

879309 /  
28j



**UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO  
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U. N. A. M.  
CLAVE: 8793\_09

LA PRESCRIPCION EN MATERIA PENAL

TESIS

Que para obtener el Título de:

Licenciado en Derecho

PRESENTA

*Martha Leticia Aboytes Monroy*

FALLA DE ORIGEN

Celaya, Gto.

Febrero 1995



## **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.

## INDICE.

# I N D I C E .

Pág.

## INTRODUCCION.

### CAPITULO I.- IDEAS GENERALES.

1.- Breve reseña histórica de la prescripción.....	1.
2.- Fundamentos de la prescripción.....	9.
3.- Concepto de prescripción.....	17.
4.- Naturaleza jurídica de la prescripción.....	24.

### CAPITULO II.- PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.

1.- El tiempo de la conducta.....	31.
2.- La prescripción de la acción en orden a la conducta.....	40.
3.- La prescripción de la acción en orden al resultado.....	50.
4.- La prescripción de la acción en orden al tipo.....	57.

### CAPITULO III.- PRESCRIPCION DE LA SANCION PENAL.

1.- Presupuestos para la prescripción del derecho a ejecutar la sanción.....	67.
2.- Forma de computar la prescripción de la sanción.....	77.
3.- El plazo total para la operancia de la prescripción de la sanción.....	81.
4.- La interrupción de la prescripción a ejecutar la sanción.....	86.

### CAPITULO IV.- EFECTOS DE LA PRESCRIPCION.

1.- El caso del artículo 123 del Código Penal en el Estado de Guanajuato.....	93.
2.- La interpretación actual del artículo 118 del Código Penal del Estado de Guanajuato.....	102.
3.- Efectos ordinarios de la prescripción.....	105.
4.- Sistemática para el estudio de la prescripción de la acción y la sanción.....	107.

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>112.</b>
--------------------------	-------------

<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>116.</b>
--------------------------	-------------

## **INTRODUCCION .**

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

El estudio que se ha realizado de la prescripción desde el punto de vista penal, tiene su base de sustentación en la teoría del delito; pienso que la única forma razonable de entender una institución tan compleja como ésta, es por medio de los principios generales que la teoría nos proporciona y que en cada caso nos permiten encontrar la respuesta que en la uniformidad de casos similarmente tratados, habrá de dar la congruencia que busca la dogmática jurídico- penal. Así es que he apoyado algunas ideas en la ubicación de la prescripción como parte del derecho penal sustancial y no como instituto eminentemente procesal y, también, es que he partido de la relación que da el binomio conducta-tipicidad para estudiar con cierto sistema de clasificación el fenómeno prescriptivo, según la naturaleza del hecho involucrado y su valoración en orden a la conducta y a la tipicidad.

Ante la prescripción la maquinaria represiva se inmoviliza, se aquieta, frena su impulso y deja sin persecución o sin castigo un hecho que pudiera ser evidentemente antisocial.

No se trata de un reconocimiento de enmienda para el delincuente que no es detenido sino que permanece prófugo, sino una seguridad de que a cierto tiempo la persecución cesa.

Una vez determinada su posición respecto a la prescripción me conduzco a un estudio sistematizado con referencia a la misma prescripción dando juicios más certeros en cuanto a la equívocidad del término, al concepto de ésta y su naturaleza jurídica.

En cuanto a la titularidad de la declaración en orden a la prescripción, se sostendrá que no existe norma alguna que sea de aplicación diáfana y precisa, sin que se alcance a comprender que las legislaciones nacionales no se hayan preocupado por resolver esta cuestión mediante la erección de una norma en la que se establezca en forma precisa cuál de los órganos de la

administración pública es el facultado para declarar la prescripción de la sanción legalmente impuesta por la autoridad judicial dando mi punto de vista al respecto.

En el fenómeno de la prescripción consecuentemente, el enfoque del problema debe ser totalmente congruente, con una base defensiva, sin que deje de apreciarse al protagonista del hecho delictuoso. Así, cualquier instituto penal debe ajustarse a esta base penal. Empero, si la condena condicional, la sustitución, la reincidencia, la ejecución de las sanciones privativas de libertad, el perdón, etc., deben tener como presupuesto al delincuente. Ya que se podría argumentar ¿porqué no debe seguirse el mismo criterio respecto a la prescripción?. En estas condiciones, queda la sociedad totalmente indefensa para ella no hay seguridad alguna y no se cumplen los fines de la prevención de la delincuencia y, por tanto, de las necesidades de la defensa social.

No se debe olvidar que la prescripción tiene una gran importancia en la política criminal, pues si la prescripción constituye una autolimitación que se impone al Estado para perseguir los delitos o ejecutar las sanciones impuestas a los delincuentes, la base en que se apoye tal autolimitación estatal no debe cimentarse en razones que se aparte de un plan de prevención y lucha contra la delincuencia, o sea, de defensa social.

Es probable que en la prescripción pueda reflejarse en toda su intensidad la lucha del hombre por su libertad, lo cual hace que el efecto extintivo que ésta produce deba ser conocido más profundamente, que es lo que se trata de conseguir un especial interés en el lector de este trabajo.

## **CAPITULO I.**

**CAPITULO PRIMERO:- IDEAS GENERALES.**

**SUMARIO:-** 1.- Breve reseña histórica de la prescripción. 2.- Fundamentos de la prescripción. 3.- Concepto de prescripción. 4.- Naturaleza jurídica de la prescripción.

**1.- BREVE RESEÑA HISTORICA DE LA PRESCRIPCION.**

Existe la idea generalizada en el sentido de que el origen de la prescripción en el Derecho Penal se contempla en la famosa "lex Iulia de adulteris" que data de tiempo de Augusto en Roma, hacia el año 18 A. C. (1).

Más sin embargo como lo confirma Cuello Calón y Pesina, la primera construcción sistematizada que nos es conocida acerca de la prescripción y sus efectos se encuentra en la ley romana ; en ella se consigna un término de cinco años para la prescripción de ciertos delitos, como lo son el adulterio, el llamado "estupro" y el lenocinio.

Parece indiscutible que los griegos de la época de Demóstenes conocían el fenómeno de la prescripción, aun cuando se ignore en la actualidad los alcances absolutos que se le atribulan y las características que le eran propias.

Esto resulta comprobable en la obra de Demóstenes y que decía así: "Cuando era imposible imponerme un castigo según las leyes, si habla cometido una injusticia, en la rendición de cuentas, en las denuncias, en otros procedimientos legales, lo dejaste pasar. En cambio, cuando soy inocente en todos los aspectos, por las leyes, por el tiempo transcurrido, por la prescripción, por haber sido juzgado muchas veces ya acerca de todos los asuntos, por no haber quedado convicto de ninguna injusticia contra vosotros, y cuando es lógico que la ciudad participe en más o menos grado de la gloria de unos actos sancionados por el pueblo." (2).

Es claro ver que estas ideas transcritas, en cuanto a que por la simple razón

del tiempo transcurrido, por la prescripción, carecían de fundamento la acción intentada por Esquines contra Demóstenes.

Obviamente, si se hacía una invocación de la prescripción era porque ella existía y era conocida por los atenienses que juzgaban el caso; más allá del efecto que pudiera producir como impedimento para el enjuiciamiento, es poco o nada lo que se conoce de ella en el ámbito de la cultura helénica, pero nada extraño tendría el hecho de que se hubiera transmitido a la cultura romana, de donde resulta la lógica fundada de que al asimilar Roma empieza la tradición helénica, le haya dado la forma institucional y sistemática que empieza a aparecer en la "lex Iulia de adulteris".

Lo descrito significa que Roma edifica sobre los cimientos puestos por la Grecia eterna.

Analógicamente fueron siendo incluidos determinados delitos en las reglas de la prescripción, aún cuando se afirma que durante los tres siglos subsecuentes a la promulgación de las "leges juliae" en realidad nada se legislo sobre esta materia.

Es hasta la época de Diocleciano y Maximiliano (entre 302 y 294 A.C.) que se admite la prescripción de la perseguibilidad de los delitos, con ciertas excepciones. Estas son, en primer término las que se refieren a términos de prescripción de 5 años, con base en la lex Iulia y otras relativas a delitos imprescriptibles, como el parricidio. En esta época la regla general establecía un término de prescripción de 20 años.

