de un sujeto determinado, no obligado a cumplirlo con el que se lleva a conocimiento de la autoridad competente la noticia de un delito perseguible de oficio lesivo o no a los intereses del denunciante, con o sin indicación de pruebas y de personas de quienes se sospeche que hayan cometido ese mismo delito o hayan tomado parte en él"(67)

(65) Rivera Silva, Manuel. "op. cit." pág. 94.

(66) Rivera Silva, Manuel. "op. cit." pág.95.

(67) Manzini, Vincenzo. "op. cit." pág, 7.

En base a lo anterior, puede darse un concepto de denuncia diciendo que es, "El acto por medio del cual una persona física hace del conocimiento del representante social, (ministerio público) de la posible comisión de un hecho delictuoso y el a su vez con este conocimiento inicie las investigaciones necesarias, ejercitando la acción penal si es procedente ante el órgano jurisdiccional, solicitando la declaración de la existencia de la comisión del delito."

Rivera Silva da su conclusión de si es obligatorio o no realizar la denuncia; diciendo que el la considera parcialmente obligatoria en base a los siguientes razonamientos:

- 1.- "El derecho para hacer obligatorio un acto, utilizando la sanción para la comisión del mismo."
- 2.- "Se debe fijar la sanción para cuando no se cumple con la obligación de denunciar el acto delictuoso."
- 3.- Los artículos 116 y 117 del código federal de procedimientos penales, establecen la obligación de hacer la denuncia pero no mencionan ninguna sanción." (68)

La obligatoriedad absoluta la basan los autores en el artículo 13 del código penal cuya redacción ha sido modificada y actualmente sólo se refiere a los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para la ejecución, con lo que se elimina de la participación a los hechos posteriores a la ejecución, por lo que si no se está en lo contenido en el artículo 400 del mencionado ordenamiento no existe encubrimiento y consecuentemente tampoco existe la obligación de presentar la denuncia. El silencio por no estar sancionado no crea imposición jurídica.

La denuncia puede darse por cualquier persona, ésta puede realizarse por escrito o en forma verbal, ante el ministerio público o agente de la policía judicial toda vez que no se requiere formalidad alguna para su realización.

(68) Rivera Silva, Manuel. " op. cit." páginas 95-96.

A continuación se hará una mención a las tesis sobre salientes sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tesis 651.

"Denuncia de personas morales de delitos perseguibles de oficio.- Pero suponiendo sin conceder que la denuncia adoleciera de alguna deficiencia o falta de legalidad tratándose de delitos que conforme a derecho se persiguen de oficio, basta que el ministerio público tenga conocimiento de la comisión de un ilícito de este tipo para que de inmediato proceda su investigación y en su caso, ejercite la acción penal ya que es deber impuesto por la constitución general el que cualquier persona que tenga conocimiento de un delito lo transmita a la autoridad competente, ésto es, al ministerio público, para que hechas las investigaciones pertinentes determine el ejercicio o no de la acción penal correspondiente."(69)

Amparo directo 5581/73.

Tesis 1183

"Denuncias penales, interpretación del artículo 120 del código federal de procedimientos penales: La prohibición de admitir apoderado jurídico para la presentación de las denuncias cuando se trata de delitos que se persiguen de oficio, debe de entenderse de que todas las denuncias se tendrán hechas por las personas físicas que se presenten a revelar la existencia de hechos delictuosos, debiendo de desecharse la representación que ostentan, por no ser necesario el cumplimiento de formalidades o el ejercicio de un mandato para que el ministerio público tome conocimiento de los hechos y ejercite la acción penal."(70)

La tesis 651 deja muy claro que para la realización de la denuncia la ley no establece ninguna formalidad y una vez que el ministerio público tiene conocimiento de la posible comisión del delito, tiene el deber de investigar y en su caso de ejercer la acción penal.

(69) Castro Zavaleta, Salvador. "Práctica del juicio de Amparo". México 1975, editorial; Cárdenas, pág. 373.

(70) op. cit. pág. 372.

## II) DE LA QUERELLA.

De los requisitos de procedibilidad, la querella es uno de los más controvertidos por la diversidad de problemas que en la práctica presenta, por lo que es indispensable citar algunos conceptos que en relación a ella proporcionan los teóricos del derecho.

1.- Bartolini Ferro dice que la querella es, "El acto procesal por el cual se ejercita la acción penal por uno o más delitos determinados contra sus indicados autores, ante el juez o tribunal competente, proveyendo los medios de su comprobación y solicitando las medidas asegurativas de las personas responsables y de sus bienes."(71)

2.- Mariano Oderigo expresa que querella es "el acto por el cual una persona, legítimamente autorizada, ejercitando la acción penal, pone en conocimiento del juez la noticia que tuviere acerca de la comisión de un delito."(72)

3.- Ernesto Von Beling, la define como " La solicitud hecha ante el tribunal, para que éste conozca en un determinado objeto procesal, mediante una actividad independiente." (73).

Fernández Boixader, define a la querella como "...un movimiento de la voluntad, sujeto a estrictas normas procesales y dirigida a la autoridad competente, a fin de que ejercite las acciones penales que corresponde a aquél que fue agraviado por el delito o falta."(74)

(71) Bartolini, Ferro. "El proceso penal y los actos jurídico procesales." Buenos Aires, Argentina. 1978, tomo II, pág. 445.

(72) Oderigo, Mariano. "Derecho procesal penal". Buenos Aires, Argentina. 1970, tomo II, pág. 122.

(73) Von Beling, Ernesto. "Derecho procesal penal". Barcelona, España, 1979, pág. 544.

(74) Fernández Boixader, Narciso. "El abogado ante el sumario". Madrid, España. 1950. ediciones Santillana, pág. 205.

De lo anteriormente se desprende que la querella es el derecho o facultad que tiene el ofendido o sus legítimos representantes, determinados por la ley, de hacer del conocimiento del ministerio público la posible comisión del ilícito penal, dando así su anuencia para que el representante social investigue y en su caso ejercite la acción penal.

Algunos estudiosos del derecho, consideran a la querella como una condición objetiva de punibilidad, al decir que con la querella no se promueve la acción penal por ser una condición de derecho sustantivo para la punibilidad del delito, entre los cuales tenemos a Manzini, que manifiesta "...el derecho de querella del ofendido no es ya un derecho de acusación o de acción, sino sólo una condición de punibilidad." (75)

La doctrina contemporánea contempla a la querella dentro del derecho procesal, considerándola como una condición de procedibilidad.

La querella no puede ser considerada como una condición objetiva de punibilidad, ya que no es un elemento del delito, porque no atiende a la persona que realizó la conducta ilícita, ni tampoco es causa para que no sea sancionado el ilícito, por lo que es una institución netamente procesal por las razones ya expuestas, por lo que el ofendido o sus legítimos representantes hacen del conocimiento del ministerio público la conducta ilícita a efectos de que investigue y ejercite la acción penal en caso procedente, dando con ello su consentimiento para esa investigación.

El Código Federal de Procedimientos Penales se refiere a la querella en sus artículos:

(75) Manzini, Vicenzo. "op. cit.". tomo IV, pág. 4.

Artículo 113. "Los funcionarios y agentes de la policía judicial están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos del orden federal de que tenga noticia, excepto en los casos siguientes:

"1.- Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado..."

Artículo 114 " Es necesaria la querrela del ofendido solamente en los casos en que así lo determine el código penal u otra ley."

Artículo 115 " Cuando el ofendido sea menor de edad puede querellarse por sí mismo y si a su nombre lo hace otra persona, surtirá sus efectos la querrela, si no hay oposición del ofendido."

El Código de procedimientos penales para el distrito federal, menciona en relación a la querrela:

Artículo 264; "Cuando para la persecución de los delitos se haga necesaria la querrela de la parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja, para que se proceda en los términos de los artículos 275 y 274 del mismo ordenamiento. Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho los requisitos de la querrela necesaria, a toda persona que haya sufrido algún perjuicio con motivo del delito y tratándose de incapaces, a los ascendientes y a falta de éstos, a los hermanos o los que representen a aquéllas legalmente.

Las querrelas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderados que tengan poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas ni poder especial para el caso concreto.

Para la querellas presentadas por personas físicas , será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de rapto, estupro o adulterio, en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de éste artículo."

En lo referente a la jurisprudencia y tesis sobresalientes sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación apuntan sobre la querella lo siguiente:

Jurisprudencia 1464

" Querella Necesaria.-Cuando la ley exige la querella para la persecución de un delito, basta, para que aquélla exista que el ofendido ocurra ante la autoridad competente, puntualizando los hechos en los que hace consistir el delito."(76)

Quinta época.

Tomo XLVII pág. 4273.- Reyna, Roberto.

Tomo XLVII pág. 5316.- López Portillo.

Tomo LI pág. 1456.- Noceti Guardiola.

Tomo LII pág. 2245.- Toxqui Aurelio.

Tomo LIV pág. 1097.- Cisneros Alfredo.

Apéndice 1917-1975; primera sala, número 257, pág. 555.

Tesis 197.

"Querrela y denuncia, Diferencias.- Mientras que la denuncia corresponde a cualquier perjudicado en el delito, aún cuando sea mínimo su daño, tratándose de la querrela, el permiso de la parte lesionada es un evento sin el cual el juez no puede proceder a la comprobación del delito y por ello se le considera como una condición de procedibilidad. (77)

(76)' Jurisprudencia y tesis sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1955-1963." sustentadas por la primera sala penal, México 1964, ediciones Mayo, pág. 781.

(77) "op. cit."

Amparo directo 1811/1965.- Hugo Frank Olvera.- julio 2 de 1965  
unanimidad de 4 votos.- ponente Agustín Mercado Alarcón.-pri  
mera sala.- sexta época.- volumen XCVII.- segunda parte, pá-  
gina 42.

La jurisprudencia número 1464, citada anteriormente  
deja establecido que para la formulación de la querella no  
se requiere ninguna formalidad de carácter procedimental.

La tesis 197 señala la diferencia principal entre la  
denuncia y la querella, consistente en que la primera puede  
ser realizada por cualquier persona, mientras que la segunda  
solamente por el ofendido o su legítimo representante.

5) TITULARES DE LA DECLARACION DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.

A efecto de dejar bien determinado cual es el órgano facultado para declarar la operancia de la prescripción en el procedimiento penal, es necesario partir de la base de que la misma está integrada por tres fases; la investigatoria, la persecutoria y la acusatoria, períodos que han sido determinados tanto por la doctrina como por las tesis sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como lo hace notar Vela Treviño al decir que "durante el proceso la acción pasa por tres etapas; la investigatoria, durante la cual se prepara el ejercicio; La persecutoria en que hay ejercicio ante los tribunales; y la acusatoria en que la exigencia punitiva se concreta."(78)

A) La prescripción en la fase investigatoria (averiguación previa):

Como se ha dejado establecido, el ministerio público es el titular de la acción penal por mandato constitucional. Pallares menciona que el ministerio público "es una institución pública y sus representantes son autoridades con potestad jurídica."(79)

El código penal para el distrito federal en su artículo 101 señala que la prescripción será declarada de oficio aunque no la alegue el acusado como excepción en el proceso lo anterior resulta limitativo ya que debió mencionar también al ministerio público en la fase investigatoria.

El código de procedimientos penales en su artículo 137 fracción tercera señala que el ministerio público no ejercerá la acción penal cuando esta esté extinguida legalmente, siendo la prescripción una de esas causas.

El reglamento interior de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en su artículo tercero aparta-

(78) Vela Treviño, Sergio. "op. cit." pág. 95.

(79) Pallares, Eduardo. " Prontuario de procedimientos penales". México, 1961, editorial; Porrúa. S.A. pág. 10.

do B fracción tercera, establece como facultad del procurador la de resolver los casos en que se consulta el no ejercicio de la acción penal.

El ministerio público tiene facultades en la fase investigatoria, para archivar la averiguación previa, no ejercitando la acción penal si aparece alguna de las causas que extingue la facultad de investigar; en nuestro caso la prescripción.

B) En la fase persecutoria y acusatoria:

Se parte de la idea de que el órgano jurisdiccional, ejercerá las atribuciones que la ley le confiere a partir del momento en que dicta el auto de radicación en un expediente, instante en que el ministerio público deja de ser autoridad para convertirse en parte.

La fase persecutoria está integrada por todos aquellos actos realizados por el ministerio público como parte en el proceso penal, tendientes a demostrar al órgano jurisdiccional la posible comisión del ilícito penal; teniendo su inicio a partir del auto de radicación y terminando con el auto que da por cerrada la instrucción.

La fase acusatoria consiste en las consideraciones que hace el ministerio público al órgano jurisdiccional en las que fundamenta su petición de declaración de la existencia de la comisión del hecho delictuoso y la determinación de la pena correspondiente, lo anterior es en base a las pruebas que se desahogaron en el proceso.

De lo anterior se puede llegar a la conclusión que en la fase investigatoria el ministerio público ostenta el carácter de autoridad, teniendo facultades para realizar cualquier investigación en los hechos denunciados y para resolver sobre el no ejercicio de la acción penal, cuando aparezca alguna de las causas, por lo consiguiente, en el período mencionado el titular para declarar la operancia de la prescripción es el ministerio público.

En el proceso tienen verificación las fases persecutoria y acusatoria de la acción penal, en ellos la única autoridad es la judicial y será esta la que determine la operancia de la prescripción, haciendo notar que lo que prescribe, en este caso es la facultad del órgano jurisdiccional para conocer y resolver sobre el caso concreto que se plantea. La declaración de la prescripción será de oficio en cualquier momento del procedimiento, realizada por el titular correspondiente.

Jurisprudencia 32.

"Acción penal, Prescripción de la.- La prescripción producirá sus efectos aunque no la alegue como excepción el acusado, los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso."(80)

Tomo XXIX Toscano Jesús. pág. 1058.

Tomo XXI Sepúlveda E. pág. 470.

Tomo XXVI Pérez Rimitivo. pág. 1078.

Tomo XXVII Arrieta Eligio. pág. 997.

Tomo XXXI Legorreta J. pág. 235.

Jurisprudencia, quinta época. pág. 28, secc. primera, volumen primera sala, núm. 18, pág. 60, en la compilación se 1917 a 1964.

Tesis 70.

"Acción Penal.- El ministerio público actúa como autoridad en la fase llamada de averiguación previa..., pero concluida la averiguación y ejercitada la acción penal, siendo el acto de tal ejercicio la consignación, ese y todos los demás que realicen y que terminan con las conclusiones acusatorias, ya no son actos de autoridad sino actos de parte dentro del proceso."(81)

Amparo Directo 1989/1956.- José Marquez Muñoz.- 14 de agosto de 1957.- 5 votos.- primera sala.- boletín 1957, pág. 525.

(80) "Jurisprudencia y tesis sobresalientes de 1917-1965." México 1964 ediciones Mayo, pág. 20.

(81) "op. cit" pág. 36,

Tesis 1154.

"Ministerio Público.- Cesa su facultad investigatoria de los delitos, si ejercita acción penal, ante el juez y éste dictó auto de radicación.- El auto de radicación produce como consecuencia jurídica que el juez conozca en exclusividad de los hechos materia de la averiguación,... Además dicho auto fija la jurisdicción del juez y vincula a las partes al órgano jurisdiccional, entre ellas el ministerio público, que deja de tener el carácter de autoridad por el ejercicio de la acción penal para asumir su calidad de parte en el proceso penal, sin que pueda adoptar en el mismo asunto el doble aspecto de autoridad y parte, porque se quebrantaría el principio del equilibrio, fundado en la igualdad de las partes." (82).

Amparo en revisión 70/77.- Guillermo Hernández Villanueva.- 31 de agosto de 1967.- unanimidad de 4 votos.-ponente Gelio Lara Erosa.- tribunal colegiado en materia penal del primer circuito, pág. 8.

La jurisprudencia número 32 hace referencia a que los efectos de la prescripción se harán valer de oficio aunque el acusado no los haga valer como excepción, en cualquier parte del proceso, considerando que adolece del mismo error que el artículo 101 del código penal, ya que usa el vocablo de proceso, debiendo de ser usado el de procedimiento, porque con ello se incluiría a la averiguación previa.

La tesis 1154, dispone los efectos jurídicos que produce el auto de radicación que dicte el órgano jurisdiccional citando entre ellos el de dar por terminada la facultad investigatoria del ministerio público; que el juez conozca en exclusividad de los hechos materia de la averiguación, o sea dicho auto fija la competencia del órgano jurisdiccional y vincula a las partes del proceso, entre ellas el ministerio público, deja de tener el carácter de autoridad, para convertirse en parte.

## 6) PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y PRESCRIPCIÓN DE LA PENA.

Los términos de la prescripción del delito y de la pena usados muy frecuentemente por los tratadistas y ordenamientos penales, son inadecuados como lo hace notar Antolisei al decir que "Dicha terminología, es bastante incorrecta porque el delito como hecho histórico, una vez surgido no puede ser devuelto a la nada..."(83)

1.- Prescripción de la acción penal.- La operancia de la prescripción y sus efectos en la acción penal corresponde en primer lugar al ministerio público en la fase investigatoria o averiguación previa y en segundo y tercer lugar a la persecutoria y acusatoria respectivamente, que tienen su verificación en el proceso, al órgano jurisdiccional, misma que será declarada de oficio en cualquier momento del procedimiento, según lo previsto por el artículo 101 del código penal para el distrito federal, cabe hacer la observación que lo que prescribe en el proceso es la facultad del órgano jurisdiccional para decir el derecho en el caso concreto que se le plantea.

2.- Prescripción de la ejecución de la sanción: los vocablos de pena y de sanción son utilizados en forma sinónima, sin embargo el código penal en el capítulo correspondiente a la prescripción utiliza el término de sanción. Este aspecto de la prescripción no será objeto de estudio en este tema de tesis por considerarlo ajeno de acuerdo a las siguientes razones:

Partiendo de la base que el artículo 21 constitucional establece, como facultad del órgano jurisdiccional la imposición de las penas y en ningún momento habla de la ejecución de la misma.