Hay una circunstancia digna de ser destacada en este período al que vengo refiriéndonos: Todas las referencias a la prescripción son en relación con la acción para perseguir al autor de un hecho determinado; no hay mención alguna a la posible prescripción de la pena ya

impuesta.

Afirma Manzini que el Derecho Romano no admitía prescripción de la pena ya infringida ya que, según parece la genética misma de la prescripción de la acción penal era la de castigar, con pérdida de derechos, "la negligencia o la malicia de él acusador privado quien no acudía, o lo hacía extemporáneamente, ante la justicia del Estado."(3).

El Derecho Penal de los Bárbaros, al decir de la mayoría de los autores prácticamente desconoció el instituto de la prescripción y sólo empezó a aceptarlo conforme iba resultando influenciado por el Derecho Romano se afirma que el único antecedente preciso lo constituye la ley de los Visigodos aún cuando en los países germánicos estaba admitida en los casos de delitos perseguibles a instancia de parte.

En este rápido recorrido de la historia y desarrollo de la prescripción llegamos ahora a la etapa de predominio en toda Europa del Derecho Canónico inspirada en los principios Teológicos que fundamentan la iglesia cristiana y con una indiscutible asociación entre el delito y el pecado, lo que vuelve a aquél en algo esencialmente espiritual, el Derecho Canónico no reconoció ni aceptó, al igual que lo había hecho antes el Derecho de los Romanos, la prescripción de las sanciones impuestas, aún cuando si lo hacía respecto de la acción para perseguir los delitos.

Dice Schiappoli que el principio general era el de fijar un término de 20 años para la prescripción de la acción persecutoria, lo que confirma con un pasaje de las decretales de Gregorio. Existe la idea de que el término de 20 años ya consignado pudiera haberse considerado como el máximo, salvo los casos de imprescriptibilidad idea que se fundamenta en la que dispone el Canon 1702 que establece que toda acción criminal prescribe por el transcurso del tiempo útil para proponerla, según el Canon 1703, el plazo útil puede ser de tres años en general un año para las injurias cinco años

para los delitos relacionados con violaciones a los mandamientos Sexto y Séptimo y diez años para los delitos de Simónia u homicidio".(4).

Debe ser igualmente absuelto uno que hubiere cometido un delito pasados ya 20 años, después del cual tiempo no solamente no se castiga a los delinquentes, sino que ni siquiera se acusan ni investigan.

En términos generales, "puede decirse que todas las legislaciones penales de la Edad Media que acertaron las influencias decisivas del Derecho Romano, incluyeron algunas disposiciones relativas a la prescripción de la acción persecutoria; en cambio, el Derecho Ingles que rechazo tal influencia lo hizo también respecto de la prescripción de la acción penal."(5).

Cuando describe Carrará su programa de derecho criminal en 1859 ya se refiere a la unificación doctrinaria "moderna" en cuanto a la prescriptibilidad de la acción para perseguir los delitos, anotando que ella es admitida, entre otras legislaciones penales por las Sajonia, Wutemberg, Turingia, Francia, Nápoles, Cerdeña y Bélgica.

Este criterio de Carrará es confirmado por Pessina, quien dice que las leyes Italianas recogían el principio de la prescriptibilidad de la acción persecutoria, como se ve en el Código Napolitano de 1819, el Parmesano y el Albertino, en la inteligencia de que este último excluía, con la fórmula de excepciones que ya se han mencionado, algunos delitos como los ultrajes a la religión, los crímenes de Lesa Majestad, el parricidio, el envenenamiento y otros. El código Esténse de 1855 sigue el mismo procedimiento, adicionando algunos otros delitos considerados imprescriptibles, como el uxoricidio, el estupro violento seguido del homicidio, el sacrilegio y la blasfemia.

Con un sistema diferente, la legislación de San Marino, se refiere en

género a la prescripción de la acción y el procedimiento de exclusión se maneja atendiendo a la pena, es decir, que únicamente son imprescriptibles los delitos sancionados con trabajos forzados durante toda la vida.

En México, el presidente Benito Juárez dirigió para su publicación el decreto por el que se instituyó el código penal que luego sería conocido con el nombre del presidente de la comisión redactora, en el año de 1871. Este código llamado de Martínez de Castro, recogió las ideas más avanzadas de la época en la materia penal y en lo relativo a la prescripción sostuvo la tesis de que todas las acciones derivadas de cualquier delito son prescriptibles, desechando por absurda la imprescriptibilidad como excepción, ya que, según se afirmaba en la exposición de los motivos, las acciones y las penas dejan de ser ejemplares cuando ha transcurrido cierto tiempo, puesto que el escándalo y alarma que el delito produce se disipan por el simple curso del tiempo y el eventual castigo o persecución, pasado ese lapso en el que perdura los efectos del delito, son vistos por la propia sociedad como un acto de la crueldad del Estado con el infractor.<sup>7(6)</sup>

Bajo esta idea básica, la prescripción se reglamentó en función de la gravedad del delito, pero siempre permitiendo que, alcanzando cierto límite, se pudiera llegar a la declaración de prescripción, a lo que tenía que agregarse como razón adicional un sentimiento piadoso hacia el infractor, quien durante un tiempo había visto sobre sí la constante amenaza de ser encarcelado.

Es necesario apuntar que el código que se viene citando es el primero de la época del México Independiente; esto es en razón de que las anteriores codificaciones eran de origen español y en ellas existían los delitos imprescriptibles, o sea que el primer código nacional ya se establecen la prescripción en forma expuesta y se elimina la imprescriptibilidad, herencia de la dominación colonial.

Durante la vida del código de 1871 se pretendió llevar a efecto una reforma a sus principios fundamentales para ajustarlos a la época correspondiente al principio del actual siglo. Para ello, se formó una comisión, integrada por los licenciados Miguel S. Macedo, Manuel Olivera Toro y Victoriano Pimentel, la que en el año de 1903 empezó sus labores de revisión, para luego proponer las reformas pertinentes. A pesar de los problemas políticos de principios de siglo, que culminaron con el movimiento armado de la revolución mexicana, la comisión trabajó continuamente y para junio de 1912 tenía concluido sus estudios y proposiciones concretas.

En lo relativo a la prescripción se proponía un nuevo texto del antes transcrito artículo 262, para que quedará así: "por la prescripción de la acción penal, se extingue el derecho de proceder contra los delincuentes;" esta fórmula precisaba con claridad el fenómeno de la prescripción de la acción persecutoria, sin imitación alguna.

Sin embargo, las reformas propuestas no llegaban a objetivarse en una nueva legislación y continuo en plena vigencia el código de 1871 hasta que en el diario oficial, correspondiente al 5 de octubre de 1929 se publicó un nuevo código penal para el distrito y territorios federales con aplicabilidad para los casos de competencia de los tribunales penales federales. Este nuevo código, de franca influencia positivista, fue conocido como código Almaraz atendiendo a su principal redactor, José Alma.

Los lapsos para el curso de la prescripción eran varios, atendiendo a la naturaleza y cuantía de la sanción. En efecto, se establecía un término de seis meses con el delito que pudiera ser sancionado con apercibimiento, amonestación o extrañamiento; de un año cuando mereciere multa, arresto o ambas sanciones; en el término de la sanción, sin que pudiera ser inferior a cinco años, cuando la sanción fuere corporal, diferente del arresto; en un término igual al de la sanción, sin que pudiera ser inferior a un año, cuando la pena aplicable fuere la de suspensión de empleo, cargo o

derecho; dos años si la pena era de destitución y, finalmente, tres años en casos de sanciones de inhabilitación de derechos, empleos, cargos u honores.

Además, cuando la sanción privativa de la libertad fuere mayor de cinco años, pero inferior a diez años, la prescripción sería de cinco años; lo sería de diez cuando la sanción corporal fuere superior a diez años de prisión.

El código de 1929 volvía, en estas condiciones, a una época ya superada, pero en forma aun más drástica, ya que además de los delitos imprescriptibles, establecía requisitos personales, como lo eran la calidad del delincuente primario y la no ocultación del autor del hecho, condiciones que implicaban un muro casi infranqueable para el curso de la prescripción, basada en el simple curso del tiempo.