Así mismo el artículo 18 de la Carta Magna se desprende de que el poder ejecutivo se avocará a la ejecución de las sanciones privativas de libertad.

(83) Antolisei, Francesco. "op. cit." pág. 537.

## CAPITULO IV .

### LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL EN EL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

## 1) DISPOSICIONES GENERALES.

La constitución en sus artículos 17 y 21 , establece el monopolio de la acción penal a favor del ministerio público y mientras éste no ocurra ante los tribunales solicitando que se ejercite la acción penal en contra de un hecho que será calificado como delito y su autor como delincuente por medio de sentencia ejecutoriada, el término para la prescripción sigue su curso.

A continuación se explicarán las causas por las que el estado no ejercita tal derecho que nació de la comisión de un ilícito.

La acción penal no puede pasar a la fase investigatoria, por las siguientes causas:

a) Cuando el ministerio público tiene conocimiento de la posible comisión de un hecho, ya sea por la denuncia o por la querrela, realizando las investigaciones necesarias para ejercitar la acción penal, en caso contrario al no contar con la noticia criminis, se imposibilita su actuación y por lo consiguiente el término para la prescripción transcurre.

b) La falta de elementos para poder ejercitar la acción penal, no obstante que el ministerio público tiene el monopolio de la acción penal, su actuación deberá ser apegada a derecho, como lo establece el artículo 16 constitucional que determina que todo acto de autoridad debe estar fundado y motivado, no olvidando que el ministerio público en la fase investigatoria es autoridad y en el proceso parte.

Pudiendo presentarse en la investigación del ilícito un impedimento material que no permita el desarrollo de las diligencias necesarias para establecer si se ejercita la acción penal o no; por lo que se tiene que esperar a que desaparezca ese impedimento, en tanto que en ese lapso el término

no de la prescripción sigue su curso produciendo sus efectos.

c) Que a pesar de encontrarse reunidos todos los elementos para el ejercicio de la acción penal, el ministerio público por negligencia, mala fé, o por interés personal no ejerce la acción penal, originando que la prescripción surta sus efectos.

Son varias las hipótesis que se presentan por la falta de sometimiento del indiciado al órgano jurisdiccional al consignar el ministerio público con detenido y sin detenido.

El artículo 16 constitucional se refiere a la consignación sin detenido y a la consignación con detenido, procediendo ésta última cuando se trate de delitos de oficio en los que haya flagrancia, existiendo un sometimiento inmediato del sujeto activo al órgano jurisdiccional y que puede producir las siguientes hipótesis:

1.- Que el juez se niegue a librar la orden de aprehensión o de comparecencia, por considerar que aun no están reunidos los elementos necesarios del ejercicio de la acción penal, quedando nuevamente en la etapa procedimental de averiguación previa, transcurriendo el término para la prescripción de la acción penal, que se inicia a partir de la última diligencia anterior al ejercicio de la acción penal y se interrumpe con la nueva diligencia que se realiza después de la negativa del órgano jurisdiccional, sin embargo en ese lapso pudo haberse completado el término de la prescripción produciendo consecuentemente sus efectos.

2.- Que el órgano jurisdiccional esté de acuerdo con el ministerio público al considerar reunidos los elementos de la posible comisión del delito ordenando la aprehensión del

acusado por conducta de la policía judicial, misma que se encuentra imposibilitada para cumplirla, porque el sujeto se ha sustraído a la acción de la justicia al ocultarse, por consiguiente el término para la prescripción transcurre hasta en tanto no se haga efectiva la orden de aprehensión.

3.- Sustracción del sujeto a un proceso ya instaurado, en el caso de que iniciado un proceso ante la autoridad judicial, el mismo se vé interrumpido por la sustracción del presunto responsable en cualquier momento de la secuela del proceso, toda vez que no se pueda continuar por falta del procesado, presentándose dos situaciones al respecto:

a) El sujeto contra el cual se sigue el proceso, se evade del lugar en donde se encuentra recluso, rompiendo con ello su sometimiento al órgano jurisdiccional, iniciándose el término para la prescripción.

b) El rompimiento del sometimiento también sucede cuando el procesado se encuentra gozando del beneficio de la libertad bajo caución, en alguna de las formas que determina el artículo 562 del código de procedimientos penales, al incumplir con las obligaciones que se le señalaron para gozar de esa libertad, el órgano jurisdiccional está obligado a retirarle ese beneficio y a ordenar su reaprehensión, iniciándose a partir de este momento el transcurso del término para la prescripción.

4.- Una última hipótesis se presenta cuando se dicta el auto de libertad por falta de elementos para procesar, que dando en libertad el presunto responsable con las reservas de la ley, iniciando en ese momento su plazo la prescripción y se interrumpe con una nueva diligencia del ministerio público.

2) COMENTARIOS A LOS ARTICULOS 100, 101, 102 y 103 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

A) El artículo número 100 hace mención a: que por la prescripción se extinguen las acciones y las sanciones, debiendo decirse que se extinguen las siguientes facultades: la investigatoria del ministerio público, la jurisdiccional del juez y la de ejecución de las sanciones.

Carrancá y Trujillo comenta al respecto, el transcurso del tiempo de la prescripción de la acción penal " se funda en que si se trata de la acción penal resulta contrario al interés social mantener indefinidamente viva la imputación delictuosa, a que la pruebas se debilitan con el tiempo a que la sustracción a la justicia efectuada por el delincuente es de por sí un sufrimiento, ya que el daño mediato y la razón política de la pena pierden vigor." (84)

B) El artículo 101 establece: "La prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley."

"La prescripción producirá su efecto aunque no la alegue como excepción el acusado. Los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella sea cual fuere el estado del proceso." (85)

La base de la prescripción es el transcurso del tiempo, como lo indica el doctor Raúl Carrancá y Trujillo al decir "Es el tiempo un velo piadoso que cubre las memorias de los hombres y diluye sus sentimientos y sus pasiones, así sean los más enconados". (86)

(84) Carrancá y Trujillo, Raúl. "Código penal anotado". México 1981 editorial; Porrúa, S.A. pág. 234.

(85) Carrancá y Trujillo, Raúl. "op. cit." pág. 235.

(86) "Ibidem" pág. 235.

La prescripción es de interés social por ello la declaración de sus efectos deberá hacerse de oficio en cualquier momento del proceso por los jueces. Estos dos últimos vocablos son usados incorrectamente ya que en lugar "del proceso" debería de decir "del procedimiento", porqué con ello se incluiría a la fase investigatoria; y en segundo término se debería de citar también al ministerio público, quien aparte del juez es la otra autoridad que puede señalar cuando ha surtido sus efectos la prescripción.

González de la Vega, explica " El principio de que la prescripción es personal, significa que la causa extintiva no afecta al delito mismo, sino a aquellos responsables en que concurren los términos y requisitos de los mismos. Si son varios los responsables, la declaración de la extinción de la acción para uno de ellos no puede beneficiar a los restantes porque estos pueden encontrarse en situaciones jurídicas diferentes."(87)

C) El artículo 102 del código penal menciona: " Los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito, si fue consumado desde el día en que cesó si fuere continuo, o desde el día en que se hubiere realizado el último acto de ejecución, si se tratase de tentativa."

La doctrina ha señalado diversos criterios para establecer si en el cómputo del término de la prescripción se debe incluir el día en que se ejecutó la sanción. En relación a lo anterior, Navarro García comenta; " Alemania se inclina por la corriente que incluye en el término, el día en que se realizó el hecho; Italia considera que el término empieza a computarse desde el día siguiente al de la consumación del ilícito; y Francia determina que debe ser desde el día siguiente

(87) González de la Vega, Francisco. "El código penal comentado".

México 1987, octava edición, editorial; Porrúa. S.A. pág. 191.

te en que se ha cometido la infracción, posteriormente se pre cisó que el día que cuenta para la prescripción es el día que sigue al de la infracción." (88)

D) El artículo 103 del código penal establece:"Los términos para la prescripción de las sanciones serán igualmente continuos y correrán desde el día siguiente a aquél en que el condenado se sustraiga a la acción de la autoridad, si las sanciones son corporales, y sino lo son, desde la fecha de la sentencia ejecutoria."

El artículo anteriormente transcrito se refiere al tér mino de la prescripción de las sanciones.

Guillermo Santillán manifiesta que la prescripción de la acción penal opera mientras no sea ejercitada la acción penal mediante la consignación y sometido el reo a la autor idad judicial, ya no corre dentro del proceso, es decir, que sujeto el reo al proceso cambia su situación jurídica, creán dose la situación que técnicamente se denomina sud judice"(89)

Con la sustracción del presunto responsable de la ac ción de la justicia se pueden dar las hipótesis que se mencio naron al principio del capítulo y que son:

1.- Que el delincuente logre escapar del lugar en don de se encuentra recluso a disposición del juez que le instruye el proceso, iniciandose de inmediato el término de la prescripción.

2.- El presunto ha obtenido su libertad provisional por alguna de las formas que establece la ley incumpliendo posteriormente con una de sus obligaciones, motivo por el

(88) Navarro García, Raúl. "op. cit". pág. 58.

(89) Santillán, Guillermo. " La prescripción de la acción penal den tro del proceso" Revista de Derecho, num. 1, feb-marzo. 1959 pág. 19.

cual el juez le revoca este beneficio y ordena su reaprehensión, en tanto no se cumpla con ésta, transcurre el tiempo para la prescripción.

Presentándose una situación interesante a pesar de que el procesado se encuentra gozando de su libertad bajo caución, a disposición del órgano jurisdiccional y por causas mputables al juez no se haya actuado en dicho proceso, habiendo transcurrido con demasía el término para la prescripción, considerando algunos tratadistas que ha operado la prescripción, siendo uno de ellos Guillermo Santillán, quien afirma; "...situación injusta de que haya reos que después de diez o veinte años se encuentran todavía sujetos a proceso por la inercia de los agentes del ministerio público y de la autoridad judicial que no cierra las instrucciones ni dicta sentencia!" (90)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, por conducto de su primera sala, ha sostenido que estando subjudice el indiciado no opera la prescripción, sin embargo algunos tribunales de circuito sostienen el criterio opuesto, es decir, que en el caso de que el indiciado se encuentre gozando de su libertad bajo caución y por negligencia del órgano jurisdiccional haya transcurrido el término de la prescripción sus efectos deben producirse.

A continuación se anotarán las jurisprudencias y tesis sobresalientes sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación;

#### Jurisprudencia 33.

"Acción penal, Prescripción de la. - La prescripción de la acción penal no puede correr, si el procesado se encuentra subjudice, es decir, a disposición de

la autoridad instructora". (91)

Tomo LXII García, Manuel. pág. 2676.

Tomo LVIII Aguirre, Román. pág. 305.

Tomo LVIII Silva, Leocadio. pág. 1538.

Tomo LIX Díaz, Agustín. pág. 419.

Tomo LXI Siem, Luis. pág. 1200.

Jurisprudencia 8 (quinta época), pág. 131, sección primera, volumen primera sala.- apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965.- En la compilación de fallos de 1917 a 1954, (apéndice al tomo CXVIII).

Tesis 1517.

"Prescripción de la acción penal.- A pesar de que el tribunal colegiado de circuito sustenta el criterio de que la prescripción opera por el simple transcurso del tiempo que dejó de actuar, aun cuando el procesado se encuentre a la disposición del juez, es concluyente la jurisprudencia firme y constante de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que la prescripción de la acción penal no puede correr, si el procesado se encuentra subjudice, es decir, a disposición de la autoridad instructora?"(92) Amparo directo 6625/58.-Luis Esquivel Vega.- diciembre 3 de 1959.- unanimidad 4 votos.- primera sala.- sexta época, volumen XXX, segunda parte, pág. 18.

Tesis 1523

"Prescripción. No corre mientras no se revoque la libertad provisional.- La prescripción de la acción penal no opera, no obstante la circunstancia material de que el acusado, gozando de su libertad provisional bajo fianza, no se presente a firmar periódicamente como está obligado, y no obstante también que se de-

(91) Jurisprudencia 1917-1965 y tesis sobresalientes 1955-1965... página, 12.

(92) Idem. páginas 621-622.

je de actuar en un lapso caso de 20 años, porque si bien tales circunstancias, de hecho constituyen graves anomalías, la libertad provisional no le fué revocada al quejoso y continuó estando subjudice y sin estar sustraído a la acción del órgano jurisdiccional".(93)

Amparo directo 1967/60.- Salvador Martínez Cisneros septiembre 19 de 1960.- 4 votos.- primera sala.- sexta época, volumen XXXIX, segunda parte, pág. 91.

La jurisprudencia 33 determina claramente que no opera la prescripción si el procesado se encuentra a disposición del juez.

La tesis 1517 reconoce la existencia de los criterios opuestos surgidos entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, con motivo del estado subjudice del procesado que goza de su libertad bajo caución y que por anomalías en el proceso, ha transcurrido un tiempo en exceso del que se requiere para la prescripción.

En tanto la tesis 1523, sostiene mientras no se revoque la libertad provisional, y a pesar de que haya transcurrido un lapso de tiempo de 20 años, la prescripción no opera porque el procesado siempre estuvo subjudice.

(93) "Jurisprudencia 1917-1965 y tesis sobresalientes 1955-1965..." página, 623.

3) EL TÉRMINO GENERAL PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 105 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

A continuación se mencionará el término general para el cómputo de la prescripción que establece el código penal, así como sus excepciones.

El artículo 105 del código penal, dice textualmente; "La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años".(94)

La ley penal mexicana, fija una pena mínima y una máxima para los delitos sancionados con pena privativa de libertad, para que el juez determine la sanción para el caso concreto, dentro de ese parámetro.

Para fijar el término para que opere la prescripción de la acción penal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que se atenderá a la individualización legal y no a la judicial. Para los efectos del artículo 105 relacionados con la prescripción, la forma que esta opera es la siguiente: Se suma el mínimo con el máximo de la sanción probable y el resultado se divide entre dos, siendo el producto lo que se requiere como término para que opere la prescripción a favor del inculpaado, en las tres fases de la acción penal.

Excepciones a la regla general:

1.- En caso de que el resultado de la operación para sacar el término medio aritmético sea inferior a tres años, el término aplicable en estos casos, está previsto en la última parte del artículo 105 del código penal que establece, que en ningún caso, la acción penal prescribirá en un plazo

(94) "Código Penal para el Distrito Federal", 1990, México, D.F. editorial; Porrúa, S.A., 47ª edición, pág. 39.

inferior a tres años. Como se podrá observar, es una excepción a la regla general en la cual se establece que el plazo mínimo para que opere la prescripción será de tres años.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido dos tesis relacionadas con el artículo 105 del código penal y que a continuación se mencionarán;

Tesis 79.

"Acción penal, prescripción de la.- El Código Penal de Jalisco, si bien establece como la mayoría de los códigos de la República, que la acción penal prescribe en un plazo igual al tiempo de la sanción corporal que corresponda al delito, se separa de ellos al decir que en ningún caso bajará de un año, en tanto, que los otros ordenamientos se refieren al plazo mínimo de tres años".(95)

Tesis 2687.

" Prescripción de la acción penal".-para que opere la prescripción de la acción penal, es preciso que transcurra como mínimo tres años y como máximo el término medio aritmético de las penas corporales aplicables al caso concreto, contándose a partir del momento en que el delito se consumó".(96)

2.- Como segunda excepción, cuando no hay posibilidad de aplicar el artículo 105 del código penal, que establece el término medio aritmético como máximo y como mínimo el término de tres años. Por otra parte el artículo 104 del mismo ordenamiento, contempla otra excepción a la regla general, al señalar " La acción penal prescribe en un año, si el delito solo mereciere multa, además de ésta sanción, pena privativa de libertad o alternativa, se atenderá a la prescripción de la acción para perseguir la pena privativa de libertad ; lo mismo se observará cuando corresponda imponer alguna otra sanción accesoria".(97)

(97) "Ibidem". pág. 39.

Así, contempla los casos de la prescripción de los ilícitos que tienen como única sanción la multa, es una excepción a la regla general, puesto que carece del mínimo y máximo de la sanción probable, sencillamente, la prescripción opera en un año, iniciándose el cómputo al momento en que es perseguible la conducta delictiva.

También crea las siguientes hipótesis el artículo 104:

A) Cuando además de la multa se establece una sanción privativa de libertad, en este caso se estará a la media aritmética o en su defecto al plazo de tres años para que prescriba la acción penal, según el caso.

B) Cuando se establece pena alternativa, es decir, que puede optar por multa o por la privación de la libertad, en este caso, el lapso necesario para la prescripción será de terminado por la sanción privativa de libertad.

C) La tercera variante se refiere a las sanciones accesorias, el artículo 24 del código penal, establece algunas de ellas, se les aplicará el término medio aritmético o el de tres años según el caso.

3.- La tercera excepción; está contenida en el artículo 106 del código penal que dice textualmente, "La acción penal prescribirá en dos años, si el delito sólo mereciere destitución, suspensión, privación de derechos o inhabilitación, salvo lo previsto en otras normas".(98)

Como se podrá observar, lo anterior se refiere a ciertos delitos que no tienen señalada sanción privativa de libertad, por lo que hace imposible obtener una media aritmética, por lo que no se puede aplicar el artículo 105 del código penal, tampoco es aplicable el artículo 104 del mismo ordenamiento, porque la sanción determinada no es multa, ni sanción alternativa, sino que se refiere a sanciones accesorias las cuales fueron escogidas por el legislador por considerarlas

(98) "Código penal para el Distrito Federal" México, 1990, editorial; Porrúa, S.A., pág 39.

menos graves y por ello fueron sometidas a un plazo de dos años.

Las sanciones accesorias, como su nombre lo indica, siempre acompañan a una principal. Como ejemplo se tiene el artículo 233 del código penal que establece como sanción para los defensores de oficio, la destitución de su empleo.