El código Almaraz fue tan conflictivo que su vida no alcanzó siquiera los dos años de duración, ya que, publicado el día cinco de octubre de 1929, fue abrogado por el que actualmente está en vigor y que comenzó a partir del 17 de septiembre de 1931.

En esta reseña histórica que se viene realizando no voy a adentrarme en el contenido del código de 1931 en materia de prescripción, atendiendo a que él será, precisamente, el fundamento que habre de utilizar en el desarrollo subsecuente de este trabajo cada vez que se tenga que hacer mención a la legislación vigente.

Se ha procurado destacar que las referencias históricas sean constreñido, prácticamente, al desarrollo de la institución de la prescripción de la acción persecutoria, ya que lo relativo a la prescripción de la sanción impuesta en sentencia firme estuvo, durante largo tiempo, excluido del fenómeno prescriptorio.

En cuanto corresponde a la prescripción de la pena, el antecedente conocido de mayor antigüedad lo es el decreto del parlamento de París, dictado el 20 de abril de 1642, que establecía un término de prescripción de treinta años, pero una legislación más perfeccionada es la que aparece en la propia Francia en el año de 1791.

Beccaria, en 1764, sostenía el criterio de la inoperancia de la prescripción de la pena, basado en una doble distinción en cuanto a la naturaleza de los delitos. Los que eran, según él, menores y oscuros podían ser susceptibles de prescripción, que eliminaba la incertidumbre del ciudadano y le abría el camino para la enmienda. Pero "los delitos atroces, de los que persiste larga memoria entre los hombres, una vez que estén probados, no merecen prescripción alguna en favor del reo que se haya sustraído con la fuga." (7).

En México, como ya antes se dijo, es el Código de Martínez de Castro el primero que corresponde al ejercicio de la soberanía nacional en materia penal. Este código consignaba que entre las causas que extinguían la pena figuraba la prescripción (artículo 280, V) y precisaba en el artículo 291 que "la prescripción de una pena extingue el derecho de ejecutarla y de conmutarla en otra"; el término ordinario de prescripción lo determinaba la cuantía de la pena impuesta a la que debía agregarse una cuarta parte más, sin que pudiera exceder de quince años; el término máximo, conforme al artículo 294, era de quince años para aquellos casos en los que la pena impuesta fuere la capital o la de prisión extraordinaria.

El código Almaraz de 1929 conservó idénticas fórmulas que el de 1871, en cuanto al concepto de prescripción de la pena y forma de computar los términos necesarios; impulso, en cambio, una variante en lo concerniente al término máximo, ya que en el artículo 286 se decía que las sanciones que no estaban expresamente reguladas prescribían en un término igual al de su duración natural, más una cuarta parte adicional, pero dicho término no podía bajar de dos años o exceder de

trece, contra los quince que mencionaba el código 1871.

Es interesante consignar que los dos códigos mexicanos citados tienen una sistemática especial, ya que lo relativo a la prescripción de las sanciones o penas se trata en un título que cubre bajo su rubro todas las causas extintivas de la sanción, mientras que las cuestiones relacionadas con la prescripción de la acción persecutoria están claramente consignadas en un título diferente, enunciado como "de la extinción de la acción penal".

Teniendo presente que en esta parte de mi trabajo sólo estoy haciendo referencias históricas, puedo afirmar que en la actualidad, salvo los casos de excepción que oportunamente tratare, sea incorporado a las legislaciones penales el principio de la aceptación de la prescriptibilidad de las sanciones impuestas por medio de sentencia firme o ejecutoriada.

En la forma anterior, puede llegarse a la conclusión de que tanto la acción para perseguir los hechos eventualmente delictuosos, cuanto al derecho para ejecutar las sanciones impuestas, son susceptibles de extinción por el simple transcurso del tiempo, es decir, que son prescriptibles.

## **2.- FUNDAMENTOS DE LA PRESCRIPCION.**

Las leyes e instituciones legales recogen frecuentemente para ser regulados simples hechos que acontecen en la naturaleza; en instituto de la prescripción no es sino un caso ejemplificador de ello, ya que, como afirma Manzini, la prescripción "no representa otra cosa que el reconocimiento de hecho jurídico dado a un hecho natural, esto es, al transcurso del tiempo".

Es el tiempo que transcurre entre un fenómeno (la realización del hecho

ejecutable (o el pronunciamiento de la sentencia condenatoria) y en el ejercicio del poder persecutor o ejecutor del estado lo que hace que la prescripción pueda funcionar o no como limitativa del poder mismo del estado.

Sin embargo, ese reconocimiento de los efectos del transcurso del tiempo no ha sido fundado con criterios unánimes por la doctrina.

Siendo varias las opciones, creo que ellas pueden quedar inmersas en cualquiera de las tres posiciones doctrinarias que a continuación serán enumeradas en apartados distintos:

a) Teoría de la intimidación inexistente .- Antes se había expuesto que en la opinión de Carrara, el único argumento sólido sobre el cual encuentra apoyo la prescripción es el de que si transcurre un lapso prolongado entre la realización del hecho y la ejecución de la condena impuesta, ésta deja de servir de escarmiento para los demás y puede inclusive producir un fenómeno inverso, como lo es el del sentimiento de conmiseración hacia el delincuente que sufre la condena,

En forma similar se expresa Cuello Calón, diciendo que "Trascurrido un largo período desde la perpetración del hecho delictivo el recuerdo de éste se borra, y los sentimientos colectivos que originan la intranquilidad y la alarma, el deseo de dar satisfacción al ofendido, el afán de que el criminal pague su deuda, se atenúan y llegan a extinguirse por completo y la sociedad sólo debe castigar cuando perduran el malestar y la inquietud causados por el hecho criminal". (8).

Siendo la pena eminentemente finalista se ha dicho, y con razón, que su fin primordial es la realización de la justicia mediante la retribución al delincuente en función del mal causado por su delito; pero que no es sólo la retribución cuantitativa lo que se pretende alcanzar, sino

también se busca la obtención de la intimidación, que suele llamarse igualmente prevención.

Se sostiene que la prevención o intimidación es de dos diversas especies: la especial y la general; fue Bentham, seguramente, quien estableció por primera vez esta distinción, la que es confirmada por parte de Cuello Calón al decir que la finalidad preventiva o intimidatoria especial es la que 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, la otra, o sea, la intimidación general, obra sobre los miembros de la colectividad, quienes percatándose de las consecuencias que el delito trae consigo, no incurrir en él, por el medio a la amenaza de la pena. No obstante los avances de la penología hasta la fecha perdura la idea de que una de las funciones esenciales de la pena lo es la intimidación general.

Ahora bien, refiriendo la cuestión de los fines de la pena al instituto de la prescripción, resulta claro que cuando por el transcurso de cierto tiempo el Estado no ha logrado enjuiciar o ejecutar una pena impuesta sobre un delincuente particular, la persecución de él pasado ese tiempo, se convierte entre los ojos de la sociedad en una especie de malvada actitud del poderoso contra el débil y por una natural inclinación anímica, el sentimiento que debiera ser de rechazo al delincuente se invierte y aparece una solidaridad espiritual, que hace que se transforme la finalidad de la pena, de una intimidación en una conmiseración hacia el perseguido y repulsa hacia el poder represivo del Estado.

Es sabido que las grandes sociedades, carecen de remembranza. Es frecuentemente que los crímenes más impresionantes o trascendentales sean prontamente olvidados por la comunidad en que ocurrieron y de ellos no queda sino el recuerdo que entre los estudiosos persisten.

La asociación insoluble delito-delincuente hace que el olvido del hecho cubre igualmente a su autor. Cuando el hecho ha sido olvidado, el autor pasa también de la memoria social y en aquellos casos en los que el Estado descubre el velo y vuelve al presente hechos de un pasado

remoto, la sociedad se conduce del autor, lo considera no un victimario sino una víctima, y de la anterior repulsa se pasa a la conmiseración que revierte en contra del propio poder del Estado.