4.- La cuarta excepción; se encuentra en el artículo 101 segundo párrafo, el cual expresa, "Los plazos para la prescripción se duplicarán respecto de quienes se encuentran fuera del territorio nacional, si por esa circunstancia no es posible integrar una averiguación previa, concluir un proceso o ejecutar una sanción".

De acuerdo con el contenido del párrafo anterior, los términos para la prescripción de la acción quedarán de la siguiente manera; en relación a la media aritmética contenida en el artículo 103 del código penal, al duplicarse el plazo, esta desaparece; respecto al término mínimo de tres años previsto en el mismo artículo, se elevará a seis años; la sanción de multa, determinada en el artículo 104 del mismo ordenamiento y que le corresponde un año, aumenta a dos años; y las sanciones accesorias que se contemplan en el artículo 106 se incrementará de dos años a cuatro años, todo esto si se dá la hipótesis del artículo 101 párrafo segundo del código penal, de encontrarse el inculpado fuera del territorio nacional.

4) PLAZO PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN LOS DELITOS QUE SE PERSIGUEN POR QUERRELLA DE PARTE.

La legislación penal ha establecido un régimen especial para la prescripción de los delitos que se persiguen por querrela de parte, señalando formas y tiempos de cómputo determinados por el artículo 107 del código penal para el distrito federal, distintos a las reglas generales para la prescripción.

La querrela en el sistema penal mexicano tiene diferencias con algunos países, toda vez que en nuestro régimen es un requisito de procedibilidad por no existir la acción penal privada, como en el derecho francés, en donde existe la acción penal pública y privada.

Es conveniente mencionar algunas diferencias que existen entre la acción penal y la querrela del ofendido: El titular de la acción penal por disposición del artículo 21 constitucional lo es el ministerio público; en cambio la querrela es un derecho que le corresponde al ofendido que ha sido afectado por una conducta ilícita, como lo comentan algunos tratadistas mexicanos. La acción penal es la base sustancial para el procedimiento, en tanto que la querrela es un requisito de procedibilidad necesario para dar inicio a la fase investigatoria.

La acción penal es un deber-derecho a cargo del ministerio público, un derecho de accionar que le otorga el estado y un deber de ejercitar la acción penal en base al principio de legalidad. En cambio, la querrela es una facultad o derecho potestativo y su formulación no es obligatoria. Por último la querrela no forma parte de la acción penal, sino como se indicó es un requisito de procedibilidad y sólo condiciona el ejercicio de la acción penal.

Es necesario determinar si lo que prescribe es el derecho del ofendido de formular su querrela, o si lo que prescribe es la acción penal. Vela treviño dice al respecto "...

que lo único que puede prescribir es el derecho estatal al ejercicio de la acción persecutoria, no así el del ofendido a formular la querrela."(99)

Debiéndose afirmar que el ofendido puede formular su querrela en el momento que él lo decida, y el ministerio público tiene la obligación de recibirla, pero si de las diligencias practicadas resulta que se han cumplido los plazos que se señalan en el artículo 107 del código penal, la facultad del ministerio público para investigar y en su caso ejercitar la acción penal, se ha extinguido, debiéndose declarar de oficio la operancia de la prescripción.

Resulta importante establecer, si en el sistema penal mexicano opera la caducidad. El código penal no contiene ninguna disposición que regule la caducidad, tampoco en el código de procedimientos civiles se hace mención a ésta institución.

En otros sistemas penales la caducidad está prevista, como ocurre en el derecho italiano, al respecto Maggiore comenta "La presunción razonable de que la inercia del agraviado durante cierto tiempo es indicio de haber cesado su interés por la punición, y la necesidad de no tener indefinidamente suspenso el querer de una persona, la situación del reo hace que la ley establezca términos de caducidad para el ejercicio del derecho de la querrela."(100)

El mismo autor cita el contenido del artículo 124 del código penal italiano que dice "A menos que la ley disponga otra cosa, el derecho de querrela no podrá ejercerse transcurridos tres meses desde el día de la noticia del hecho que constituye el delito".(101)

Sin haberse realizado un estudio profundo de la caducidad se puede establecer que esta institución no es aplicable en el derecho penal, por carecer de una base legal, suce

(99) Vela Treviño, Sergio. "op. cit." pág. 362.

(100) Maggiore, Guissepe. "op. cit.". pág. 342.

(101) Idem., tomo. II, pág. 342.

diendo lo contrario en el derecho penal italiano.

A continuación se comentará el contenido del artículo 107 del código penal y que establece textualmente "Cuando la ley no prevenga otra cosa, la acción penal que nazca de un delito que sólo pueda perseguirse por querrela del ofendido o algún otro equivalente, prescribirá en un año, contando desde el día en que quienes puedan formular la querrela o el acto equivalente, tengan conocimiento del delito y del delincuente, y en tres años fuera de esta circunstancia".(102)

En el contenido de este artículo se pueden contemplar las siguientes tres hipótesis:

Primera hipótesis: se fija el plazo de un año para que prescriba la acción penal que nazca de un delito que se persiga por querrela de parte, contando desde el día en que el ofendido tuvo conocimiento del hecho y de su autor.

Como se puede observar en este caso no es aplicable el contenido del artículo 102 del código penal que establece en general a partir de que momento se inicia el transcurso del plazo para la prescripción, toda vez que se atenderá al conocimiento que tenga el ofendido del delito y del delincuente, y en caso contrario se atenderá al término de tres años.

En esa parte de este artículo, se observa que está mal redactado y es confuso, ya que la calificativa de delito y delincuente se establecen mediante sentencia definitiva, en todo caso debería decir "del hecho" y "de su autor"; igualmente podría pensarse en una imprescriptibilidad al no señalar en forma clara y precisa que el término de un año es el tiempo mínimo y el de tres años es el tiempo máximo para la prescripción.

Los artículos 110 y 111 del código penal se refieren a la interrupción; el primer artículo establece que sólo las diligencias practicadas en investigación del delito y del delincuente pueden interrumpir la prescripción; y el segundo artículo señala que sólo las diligencias practicadas en la primera parte del término tienen efectos interruptores, cosa que

(102) "Código Penal para el Distrito Federal" México 1990, editorial

no sucede con las diligencias de la segunda mitad y en este caso sólo se pueden interrumpir la prescripción con la aprehensión del inculcado.

En el caso concreto del artículo 107 y aplicando los artículos anteriores, se tiene un plazo de un año y por lo siguiente las diligencias practicadas en sus primeros seis meses pueden interrumpir el curso de la prescripción.

Si la formulación de la querrela y las diligencias se realizan en la segunda parte del plazo que determina el artículo 107 del código penal, y el ministerio público ejercita la acción penal, en esta situación lo conveniente es aplicar los plazos de la prescripción que se mencionan en dicho artículo y no las reglas generales para la prescripción; en caso contrario se estaría en una situación a la que no se ha hecho referencia y que desnaturaliza el fenómeno de la prescripción, así como los principios de la interrupción.

Segunda hipótesis; surge de la parte final del primer párrafo del artículo 107 del código penal que dice "...y tres años fuera de ésta circunstancia".

Debiéndose de entender en este caso que la parte ofendida puede tener conocimiento sólo del hecho delictivo o de su autor, o de ninguno de los dos, señalándose un término de tres años para la prescripción; modificando a la temporalidad de la primera hipótesis que es de un año. Este artículo es oscuro al no precisar a partir de que momento empieza a correr el término de tres años, como ocurre en la primera hipótesis al de terminarse que es a partir del conocimiento que tiene el ofendido del hecho delictivo y de su autor; sin embargo, se ha establecido que la formulación de la querrela es un mero requisito de procedibilidad y por lo consiguiente no forma parte de la acción penal.

La interrupción en esta hipótesis se aplica tomando en consideración los artículos 110 y 111 del código penal, los cuales ya fueron mencionados, y además tomando en consideración el término de tres años, se tiene que la mitad del plazo mencionado es de 18 meses y todas aquellas actuaciones rea

lizadas en investigación del hecho delictivo y de su autor efectuadas en este lapso, interrumpirán el curso de la prescripción; no así las que se realicen en la segunda parte del término y sólo se podrá interrumpir la prescripción con la aprehensión del inculpado. Ocurre el mismo problema que en la primera hipótesis respecto de la aplicación de la parte final del artículo 107 del código penal.

Tercera hipótesis: se presenta en el segundo párrafo del artículo 107 del código penal al establecer; "Pero si llenado el requisito inicial de la querella, ya se hubiesen deducido la acción ante los tribunales, se observarán las reglas señaladas por la ley para los delitos que se persiguen de oficio" (103)

Como se ha indicado se regula una situación de excepción ya que en los delitos que se persiguen a petición de parte, la ley para los efectos de la prescripción fija términos especiales en base a la valorización que de los mismos hace y por ello establece el requisito procesal de la querella.

En este párrafo se vuelve a presentar el problema que se comentó en la primera hipótesis, consistente en que si la querella y las diligencias realizadas por el ministerio público se realizan en la primera parte de los términos que establece el artículo 107 del código penal y en el caso de que se ejercite acción penal, y en cumplimiento del párrafo citado, se aplicarán las reglas generales para la prescripción, en caso contrario si la querella se formula en la segunda parte de los términos que son establecidos por el artículo 107 del msmo ordenamiento y el ministerio público ejercita la acción penal, se aplicarán los plazos de dicho artículo y no las reglas generales para la prescripción, porque se desvirtuaría el fenómeno de la prescripción, ya que la simple consignación en cualquier tiempo alteraría las reglas para el cómputo de los términos de la prescripción, así como los principios de la interrupción y por lo consiguiente se afectaría la seguridad jurídica del inculpado.

(103) "Código Penal para el Distrito Federal". México 1990, editorial; Porrúa, S.A. pág. 39.

## CAPITULO V.

### CONSECUENCIAS DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.

## 1) INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.

La ley fija la forma y las sanciones correspondientes para los hechos delictuosos y establece paralelamente los términos para que la prescripción surta sus efectos, pero también determina las causas de interrupción que afectan el curso de los plazos para la prescripción.

" La interrupción de la prescripción nació en el Código Penal Francés en el año 1791, siendo una institución muy criticada".(104)

La interrupción y la suspensión de la prescripción de la acción penal constantemente son confundidas a pesar de ser dos instituciones diferentes, como lo dice Maggiore, "La diferencia entre suspensión e interrupción consiste en que, en la suspensión de la prescripción duerme, descansa por un intervalo de tiempo, por lo cual el tiempo anterior se computa y entra el transcurrido después de que ha cesado la causa suspensiva; en cambio en la interrupción el tiempo anterior se pierde y sólo puede volver a empezar un nuevo término de prescripción" (105)

Algunas legislaciones consideran como causa de interrupción la comisión de un nuevo ilícito.

En nuestra legislación no se encuentra contemplada esta causa de interrupción.

La interrupción está regulada por los artículos 110, 111 y 112 del código penal mexicano y de los cuales se realizará un breve comentario a continuación:

1.- El artículo 110 del código penal enuncia lo siguiente; " La prescripción de las acciones se interrumpirán por las actuaciones que se practiquen en averiguaciones del

(104) "Enciclopedia Jurídica Ocreba". Buenos Aires, Argentina 1979  
tomo XXII, editorial; Driskill, pág 945.

(105) Maggiore, Guisepe. "op. cit." tomo II, pág. 367.

delito y de los delincuentes, aunque por ignorarse quienes sean éstos, no se practiquen las diligencias contra persona determinada."

Si se dejara de actuar, la prescripción comenzará de nuevo desde el día siguiente a la última diligencia".(106)

Con los actos procedimentales se acredita el interés del estado en cumplir con su función persecutoria y represiva, por lo consiguiente la acción penal requiere de cierta actividad previa a su ejercicio, éstos actos preparatorios son interruptores de la prescripción, toda vez que la acción penal no es eterna porque llevaría a una imprescriptibilidad, postura contraria a nuestra legislación.

El artículo 110 del código penal es omiso respecto de quienes pueden realizar los actos interruptores, sin embargo, se ha comentado que la acción penal se divide en tres fases, teniendo su verificación la primera en la averiguación previa y de la cual es titular el ministerio público, por lo consiguiente sus actos serán interruptores de la prescripción; las otras dos fases, la persecutoria y la acusatoria tienen su realización en el proceso, siendo el juez el titular de éste, por lo que sus actos también serán interruptores de la prescripción.

Las diligencias y actuaciones deben de ser siempre en investigación del delito y del delincuente para que puedan ser interruptivas de la prescripción, ya que existen ciertos actos que no tienen ese fin.

Son ejemplo de las diligencias interruptivas; las practicadas para integrar el cuerpo del delito, investigar la participación de un sujeto en el hecho delictuoso etc. y son ejemplo de las que no tienen este objetivo las siguientes; la declaración de testigos de identidad, la expedición de copias certificadas, la entrega de un vehículo etc.

(106) "Código Penal para el Distrito Federal". México 1990, editorial; Porrúa. S.A., pág. 40.

2.- El artículo 111 del código penal establece; "Las prevenciones contenidas en el artículo anterior, no comprenden el caso en que las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la aprehensión del inculpado".(107)

Este numeral señala las limitaciones a las causas de interrupción de la prescripción de la acción penal, indicando que una vez transcurrido la mitad del lapso necesario para la aprehensión del inculpado, ésta no puede ser interrumpida, como ya se ha mencionado todas las diligencias realizadas en investigación del delito y del delincuente efectuadas en la primera parte del lapso necesario, son idóneas para interrumpir la prescripción y las diligencias realizadas en la segunda parte del plazo no interrumpirán el curso de la prescripción, la única causa que puede interrumpir el curso de la prescripción en ésta segunda parte, es la aprehensión del inculpado.

Con motivo de que no se establece una limitación en la primera parte del plazo para el cómputo de la prescripción puede suscitarse la siguiente hipótesis: Que el ministerio público o el órgano jurisdiccional al no tener una limitación, podrán interrumpir innumerables veces el curso de la prescripción, presentándose en ésta forma un caso de imprescriptibilidad.

3.- En el artículo 112 del código penal se establece; "Si para deducir una acción penal exigiere la ley previa declaración o resolución de alguna autoridad, las gestiones que con ese fin se practiquen, antes del término señalado en el artículo precedente, interrumpirán la prescripción".(108)

Puede presentarse una confusión entre el artículo 109 y 112 del código penal, sin embargo, el primero se refiere a la suspensión de la prescripción, al ser necesaria una resolución previa de autoridad jurisdiccional para el ejercicio

(107) "op. cit." pág. 40.

(108) "idem". pág. 40.

de la acción penal y en segundo caso se refiere a la simple declaración de autoridad, quedando excluida de la resolución de carácter judicial.

Aplicando lo que determinan los artículos 110 y 111 del código penal, cuando la declaración de la autoridad se realiza después de transcurrida la primera parte del término la prescripción no se interrumpe.

Ahora bien la ley mexicana es omisa en lo que se refiere a la titularidad de quien puede realizar los actos interruptores. En efecto, el artículo 110 dice que hay interrupción "por las actuaciones que se practiquen en averiguaciones del delito y de los delincuentes", sin especificar quién o quiénes pueden realizar tales averiguaciones. Sin embargo, viendo en conjunto el sistema procesal y procedimental mexicano y las diferentes etapas que tiene, resulta claro que pueden darse dos casos de autoridades con capacidad investigatoria en materia de delitos y las cuales son: el ministerio público en la averiguación previa o fase preparatoria del ejercicio de la acción persecutoria y el juez después de que ha recibido una consignación y no ha distado auto de formal procesamiento.

En relación a lo anterior la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene lo siguiente:

"Prescripción, Interrupción de la.- Las actuaciones del ministerio público practicadas en la averiguación previa, para la determinación del delito y obtención de datos a fin de demostrar en su oportunidad ante los tribunales la responsabilidad del delincuente, indudablemente interrumpirán la prescripción. El código de procedimientos penales en materia federal señala entre las partes en que se divide el procedimiento penal, la averiguación previa; por otra parte, el artículo 110 del código penal establece que la prescripción de las acciones se interrumpirán por las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito y del delincuente, aunque por ignorarse quien sea

sea este, no se practiquen las diligencias contra persona determinada. De tal precepto mencionado debe concluirse que la ley, en forma expresa habla de las actuaciones practicadas por el ministerio público, único autorizado, de acuerdo con la constitución federal para averiguar los delitos. En todo caso la prescripción que comenzó a correr desde el momento de la comisión de los delitos, se interrumpió, como se ha expresado, por las actuaciones del ministerio público, en la fase de averiguación previa.

Amparo directo 4849/61. Antonio Velázquez Muñoz, 2 de febrero de 1962. unanimidad 4 votos, ponente; Angel González de la Vega, Semanario Judicial de la Federación, sexta época, volumen LVI, segunda parte, pág. 45.

"Prescripción penal, interpretación del artículo 110 del código sustantivo federal para efectos de la interrupción de la.- Si bien es cierto que se ha sostenido que las actuaciones interruptoras de la prescripción penal sólo son aquellas que se llevan a cabo ante y por la autoridad judicial, también lo es que de acuerdo con la interpretación rigurosa del artículo 110 del código sustantivo federal, las actuaciones llevadas a cabo por el ministerio público, son interruptoras de los términos de la prescripción de la acción penal, ya que claramente dispone dicho artículo que la prescripción de las acciones se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito y del delincuente, siendo precisamente, el ministerio público el órgano constitucionalmente facultado para cumplir la fase averiguatoria del procedimiento.

Amparo directo 1327/67. Octavio Romo Santos, abril 29 de 1966, unanimidad 4 votos, ponente Maestro Manuel Rivera Silva.

En las tesis anteriores vemos claramente reconocida la facultad constitucional del ministerio público y por ende la fuerza interruptora de sus actuaciones cuando son practicadas en averiguación del delito y del delincuente.