La idea que aquí se viene exponiendo no es la más técnica y jurídica pero sí es desde luego, la más realista. Viene a ser el reconocimiento de que el transcurso natural del tiempo hace que el pasado se vaya olvidando; para no desnaturalizar al Derecho Penal, se afirman los postulados de la prescriptibilidad de la acción persecutoria y de la pena impuesta, porque de otra suerte el Derecho Penal se sentiría siempre injusto y vengativo.

Sintetizando las líneas precedentes, puede afirmarse 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, atendiendo a ello, se impone el propio Estado la limitación para perseguir y sancionar los hechos delictuosos, para evitarse ese fenómeno inverso al que nos hemos referido consistente en volver víctima a quién era victimario.

Nuestro sistema legal sin hacer, como es natural, una mención expresa de esta cuestión, reconoce la prescriptibilidad de la acción persecutoria en un mínimo de tres años y de la sanción impuesta en un máximo de 15. Dentro de sus límites están aún vigentes la alarma, el horror y la inquietud que el delito produce; fuera de ellos, el olvido social cubre a los hechos y la prescripción funciona con sus efectos instintivos.<sup>(9)</sup>

b) Teoría basada en la dificultad de la prueba:- La tesis de la que habre ocuparme en este apartado, al decir de Manzini, tiene su origen en el pensamiento de Tomassiur y ha sido motivo de aceptación por diferentes autores que se han ocupado del tema.

Merkel, afirma que "el transcurso de largos periodos dificulta el

desempeño de las funciones propias del derecho procesal, esto es, la fijación y determinación de la verdad en lo que se refiere a la culpabilidad o inculpabilidad de un acusado, cosa que se hace muchas veces por completo imposible.

Agrega el propio autor alemán que mediante el instituto de la prescripción se reduce el peligro de las condenas injustas, como ocurre, por ejemplo en aquellos casos en los que ha sido posible conservar a través del tiempo el material probatorio que perjudica a un sujeto, pero en los que no ha podido conservarse en el mismo tiempo aquél material que lo favorece y con ello no puede probarse o la inocencia o la duda razonable, en cuanto a la culpabilidad o responsabilidad del mismo individuo.

Binding fue en su época uno de los principales sostenedores de esta idea con un criterio más ajustado al punto de vista del posible acusado, ya que consideraba que por el transcurso del tiempo más que de deteriorarse aquellas pruebas que eventualmente pueden servir para fundamentar una condena desaparecen o se perjudican las que acreditan la inocencia de los acusados.

Se agrega, siguiendo esta misma línea de pensamiento, que al cabo de cierto tiempo el juicio que haya de realizarse respecto de un hecho determinado no tiene el contenido de servidumbre fáctica imprescindible y ello produce efectos negativos en la administración de la justicia ya que rompe el equilibrio entre las partes, dejando en notoria inferioridad al inculcado, quién solo habrá de enfrentarse al aparato represivo del Estado, quien siempre dispone de mejores medios para la preservación de la prueba.

No creo que pueda sostenerse válidamente una impugnación seria en contra de esta acertada tesis fundatoria de la prescripción. Los argumentos en su favor son fuertes y parecen inexpugnables.

Sin embargo, 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 sosten alguno en lo que corresponde a prescripción de la sanción impuesta en sentencia condenatoria. Se vera los fundamentos de esta última afirmación.

Efectivamente, si se parte del supuesto de que hay una sentencia condenatoria que impone una sanción y que ésta la que dejara de ejecutarse merced al fenómeno de la prescripción, en forma necesaria habrá que pensar que la sentencia pronunciada presupone la existencia de un proceso y que durante el curso y tramitación del mismo se hizo el aporte de las pruebas que, debidamente valoradas, llevaron a la sentencia condenatoria.

Lo anterior significa que el problema de preservación de las pruebas deja de tener vigencia cuando las pruebas ya fueron aportadas y valoradas por las partes interesadas; esto explica que, autores como Binding, de quien dijimos era de los principales sostenedores de la tesis que nos ocupa, la limiten en sus alcances en lo que corresponde exclusivamente a la acción persecutoria y reace enfáticamente, bajo esta misma idea, la prescripción de la ejecución de la pena, puesto que la falta de pruebas no es argumento esgrimible tratándose de la pena ya impuesta.

Por otra parte debe tenerse presente que, respecto de México, no es siquiera concebible un proceso (presupuesto para una sentencia) en el que él acusado no haya tenido la oportunidad de defenderse y de aportar todas las pruebas pendientes a su defensa, ya que, conforme a nuestro sistema de enjuiciamiento, es imprescindible la presencia física de la persona imputada.

En síntesis, respecto de la tesis fundada en la dificultad de la prueba infundada ella tiene validez, por justa y equilibrada solamente respecto de una de las dos hipótesis de prescripción a que vengo refiriéndome, esto es, en lo relativo a la prescripción de la acción persecutoria

para determinar si un hecho es o no constitutivo de delito y, en su caso, si un sujeto determinado es o no un delincuente. No tiene esta misma tesis fundamento suficiente en orden a la prescripción de la sanción impuesta en sentencia firme.

c). Teoría basada en la seguridad jurídica:- Hay una tercera teoría, que por mi parte considero la más acertada, que va fusionando paulatinamente los argumentos que sostienen y dan apoyo a las dos precedentes para llegar a la conclusión de que por razón de la seguridad que todos los hombres deben tener ante el poder del Estado la prescripción, sea de la acción o de la sanción esta plenamente justificada en los sistemas legales.

Carrara dijo que "en materia penal el tiempo extingue la acción porque además de ser difícil la justificación del inocente, hace cesar el daño social merced al presunto olvido del delito, lo cual conduce a la cesación de la impresión moral que nació de él, sea respecto de los buenos en quien deja de existir el temor sea respecto de los malvados, en quien deja de tener influjo en mal ejemplo. Desaparecido el daño político, se torna inútil la reparación penal.

Aquí es perceptible el doble efecto que el tiempo ejerce sobre el hecho delictuoso: Hace difícil la prueba y carece de significación intimidatoria la persecución o el castigo. Son razones de política criminal como el mismo Carrara apunta, las que hacen que la prescripción opere en todos los casos.

En este pensamiento aparece como una verdadera necesidad que cuando el orden violado por el hecho perseguible a sido restituido a su anterior condición por el simple transcurso del tiempo corrido, la persecución del delito y del delincuente parece una mera búsqueda de la venganza pública y no una actividad jurídica con una tendencia finalista reparatoria del orden jurídico violado que, como se dice, a vuelto a sus condiciones preexistentes por sí mismo. No hay, en esta situación, una

seguridad pública restablecida porque no aparece, en estricto sentido, ninguna inseguridad para la sociedad.

Welzel, sin fijar una posición al respecto sostiene que, "con el tiempo se pierde el interés estatal en la persecución del delito; simultáneamente, la persecución de hechos muy lejanos se vuelve con el transcurso del tiempo, cada vez más difícil o prácticamente imposible."(10).

Destaca en el párrafo transcrito, desde nuestro particular punto de vista la mención en el sentido de que el Derecho Penal tiene, más que su importancia sancionadora, el deber de asegurar el respecto de los bienes jurídicos.

En nuestro medio nacional, Díaz de León hace referencia a que la prescripción (Perención, la denomina el autor) es indispensable porque solo así conserva su valor la justicia criminal; solo por medio de ella el individuo y la sociedad obtendrán certeza y confianza en que los procesos penales no se detengan indefinidamente; y solo así es como se limitará la intranquilidad, sufrimiento y lesión que los mismos producen.

Ante la ley el hombre requiere de la seguridad, es decir, debe conocer el individuo libre suposición frente al Estado y más aun cuando la figura del Estado esta representada por medio más drástico de coacción, como lo es la pena o sanción con la que comunica a los transgresores de la ley penal. Dice Hayek que "el principal medio de coacción o disposición del poder público es el castigo. Bajo el imperio de la ley le es lícito, mediante los métodos punitivos, invadir la esfera privada que protege a determinada persona, si a quebrantado una regla general promulgada debidamente.