La segunda de las tesis hace referencia a las actuaciones practicadas por y ante el órgano jurisdiccional y no hay la menor duda en cuanto a que la Suprema Corte, interpretando el artículo 110, da también la titularidad de las actuaciones interruptoras al propio juez.

Es conveniente establecer que las actuaciones tienen que ser practicadas por la autoridad competente conforme a nuestra constitución y leyes secundarias. Esto significa que siendo el ministerio público la autoridad competente para investigar los delitos y perseguir a los delincuentes y el juez el facultado para resolver si un hecho y su o sus autores son igualmente delito y delincuente, sólo sus actuaciones pueden estar dotadas de esa finalidad; en consecuencia, los actos que realice una entidad o autoridad diferente, aun cuando se pretenda que son para averiguar acerca del delito y del delincuente, no deben jamás ser tomados como idóneos para interrumpir el curso de la prescripción, salvo que haya una ley que así lo establezca.

## 2) SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.

En el inciso anterior se trataron las causas que interrumpen el curso de la prescripción, es decir, la aparición de ciertos aspectos que hacen que algo ya iniciado, se vea cortado en su desarrollo con el consiguiente efecto de impedir la prolongación en el tiempo. La prescripción ocurre y se desenvuelve en un cierto tiempo, según sea el delito de que se trate y que al surgir la causa de la interrupción se afecta el curso, o sea que aparece el muro que la ley impone al tiempo necesario que resulta así mutilado.

Ahora en este inciso, se va a estudiar un fenómeno diferente aún con la misma significación final y que es la suspensión del curso del tiempo necesario para la operancia de la acción penal, entendiéndose que ella, hace que la prescripción no pueda operar con sus efectos extintivos, de donde resulta la mencionada idéntica significación final, aun cuando el inciso y fundamento sean distintos.

Al respecto Bettiol dice "Hay suspensión cuando el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se verifica la causa de suspensión, siempre se considera útil para la prescripción, y se computa, en consecuencia, junto con el tiempo que transcurre después de desaparecida aquélla causa de suspensión. En cambio hay interrupción cuando el tiempo corrido antes de la causa de interrupción cae por completo en el vacío por lo cual, debe iniciarse un nuevo período una vez desaparecida la causa de interrupción" (109)

Vera Barros en relación a lo anterior comenta lo siguiente, " ocurre a veces que la persecución penal no puede iniciarse o perseguirse por impedirlo un obstáculo de orden legal. En algunos casos el ejercicio del poder punitivo del estado se ve obstaculizado por la misma ley, que no permite pro

(109) Bettiol, Giuseppe. "Derecho Penal!" Bogotá, Colombia 1968, e-

ditorial; Temis, pág. 729.

ceder. El curso de la prescripción se paraliza, se detiene, se suspende, tal efecto no es causado por un mero obstáculo de hecho."(110)

"La suspensión tiene que entenderse en su sentido gramatical, o sea acción y efecto de detener una cosa o diferirla por algún tiempo".(111)

En síntesis para diferenciar interrupción de suspensión, vale decir que la primera se presenta cuando la prescripción ya ha iniciado su curso y se ve cortada en el tiempo; en cambio, la segunda impide el inicio del curso del tiempo necesario para que opere la prescripción, que no puede llegar a producir sus efectos extintivos por falta de satisfacción de la temporalidad necesaria.

Como en el inciso anterior se hizo la transcripción de los artículos del código penal que regulan la interrupción se hará lo mismo en el presente inciso, pero transcribiendo los artículos relativos a la suspensión de la prescripción, estos artículos son el 109 y 359 del código penal, que al efecto dicen:

Artículo 109 del código penal; " Cuando para ejercitar o continuar la acción penal sea necesaria una resolución previa de autoridad jurisdiccional, la prescripción comenzará a correr desde el día en que se dicte la sentencia irrevocable"

Artículo 359 del código penal; " Cuando haya pendiente un juicio, en averiguación de un delito imputado a alguien calumniosamente, se suspenderá el ejercicio de la acción de calumnia hasta que dicho término termine. En este caso la prescripción comenzará a correr cuando termine el juicio" (112)

Estamos ante un caso claro de normas que regulan un mismo fenómeno (la suspensión), pero que tienen un contenido diferente. Si vemos unidas las dos normas podremos percatar-

(110) Vera Barros, O. "op. cit." pág. 108.

(111) Aguilar Alonso, Martín. "Enciclopedia del idioma". Madrid, España, 1959, tomo III, pág. 3859.

(112) "Código Penal para el Distrito Federal" México 1990, editorial, Porrúa . S.A., págs. 40 y 108.

nos de que el artículo 109 del código penal, tiene el principio general, ya que dice "cuando para deducir una acción penal, sea necesaria una resolución previa de autoridad jurisdiccional, opera la suspensión", sin especificar o limitar la acción penal referida genericamente y en forma indeterminada; en cambio, en el artículo 359 del código penal es otra la situación, ya que es limitada precisa, especial y concreta; el juicio pendiente versa sobre una imputación calumniosa y la acción persecutoria que se suspende en su curso es la deducible por el delito de calumnia a que se refiere el juicio pendiente; vemos entonces, que es género lo primero y especie lo segundo, y que debe ser motivo de tratamiento conforme a los principios del conflicto aparente de normas.

Podemos afirmar que la prescripción no inicia su curso, sino que lo ve suspendido cuando se está ante la presencia de uno de esos obstáculos legales a que se han hecho referencia y que son los que dan fundamento al fenómeno de la suspensión, esto es, manifiestamente, una excepción para la idea general enunciada, que sostiene que la prescripción inicia su curso cuando satisface la relación conducta-tipicidad; en cambio resulta acorde conforme a lo sostenido por Welzel. en el sentido de que "la prescripción nace junto con el derecho a la persecución, porque en los casos de suspensión tal derecho a perseguir el hecho y su calificación no ha nacido, sino que esto ocurre hasta que sobreviene la remoción del obstáculo legal".(113)

Todo parece indicar que las causas de suspensión del curso de la prescripción, son estrictamente condiciones de perseguibilidad, en términos absolutos, hay que reconocer que la persecución de los delitos es facultad exclusiva del estado, por medio del ministerio público, que es su órgano competente y con fundamento en el artículo 21 constitucional.

(113) Welzel. "Derecho Penal". Buenos Aires, Argentina 1956. editorial: Roque de Palma, página 256.

Esto implica la necesidad de establecer un principio general, que se formule en el sentido de que ante la noticia criminis, más la satisfacción de los requisitos del artículo 16 constitucional, relativos a la prueba de índole penal del hecho que se investiga, de los elementos que básicamente lo constituyen y la posibilidad de imputárselo razonablemente a alguien, confirman que debe ejercitarse la acción persecutoria ante los tribunales

Este principio es válido en forma general, pero tiene sus excepciones, siendo la primera de ella la querrela y la otra la existencia de obstáculos que la ley señala que deben ser superados en forma previa al ejercicio de la acción penal, aun cuando pueda haber denuncia o querrela y satisfacción de los elementos mencionados en el párrafo anterior.

Para nuestro caso particular, resultan trascendentes los motivos de excepción mencionados en segundo término, es decir, aquellos casos en los que la ley dispone que el ejercicio de la acción penal quede supeditada a una condición especial en la que se requiere resolución previa de una autoridad jurisdiccional y en la cual la prescripción comenzará a correr desde que se dicte la sentencia irrevocable y que se encuentra contenida en el artículo 109 del código penal.

En síntesis los casos de suspensión del curso de la prescripción de la acción penal a que se refieren los artículos 109 y 359 del código penal, son relativos a la ausencia de las condiciones necesarias para la perseguibilidad de ciertos hechos u obstáculos que la ley impone al ejercicio de la acción penal, que traen como consecuencia que mientras existan no inicie su curso la prescripción de la acción persecutoria.

### 3) EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

La prescripción extingue la facultad del estado para investigar y determinar la existencia de un delito y la sanción correspondiente, por conducto del ministerio público o del juez según el caso.

En la práctica los efectos que produce la prescripción son iguales a los que produce la cosa juzgada como consecuencia de una sentencia absolutoria.

Ramón Palacios considera que la prescripción tiene un valor de sentencia interlocutoria definitiva al decir, "son interlocutorias con fuerza de definitivas, aquellas que destruyen la pretensión punitiva del estado, las que sin pronunciarse sobre las cuestiones deducidas o lógicamente necesarias, hacen imposible la continuación del proceso".(114)

Ahora bien podemos determinar en los dos puntos siguientes, el carácter que tiene la resolución emitida por el ministerio público o por el juez según sea el caso:

1.- La resolución de archivo o de sobreseimiento dictada en la averiguación previa por el ministerio público, produce cuando se han realizado una serie de diligencias, de las que se deduce que no se reúnen los elementos del tipo penal, además de que dicha resolución no tiene el carácter de definitiva, toda vez que con posterioridad puedan presentarse pruebas con las que se reúnan los requisitos necesarios para ejercitar la acción penal; en cambio la prescripción podrá aparecer en cualquier momento de la averiguación previa impidiendo que se continúe con las diligencias de investigación, por ello se critica que sea usada la institución del archivo para establecer los efectos de la prescripción.

(114) Palacios, Ramón. "La correlación entre acción y sentencia"

Monterrey, Nuevo León. 1955, Talleres Litográficos, pág. 123.

2.- A la resolución de archivo que se dicta dentro del proceso penal con motivo de la prescripción, se le ha atribuido el valor de una sentencia interlocutoria con carácter de definitiva absolutoria, con los consecuentes efectos de una cosa juzgada, siendo éste motivo de crítica, toda vez que la ley sitúa al delincuente en mejor plano ante ella al olvido su conducta ilícita por el paso del tiempo; propugnando por la creación de una institución semejante al archivo, específicamente para la prescripción.

Entre los efectos de la prescripción se tiene los siguientes:

a) Extingue la facultad del ministerio público de investigar en la fase de la averiguación previa; y en el proceso impide que el juez resuelva el caso concreto que se le plantea por haberse extinguido la acción penal.

b) No se logra terminar con el proceso y por lo consiguiente se impide establecer la existencia del delito y la imposición de la sanción correspondiente.

c) Si se pretende establecer un nuevo proceso por el mismo ilícito se estará violando el artículo 23 constitucional que determina que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, lo anterior motivado por el carácter que se le concede a la resolución de archivo por la prescripción de una sentencia interlocutoria con efectos de una definitiva absolutoria.

En el caso de que se realice alguna investigación relacionada con el mismo ilícito, se estarán violando las garantías individuales contenidas en los artículos 14 y 16 constitucionales, en virtud de que la facultad del estado se ha extinguido.

## CONCLUSIONES.

1.- La institución de la prescripción en materia penal ha existido desde la antigüedad y actualmente se encuentra legislada en casi todos los sistemas jurídicos, sin embargo debido a su complejidad ha sido desatendida por los estudiosos del derecho.

2.- La acción penal es el derecho procesal que tiene el ministerio público para solicitar al órgano jurisdiccional la aplicación de la ley penal al caso concreto.

3.- La palabra prescripción tiene gran diversidad de acepciones; en materia penal significa la extinción de la facultad que tiene el estado para investigar, perseguir y castigar un hecho ilícito, por el transcurso del tiempo, iniciándose a partir del día de la comisión del ilícito como consecuencia de un abandono, de una inactividad o impotencia atribuible ya sea al ministerio público o al juez.

4.- La prescripción penal se funda en un interés social, en tanto que la civil se funda en el interés del poseedor o del deudor.

5.- En el derecho mexicano, la prescripción se basa en el hecho de considerar lesionados los derechos de la sociedad y se justifica su existencia por ser ineficaz e injusto que transcurrido cierto tiempo aun se persiga un delito difícil de probar, ya sea porque las pruebas se destruyan o detérioren por el paso del tiempo.

6.- Respecto a la naturaleza jurídica de la prescripción, originariamente pertenece al derecho sustantivo o derecho de fondo, en virtud de que es este derecho el que se ex-

tingue por el transcurso del tiempo; y que en forma errónea se ha aplicado la prescripción en el derecho penal, en el que lo que se extingue por el transcurso del tiempo, es la facultad de perseguir y de castigar una conducta ilícita y en consecuencia el derecho sustantivo no se extingue, desnaturalizándose la institución de la prescripción, POR LO QUE SERIA CONVENIENTE USAR UN VOCABLO DISTINTO AL DE "PRESCRIPCION" , COMO POR EJEMPLO EL DE "EXTINCION DE LA ACCION PENAL" O "EXTINCION DE LA FACULTAD PERSECUTORIA".

7.- los titulares para la declaración de la operancia de la prescripción lo son el ministerio público en la fase investigatoria y el órgano jurisdiccional en el proceso.

8.- La ejecución de la sanción no pertenece al derecho procesal penal, en virtud de que el artículo 21 constitucional en ningún momento establece como facultad del órgano jurisdiccional la de ejecutar la sanción, señalándose como institución encargada para dicha ejecución a la Secretaria de Gobernación.

9.- Se debe crear un artículo en el código de procedimientos penales, en el que se determine, que en caso de que el procesado se encuentre gozando de su libertad provisional y si por causas imputables al órgano jurisdiccional no se ha resuelto su situación jurídica y habiendo transcurrido con demasía el plazo para que opere la prescripción, ésta debe de surtir sus efectos.

10.- Es indispensable la creación de una modificación del contenido del articulado del código penal en lo referente a la prescripción, debiéndose de evitar que se incluyan tantos términos, que conducen a equivocaciones al momento de su aplicación, debiendo estructurarse de una manera más clara, sencilla y entendible.

B I B L I O G R A F I A G E N E R A L .

Anteproyecto del Código Penal. "Revista Mexicana de Justicia"  
1984 . México, julio- septiembre, volumen 11, nº 3.

Antolisei, Francesco. "Manual de Derecho Penal". traducc. An  
gel Torio.

1960. Buenos Aires Argentina, editorial; U.T.E.H.A.

Arilla Bas, Fernando. "El Procedimiento Penal en México"

1981. México, editorial; Kratos, S.A.

Beccaria, Cesare. "De los Delitos y de las Penas."

1969, Madrid, España. editorial Gráfica Helar.

Bettioli, Giuseppe. "Derecho Penal".

1965. Bogotá, Colombia. editorial Themis.

Cabanellas, Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual".

1962. Buenos Aires , Argentina. editorial; Libreros.

Carrancá y Trujillo, Raúl. "Código Penal Anotado"

1981. México, D.F. editorial Porrúa, S.A.

Carrancá y Trujillo, Raúl. "Derecho Penal Mexicano."

1956. México,D.F. editorial; Antigua librería Robredo.

Carrara, Francesco. "Programa de Derecho Criminal".

1956. Bogotá, Colombia. editorial; Themis.

Castro, Juventino. "El Ministerio Público".

1978. México,D.F., editorial;Porrúa, S.A.

Castro Zavaleta, Salvador. "75 años de Jurisprudencia Penal".

1981. México D.F. Cárdenas editores.

Código de las Siete Partidas. "Los Códigos Españoles".  
1948. Madrid, España. editorial; Imprenta de la República.

Código de Procedimientos Penales. "Leyes y Códigos de México".  
1990. México, D.F. editorial; Porrúa, S.A.

Leyes y Decretos. "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales".  
1929. México, D.F. editorial Porrúa.

Leyes y Códigos de México. "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales".  
1990. México, D.F. editorial; Porrúa, S.A.

Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal".  
1951. Barcelona, España. editorial; Bosch.

"Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917."  
1960. México D.F. ediciones de la comisión nacional para la celebración del cincuentenario de la Revolución Mexicana.

Della Roca, Fernando. "Manual de Derecho Canónico".  
1962. Madrid, España. Ediciones Guadarrama.

D'Ors, Alvaro. "Derecho Romano".  
1968. Pamplona, España. ediciones Universidad Navarra, S.A.

Eichmann, Eduardo. "El Derecho Procesal según el Código de Derecho Canónico".  
1931. Barcelona, España. editorial Bosch.

"Enciclopedia Jurídica Omeba"  
1979, Buenos Aires, Argentina. editorial; Driskill.  
tomos XXII, XXIII.

Escriche, Joaquín. "Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia".

1974. Ensenada, Baja California, México. editora; Impresora Norobajacaliforniana.

Fernández Boixader, Narciso. "El Abogado ante el Sumario".  
1950. Madrid, España. ediciones Santillán.

Florian, Eugenio. "Elementos de Derecho Procesal Penal".  
1932. Barcelona, España. editorial; Bosch.

Florian, Eugenio. "Parte General del Derecho Penal".  
1929. La Habana, Cuba. Imprenta y librería; La Propagandista.

Ots Capdequí, José María. "Manual de Historia del Derecho Español en las Indias".  
1943. Buenos Aires, Argentina. editorial; Talleres Gráficos. S.A.

Pallares, Eduardo. "Prontuario de Procedimientos Penales".  
1961. México, D.F., editorial; Porrúa. S.A.

Real Academia Española. "Diccionario de la Lengua Española".  
1983. Madrid, España editorial; Espasa-Calpe, S.A.

Rivera Silva, Manuel. "El Procedimiento Penal".  
1958. México, D.F., editorial Porrúa, S.A.

Rodríguez de Fonseca, Bartolomé. "El Digesto del Emperador Justiniano".  
1874. Madrid, España, Imprenta de Ramón Vicente.

Santillán, Guillermo. "La Prescripción de la Acción Penal".  
1959. Michoacán, México. Revista de Derecho, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana, tomo número uno, febrero-marzo.

Secretaría de Justicia. "Trabajos de Revisión del Código Penal".

1912. México, D.F. Tipografía de la Oficina de Impresores de Estampillas.

Vela Trevillo, Sergio. "La Prescripción en Materia Penal".

1983. México, D.F. editorial; Trillas.

Verlanga Huerta, Fermín. "Procedimiento en Materia Criminal".

1942. Madrid, España. Librería Ríos.

Welzel, Hans. "Derecho Penal".

1956. Buenos Aires, Argentina. , editorial; Roque de Palma.