Con lo inmediatamente antes expuesto se quiere significar que si hay leyes generales que regulan el fenómeno de la prescripción como es el caso de nuestra legislación penal, en

realidad, esas reglas están creando, además de una limitación al poder del Estado, una esfera de derechos en favor de los individuos, que tendrán siempre, un derecho individual oponible al derecho general del Estado a perseguir los delitos y a los delincuentes.

La filiación a esta postura, eminentemente jurídica, no implica, en forma alguna, devaluación de las ideas manejadas por quienes apoyan la procedencia de la prescripción en la intimidación inexistente y la dificultad de la prueba, acepto tales argumentos, pero considerando que son extrajurídicos y, por lo tanto, solo probatorios de la necesidad de que exista la seguridad jurídica.

### 3.- CONCEPTO DE PRESCRIPCIÓN.

Si se pretende definir a la prescripción, se tiene que fijar, con la máxima claridad posible, la significación de la palabra, dando al mismo tiempo el conjunto de características que la identifican. En el caso particular, prescripción puede decirse que es un término o vocablo equívoco, según sea el área o esfera del conocimiento donde se esté empleando. A mi me interesa dotar, a la prescripción de una significación que permita conocer, al simple enunciado, que se está refiriendo al Derecho Penal; sin embargo, no se puede pasar por alto algunas observaciones que sean útiles para la mejor comprensión del significado.

En primer término, es factible señalar que por cuestiones de estilo en la redacción de las leyes, se puede encontrar en algunas normas el empleo del vocablo con una significación absolutamente ajena a la que se refiere al fenómeno que aparece por el transcurso del tiempo.

Creo que no puede ser más clara la equivocidad del término prescripción, ya que lo mismo está referido a materia de obligaciones, que a forma o medio de adquisición de derechos

reales; ello, desde luego, sólo en lo que atañe a la materia civil, porque más equivoco aparece si lo contrastamos con el instituto de la prescripción en la materia penal. Por lo mismo, se insiste en la necesidad de definir, para luego conceptuar, a la prescripción dentro de los límites propios y exclusivos de lo penal.

Siguiendo esta línea de pensamiento considero que la prescripción penal puede definirse así: es el fenómeno jurídico penal por el que, en razón del simple transcurso del tiempo, se limita la facultad represiva del Estado, al impedirse el ejercicio de la acción persecutoria o la ejecución de las sanciones impuestas.

La definición precedente está fundada en las siguientes consideraciones:

"1a. Se trata de un fenómeno jurídico penal. Con esto quiero dejar establecido que estamos frente a un problema o cuestión de naturaleza puramente jurídica, ya que si bien es cierto que como lo ha expresado Manzini, "la prescripción no representa otra cosa que el reconocimiento de hecho jurídico dado a un hecho natural", también es indiscutible que desde el momento mismo de que existe una regulación normativa, se está ante lo que es jurídico y si además consideramos que la regulación correspondiente forma parte del sistema de legislación penal, es válido afirmar que el fenómeno que nos ocupa es jurídico penal." (11).

"2a. La prescripción opera por el simple curso del tiempo transcurrido. Como se ha visto la prescripción tiene como fundamento el simple correr del tiempo. Podrá haber variantes, según la naturaleza del hecho imputado, o cuando se distingue entre prescripción de acción persecutoria y de sanción; lo cierto es que, en todos los casos, es el tiempo el que hace funcionar al instituto de la prescripción."(12).

3a. La prescripción es limitativa del ejercicio de la facultad represiva del Estado. Partiendo de la base de que estamos frente a un Estado de Derecho y que existe un conjunto de normas que regulan la prescripción, pudiéndose afirmar que el mandamiento de tales normas va dirigido, por una parte, al Estado mismo y por la otra al órgano que el propio sistema represivo haya creado. (13).

En la actualidad, aun cuando sea bajo diferentes concepciones filosóficas, es admitido en todas las legislaciones el derecho que el Estado tiene para perseguir y castigar los delitos; esta facultad estatal fue denominada por Binding como Derecho Penal Subjetivo y corresponde a lo que conocemos como *ius puniendi*; sin embargo, dice con toda razón Jiménez de Asúa que el Derecho Penal Subjetivo no es ilimitado, pues el Estado, en el ejercicio del poder de castigar, tiene que limitarse a sí mismo, fijando el supuesto y el contenido de su actuación.

Ahora bien, la limitación al ejercicio de la facultad represiva está fundada en el Derecho Penal Objetivo, es decir, en las normas que estando vigentes regulan el fenómeno. Utilizando también expresiones de Jiménez de Asúa, puede decirse que existe la pretensión o exigencia punitiva frente al delincuente que se extingue por numerosas causas y también el individuo es capaz de poseerla aún en nuestra propia esfera Jurídica. Se pone por dicho autor el caso de excepción de los delitos perseguibles sólo por instancia (querrela) de parte; se agregaría como ejemplo, el de la prescripción.

Nuestra ley vigente se ocupa de tratar el problema de la prescripción en los Artículos 117 a 131 del Código Penal, lo que revela la existencia de un conjunto de normas que, a nivel de Derecho Penal Objetivo, tratan y regulan el fenómeno que, por el propio contenido sustancial de tales normas, implican una limitación legal a la facultad represiva del Estado, o sea, una limitación al Derecho Penal Subjetivo o *ius puniendi*.

No puede, negarse que la actividad represiva del Estado, sea para la persecución o ejecución, está limitada por el simple correr del tiempo, en la inteligencia de que ese tiempo suficiente sólo puede estar enunciado en género, ya que en especie será cada caso el que lo determine.

Se puede proceder a dar el concepto de prescripción penal. La idea concebida tiene que encontrar su fundamento en la definición antes dada y la congruencia que tenga el fenómeno de la prescripción con el conjunto de normas que la rigen. Esto se menciona en virtud de que siendo en concepto una idea abstracta, tiene que ser congruente con las características que son propias de la definición y, además, ajustado a la normatividad ya que se trata de un verdadero fenómeno Jurídico.

Por razón natural, es imposible eliminar del concepto las notas esenciales que dan identificación propia a la definición. Se puede considerar más adecuado anteponer la definición al concepto, atendiendo a que la prescripción tiene ir elaborándose conceptualmente por medio de la reunión de sus características; no es posible, creo, asimilar un concepto si antes no se ha tenido la oportunidad de ir conociendo el contenido del fenómeno, los efectos que produce y los campos de aplicación que le corresponden.

Por otra parte, fiel a la idea de la naturaleza Jurídica de la prescripción, en dicho concepto me habré de referir a la normatividad que la rige ya que, como se ha manifestado con anterioridad, la prescripción es un fenómeno natural (el transcurso del tiempo) con valoración jurídica, lo que la convierte en un instituto propio de la ciencia del Derecho.

“Así, la prescripción es la autolimitación que el Estado se impone para perseguir los hechos con apariencia de delitos, o ejecutar las sanciones impuestas a los delincuentes, por razón del tiempo transcurrido.”(14).

Como ya se ha mencionado al referirme a la definición de la prescripción es un fenómeno jurídico que está, normalmente, regulado por un conjunto de normas que le dan sus características esenciales. Partiendo de la misma base sustentadora, es posible afirmar y sostener que en todas las legislaciones en las que se regula el fenómeno de la prescripción, en estricta realidad es el mismo Estado soberano el que, por medio y a través de su propio sistema legislativo, se impone limitaciones a lo que es su derecho-deber de perseguir y sancionar las transgresiones a las leyes penales.

Nada hay que pueda ser forzosamente impuesto al ejercicio de la soberanía de los Estados; en consecuencia, cuando aparece la limitación que trae consigo la prescripción es debido a que el Estado mismo, en ejercicio de su soberanía, se autolimita en esta materia específica.

La prescripción de la sanción, por otro lado, es una garantía establecida en favor del sentenciado que se encuentra sustraído a la acción de la justicia; aun cuando pueda parecer que a través de la prescripción de la sanción se crea en favor del reo un "estatus" privilegiado en el que aparece casi como un premio a su habilidad para permanecer prófugo, lo cierto es que, como ya lo dijo Pessina, cuando la ley reconoce la inutilidad de la pena, en función del tiempo transcurrido, la prescripción funciona aun contra la voluntad del reo.

Creó que debe quedar perfectamente establecido que la prescripción de la sanción impuesta no altera en forma alguna la calificación hecha por la autoridad judicial en cuanto se refiere a la naturaleza delictiva del hecho respecto del cual se dictó la sentencia irrevocable y la propia calidad de delincuente que se atribuyó en la sentencia al autor del hecho enjuiciado.

La acción penal nace como consecuencia de la realización de un hecho que reúne las apariencias de un delito, calificado así "a priori"; de la actividad que desarrollo el Ministerio Público respecto de ese hecho con apariencia de ser delictuoso resultará la intervención del único órgano

estatal facultado para dar una calificación certera y legal del hecho, en cuanto a que sea o no constitutivo de delito, órgano que, conforme se ha visto, es el jurisdiccional.

Siguiendo este orden de ideas es que se considera que la prescripción implica, una limitación que el Estado se ha impuesto para perseguir los hechos que tienen la apariencia de ser delictuosos, privándose así de la posibilidad de obtener por medio de los tribunales la calificación que, como "verdad legal", pudiera corresponderles mediante la actividad jurisdiccional que culmina en una sentencia que resuelve en definitiva si el hecho era o no constitutivo de delito.

Ahora bien, esa facultad que es propia del Estado y que corresponde a su derecho-deber para intervenir en todo lo concerniente a los delitos, aparece, sin embargo, limitada por los principios reguladores del fenómeno de la prescripción consignados, fundamentalmente, en nuestro código penal vigente.

El Estado, en consecuencia, es el primer obligado a restringir su actividad represiva, en acatamiento a las normas que él ha dictado y tiene que respetar, con lo que se crea la situación de excepción a la facultad genérica de perseguir y sancionar las transgresiones a las leyes penales. La prescripción, como caso de excepción, es el mejor ejemplo de lo que aquí se consigna.

#### FINALIDADES DE LA AUTOLIMITACION

Cuando el Estado, en ejercicio de su soberanía, regula el fenómeno de la prescripción, lo hace con referencia a dos hipótesis que son absolutamente diferentes: limitándose en el ejercicio de la acción persecutoria y en la ejecución de las sanciones que se hayan impuesto en una sentencia firme.

#### a) Autolimitación para perseguir hechos

El artículo 21 de la Constitución dice que "La prescripción de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial". Esta redacción del precepto constitucional ha dado origen a innumerables controversias, sobre todo entre los procesalistas, por lo que se refiere al concepto de la acción penal y a la oportunidad de su ejercicio.

La importancia de esta distinción en cuanto se refiere a que lo que prescribe es el derecho a ejecutar la sanción es manifiesta, ya que el que alguien haya sido considerado como delincuente, independientemente de que se cumpla o no la sanción impuesta, tiene implicaciones diversas dentro del propio Derecho Penal.

Hemos mencionado que el caso de la llamada prescripción de la sanción lo que existe, en el fondo, es una limitación que el Estado mismo se ha impuesto para ejecutar las sanciones legalmente impuestas y con referencia expresa a la persona del delincuente. Procederemos, en consecuencia, a fundamentar la facultad estatal para imponer las sanciones y para ejecutarlas, todo ello atendiendo a las normas que específicamente resultan aplicables.

Vemos que es éste un caso de autolimitación del Estado, actuando los tres Poderes que lo integran, cuando por el simple transcurso del tiempo más la satisfacción de otros requisitos consignados en la ley deja de cumplirse como excepción, la función represiva que es propia y exclusiva del Estado soberano.

#### b) Autolimitación para ejecutar sanciones

Todo el procedimiento penal tiene como objetivo final obtener de los

tribunales una verdad legal en orden a un hecho y un sujeto determinados. Antes de pronunciarse una sentencia definitiva o su equivalente (libertad por desvanecimiento de datos, sobreseimientos por las causas legalmente establecidas, etc.), la situación legal del hecho y del autor imputado se maneja sobre bases de mayor o menor certeza, pero siempre bajo la posibilidad de que la calificación final arroje en el juicio que culmina con una sentencia una declaración en el sentido de que el hecho determinado no es delictuoso, o que el imputado en el proceso no es responsable.

La sanción que imponen las autoridades judiciales es siempre consecuencia del hecho ya calificado como delictuoso; pero no es posible desvincular al hecho de su autor; en estas condiciones, si hay delito es porque hay delincuente y es éste quien deberá quedar sometido a la sanción impuesta.

De lo anterior se desprende el fundamento de nuestra afirmación en el sentido de que la prescripción de la sanción impuesta está directamente relacionada con el sujeto delincuente, a diferencia de la prescripción de la acción persecutoria, que esta referido a los hechos que se pretende llegar a calificar en una sentencia definitiva.

#### **4.- NATURALEZA JURIDICA DE LA PRESCRIPCION.**

Entendida la prescripción como un verdadero fenómeno jurídico que repercute igual en cuanto se refiere a la imposibilidad de calificación legal de determinados hechos, que en cuanto a la incapacidad de ejecutar sanciones legalmente impuestas, nos queda aún sin resolver la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del fenómeno.

Para definir tal postura, se puede acudir a los conceptos que a continuación se citan.

De acuerdo con la facultad que histórica, cultural y políticamente corresponde al Estado de ejercitar su derecho a perseguir los hechos con apariencia de delictuosos e imponer y ejecutar las sanciones que se señalen a los delincuentes, es decir, atendiendo al "ius puniendi", toda limitación para el ejercicio del derecho propio es algo que está directamente relacionado con el Derecho Penal o con el Derecho Penal material.

Siguiendo esta idea, dice Vera Barros que "se sostiene que la prescripción es un instituto de derecho material, porque lo que caduca con el transcurso del tiempo es la pretensión punitiva del Estado: su derecho a castigar en el caso concreto". (15).

Lo que se pierde por parte del Estado en estos casos, por razón del simple transcurso del tiempo, es el derecho mismo de perseguir y en su caso ejecutar la sanción, es decir, que hay una afectación al ius puniendi que impide al Derecho Penal alcanzar sus fines, sean represivos, reeducativos o tendentes a la readaptación social o resocialización del delincuente.

En efecto, si no puede el Estado por razón de la prescripción buscar la calificación legal de un hecho concreto y tampoco puede ejecutar en la persona del delincuente la sanción impuesta, que surge posfacto, en estricta realidad se está haciendo desaparecer por el fenómeno jurídico de la prescripción la nota esencial del Derecho Penal, que se refiere a ser finalista.

Vemos que la prescripción, de acción o de sanción, en el fondo mismo de su esencia implica una afectación a las pretensiones ideales del Derecho Penal, que no puede perseguir ni ejecutar sanciones, porque se ha visto limitado en el ejercicio del ius puniendi; en consecuencia, el fenómeno de la prescripción es de Derecho Penal material, al significar restricciones al ejercicio del Derecho a la persecución de los hechos con apariencia de delitos y a ejecutar las sanciones legalmente individualizadas para cada caso concreto.

Aún es posible agregar que, como lo indica Vera Barros, "si la pretensión punitiva del Estado es de derecho material, la prescripción, que solo importa la cancelación de dicha pretensión en su aspecto dinámico, tiene que participar de la misma naturaleza".

Si la prescripción implica una limitación a la facultad del Estado para perseguir los hechos con apariencia de delitos y ejecutar las sanciones legalmente impuestas, afecta, en realidad, al *ius puniendi* y como consecuencia es un fenómeno propio del Derecho Penal material.

#### b) Teoría de la prescripción como instituto del Derecho Procesal Penal

Dice Quintano Ripollés que "muy discutida es en doctrina la naturaleza de la prescripción, ganando terreno la originaria tesis francesa de pertenencia al Derecho procesal y no al penal material". (16).

El argumento esencial para esta posición doctrinaria consiste en que la prescripción no es sino un impedimento u obstáculo puesto para la iniciación o prosecución de un procedimiento penal, sin anular o reprimir el derecho a castigar, que permanece intocado como facultad propia del Estado, pero sin la posibilidad de actualizarse en función del tiempo transcurrido.

Sauer, en cambio, categóricamente afirma que la institución de la prescripción "no pertenece ya al Derecho Penal material, puesto que se trata de impedimentos procesales (impedimentos de persecución y de ejecución) que condicionan mediatamente la solución de la querrela penal". (17).

De acuerdo con el argumento esencial de esta tesis, es claro que al aparecer la barrera que el tiempo levanta, el Estado se ve impedido para el ejercicio de sus acciones

represivas, aun cuando, como se ha expuesto, su derecho a sancionar permanezca intocado. Está referida la cuestión, desde su planeamiento de origen, más a la acción persecutoria que a la ejecución de las sanciones legalmente impuestas.

Los autores que corresponden a la época actual, sobre todo los finalistas, tienen una fuerte tendencia a incluir el fenómeno de la prescripción, especialmente la de la acción persecutoria, dentro del Derecho Procesal.

Tenemos a Welzel, quien afirma que "según la doctrina actualmente preponderante, la prescripción de la acción tiene un carácter meramente procesal, vale decir, es mero obstáculo para el proceso".(18).

A este respecto se ha afirmado que la facultad represiva del Estado se concreta en el momento mismo en el que aparece en el mundo de la realidad la causación de un daño público, como consecuencia de un acontecimiento posiblemente delictuoso, que hace nacer una pretensión de justicia en aquel órgano del Estado que tiene conferida la función de ejercitar ese poder de acción, exigiendo a aquel otro órgano, también estatal, al que corresponde la función jurisdiccional, para que ésta se realice hasta su agotamiento, resolviendo y calificando el hecho que dio motivo al interés del órgano persecutor.

La tesis procesalista está especialmente referida a la prescripción de la acción, con pocas y nada convincentes argumentaciones menos lo relativo a la prescripción de la sanción, donde en realidad se resquebraja la atribuida naturaleza juridico-procesal de la prescripción, porque la pena o sanción supone la conclusión del procedimiento y sería muy difícil sostener que hay algo que impide realizar lo que está totalmente concluido.

c) Teoría mixta, que considera a la prescripción como instituto de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal.

Esta teoría, sostenida entre otros autores por Mezger y por Manzini, toma como punto de partida la necesaria distinción que tiene que realizarse entre la prescripción de la acción persecutoria y la de la sanción impuesta, porque siendo diferentes las situaciones, igual tiene que serlo la naturaleza de cada una de ellas.

Dice Mezger que "por el transcurso del tiempo desaparece la pena, bien porque el transcurso del tiempo excluye la posibilidad de la persecución penal (llamada prescripción de la persecución penal), bien porque el transcurso del tiempo excluye la posibilidad de ejecutar la pena impuesta por sentencia firme (la denominada prescripción de la ejecución de la pena)." (19).

Establecida la distinción en la forma anterior, agrega el autor alemán que la prescripción de la persecución penal produce sus efectos material y procesalmente, mientras que la denominada prescripción de la ejecución de la pena lo hace en el área procesal penal.

En esta teoría predomina la intención de separar, como ya se había expuesto, las dos clases de prescripción, dotando a cada una de ellas de una diferente naturaleza y de ahí su carácter mixto.

**CITAS BIBLIOGRAFICAS.****CAPITULO PRIMERO.**

- 1).- Vela Treviño Sergio., La Prescripción Penal. Editorial Trillas. 2da. Edición. México, 1990 Pág. 30.
- 2).- Vela Treviño., Ob. Cit. Pág. 30.
- 3).- Manzini., Tratado de Derecho Penal., Tomo V, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, Pág. 139.
- 4).- Vera Barros., La Prescripción Penal en el Código Penal., Tomo II, Editorial Paris, Pág. 696.
- 5).- Pessina Enrique., Elementos de Derecho Penal, 4ta. Edición., Editorial Reus, Madrid, Pág. 698.
- 6).- Exposición de Motivos del Código Penal de 1871., Librerías La Ilustración, Veracruz, México, Pág. 29 y 30.
- 7).- Beccaria Cesare., De los Delitos y de las Penas., Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1968, Pág. 141.
- 8).- Cuello Calón Eugenio., Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Ediciones Bosch, Barcelona, 1978, Pág. 727.
- 9).- Vela Treviño., Ob. Cit. Pág. 44.
- 10).- Hans Welzel., Derecho Penal, Parte General., Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1987, Pág. 250.
- 11).- Vela Treviño., Ob. Cit. Pág. 58.
- 12).- Vela Treviño., Ob. Cit. Pág. 58.
- 13).- Vela Treviño., Ob. Cit. Pág. 58.
- 14).- Vela Treviño., Ob. Cit. Pág. 67.
- 15).- Vera Barros., Ob. Cit. Pág. 39.
- 16).- Quintano Ripolles Antonio., Compendio de Derecho Penal., Vol I. Editorial Bosch, Barcelona, España, Pág. 490.
- 17).- Saver Guillermo., Derecho Penal. Parte General., Editorial Bosch, Barcelona, 1976, Pág. 370.

18).- Hans Welzel., Ob. Cit. Pág. 257.

19).- Mezger Edmundo., Tratado de Derecho Penal., Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 1986, Pág. 390.

## **CAPITULO II.**

**CAPITULO SEGUNDO.- PRESCRIPCION DE LA ACCION  
PENAL.**

**SUMARIO:** 1.- El tiempo de la conducta. 2.- La prescripción de la acción en orden a la conducta. 3.- La prescripción de la acción en orden al resultado. 4.- La prescripción de la acción en orden al tipo.

**1.- EL TIEMPO DE LA CONDUCTA.**

Aquí se va a fijar una posición doctrinaria y de interpretación de textos legales vigentes, para saber como se a valorado el momento en que la conducta se manifiesta en el mundo exterior. Esta fijación de posición es determinante para la congruencia del tema de la prescripción de la acción persecutoria en todas las variantes en que puede presentarse, ya que es precisamente el tiempo el factor que hace funcionar el fenómeno de la prescripción y ello obliga a que se conozca, con anticipación, el criterio que servirá de base para el estudio de los casos en particular, sobre todo atendiendo a que la doctrina no está unificada a este respecto.

Apunta Pavón Vasconcelos que las cuestiones relativas al tiempo de comisión del delito (me referi a la conducta y no al delito) son importantes en la solución de los problemas respecto a la aplicación o no aplicación de la ley vigente, a la fundamentación de la antijuricidad, imputabilidad o culpabilidad en su caso y "para esclarecer si ha operado o no la prescripción de la acción penal." (20).

Obviamente para los efectos de este estudio interesa sólo la tercera de las cuestiones a las que se refiere el citado autor, ya que estamos ocupandonos de un problema concreto de prescripción de la acción persecutoria que nace de una conducta manifestada y no de estudios relativos a la teoría del delito o de la ley penal.

Para nuestro trabajo hay que partir de la base de que se ha manifestado una conducta que habrá de ser perseguida, para su calificación en orden al delito, con sujeción a las leyes vigentes. Esto significa que sin restar valor al tema del ámbito de validez temporal de la ley en su integridad teórica, los soslayamos por ser ajeno a lo que es motivo de este estudio y nos reducimos a lo relativo al momento de determinación de la conducta para efectos de la prescripción.

Por otro lado se hará referencia a las principales teorías existentes para la determinación del tiempo de la conducta, para poder fijar la que, desde nuestro punto de vista, acepta la ley penal mexicana.

#### a) Teoría de la actividad

Dice Mezger que la teoría que se ha llamado de la actividad encuentra su fundamento en el reconocimiento del principio "nulla poena sine lege" para la aplicación de las normas relativas a la determinación del tiempo de la acción. Es de esencial importancia para ese efecto buscar la conexión que puede establecerse entre la punibilidad de una conducta determinada y aquello que es medular y núcleo de la total acción. Esta conexión solamente puede darse como punto de partida la actividad del sujeto autor de la conducta.

De acuerdo con esta teoría, la conducta queda perfeccionada para el inicio del curso de la prescripción a partir del momento en que se realiza la actividad del sujeto a gente de ella; por ejemplo, como dice Cuello Calón "cuando la carta injuriosa fue escrita en Madrid y recibida y leída por su destinatario en Buenos Aires 20 días después, el delito de injurias se cometió al escribir la carta", por que a partir del momento en que se realizo tal conducta quedo satisfecho el hecho de obrar de manera contraria a la ley, previsto por el legislador en el tipo correspondiente. Para los efectos de la prescripción de la acción persecutoria, se tendría que tomar como punto de partida el momento de escribir la carta

injuriosa y no el de la recepción de ella.”(21).

Esta teoría que se menciona no a encontrado plena aceptación, sobre todo en la práctica, porque presenta la dificultad resultante de que los delitos pueden cometerse tanto mediante una acción cuanto de una omisión.

Atinadamente observa Pavón Vasconcelos, de acuerdo en ello con Mezger, que “como la omisión sólo se fundamenta de modo extremo y con relación al deber contenido en la norma, la acción esperada y exigida es determinante en los problemas del lugar y tiempo de la omisión. De ahí que la omisión deba entenderse cometida en todos los lugares y momentos donde el sujeto hubiera debido desplegar una conducta activa, siendo indiferente el lugar de residencia, salvo que la ley lo exija.”

Otro motivo de crítica a la teoría de la actividad a sido planteado conforme a las ideas de Ranieri y en relación con los delitos permanentes, ya que se dice que “dado que en los delitos permanentes es relevante no solo la violación antijurídica inicial, sino también su prolongación en el tiempo, debe sostenerse que en esta especie de delitos tiene importancia ya sea el deber jurídico de observar determinada conducta, que se viola con la conducta inicial, ya sea el deber jurídico de hacer cesar el estado de antijuricidad que es violado con la conducta posterior.”(22).

Si la realidad de presentación de la conducta fuera todo lo simplista de la teoría que la actividad sugiere, no habría duda respecto de la aceptación de ella para precisar el tiempo de la conducta y partir de una base siempre cierta para el inicio del computo necesario para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria.

Pero como se ha visto, con las críticas apuntadas, no es siempre fácil

determinar el momento preciso en que a quedado totalmente realizada la conducta y ello hace que se pierda el sentido de la seguridad jurídica en el caso de aceptar, sin más, la bondad de la teoría de la actividad.

b). Teoría del resultado.

Cuando se ocupa Porte Petit de estudiar las cuestiones relativas al tiempo y lugar del delito, se refiere a la llamada teoría del resultado y dice que es la que "considera como cometido el delito precisamente en el momento en el que se realiza aquél (el resultado) y no en el que se lleva a cabo la actividad o movimiento corporal". (23).

Esta teoría, que tiene en la actualidad pocos adeptos, deja sin resolver un número elevado de casos, ante la imposibilidad de precisar el momento de producción del resultado, siendo útil solamente tratándose de aquellos delitos que producen un resultado material.

Como apunta acertadamente Pavón Vasconcelos, la teoría del resultado "es inobjetable tratándose de los delitos materiales que por su estructura requieren de una mutación en el mundo externo al sujeto, es decir, de un resultado, pues mientras este no se produzca la simple actividad no consuma al delito. A pesar de ello, la teoría resulta inadecuada tratándose de los delitos de simple conducta, en la cual el proceso ejecutivo exige actividad en uno o varios actos, pero también la no realización del evento (resultado) por causas ajenas a la voluntad del sujeto."

Como es perceptible en materia de prescripción aparece como inaceptable una total afiliación a la teoría del resultado, ya que si bien ella es válida para aplicarse a las conductas que producen un resultado material, no es suficiente para cubrir toda la serie de posibilidades que en orden a la manifestación de la conducta pueden presentarse y una teoría que solo parcialmente puede

tener aplicabilidad es insatisfactoria.

c). Teoría Unitaria o de la Ubicuidad.

Esta teoría, que se ha denominado en las formas expuestas y además como de conjunto o mixta, pretende resolver la cuestión afirmando que el delito se comete tanto en el lugar y tiempo en los cuales a tenido verificativo la actividad, sea en forma total o parcial, como en los que se produce el resultado.

La teoría, que llamaremos unitaria para reducir cuestiones terminológicas, esta fundada en las diversas formas que puede presentar la conducta que produce el hecho relevante; por una parte, toma en consideración la actividad desarrollada por el sujeto autor de una conducta, sea en forma total o parcial, con lo cual se cubre los casos de los delitos consumados y de aquellos otros que se manifiestan en forma de tentativa punible; por actividad no se entiende exclusivamente el movimiento corporal que es característico de los delitos en los que la conducta se presenta en forma activa, sino también la inactividad voluntaria que es parte integrante de la omisión punible.

Ante esta cuestión, se valora igualmente el momento de producción el resultado, con lo que abarca los delitos de transformación material del mundo exterior, pero ampliando el concepto más allá de lo puramente material, se aceptan los resultados en los que la modificación no adopta forma material, sino que se refiere al mundo jurídico con lo que quedan incluidos los delitos materiales y aquellos que son de mera conducta.

Bajo esta idea y dentro del campo específico de la prescripción y en relación directa con el curso del tiempo necesario para la operancia del fenómeno prescriptorio, una acción para perseguir un hecho determinado puede prescribir según sea la forma especialmente adoptada

por la conducta de que se trate, sin sujeción estricta a la consumación o agotamiento de la conducta típica o a la producción del resultado, también típico.

Esto significa que Mezger haya dicho "el problema del comienzo de la prescripción ha de resolverse en el sentido de una teoría unitaria (pero limitada), en tanto que sólo la existencia de la total acción permitirá que comience a correr el plazo." (24).

La teoría unitaria a la que nos venimos refiriendo es la que ha encontrado mayor aceptación entre los estudios modernos y las legislaciones penales más avanzadas, y toma como punto de partida para su planteamiento que la conducta, para los efectos del delito, está integrada por tres elementos, que son: la manifestación de la voluntad, el resultado sobrevenido y la relación de causalidad necesariamente existente entre ellos. Sólo de la conjunción de estos tres elementos puede obtenerse la satisfacción de una conducta.

Con referencia directa a la prescripción y en forma más concreta al inicio del computo de su curso si aplicamos la teoría unitaria tenemos que decir que se inicia a partir del momento en que hay una conducta, debidamente integrada, que da base a la pretensión punitiva del Estado, o sea, cuando hay una conducta típica cometida por un sujeto capaz para efectos del derecho penal.

#### d). Teoría de la manifestación de la voluntad.

Siendo la teoría unitaria la de mayor aceptación entre los estudiosos del tema relativo al lugar y tiempo de la acción, sería absurdo pensar que no existen criterios discrepantes; entre las ideas que se han expresado en contra de ella destacan, a mi modo de entender la cuestión, las sostenidas por Jiménez de Asúa.

En forma expresa afirma que "a mi entender, como se ha dicho repetidamente, la manifestación de voluntad debe decidir no sólo el lugar en que se estima ejecutado el acto, sino también el momento de su realización, salvo cuando la ley determina lo contrario o cuando la necesidad práctica, como en los delitos de tránsito y delitos a distancia, nos obligue a pronunciarnos en favor de la teoría de la ubicuidad más que de la teoría unitaria, como se acostumbra llamarla en Alemania, según se ha visto oportunamente," agregando unos párrafos después que debe considerarse ejecutado el acto en el sitio y en el instante en que se produce la manifestación de la voluntad.

Desde mi punto de vista, no parece haber sido muy claro el pensamiento de Jiménez de Asúa al expresar su afiliación a la teoría de la manifestación de la voluntad, ya que en ningún momento queda establecida conceptualmente la connotación que corresponde a "manifestación de voluntad".

Si no hay conducta, aún cuando haya manifestación de la voluntad, ya que se trata de conceptos diferentes no hay una acción deducible en orden a la perseguibilidad de un hecho determinado; lo mismo pasa cuando no hay, sea material o jurídico porque en este caso lo que ocurre es lo que se presenta un absoluto desinterés de parte del Estado para perseguir una manifestación de voluntad y relevante para el derecho penal.

Por otra parte, el propio Jiménez de Asúa plantea un caso adicional de inaplicabilidad de su teoría al afirmar que es necesario "advertir que cuando la prescripción estuvo impedida o dependía de que se cumpliera una condición objetiva de punibilidad... no puede comenzar a correr la prescripción aunque se haya producido la manifestación de la voluntad, mientras no este libre el camino para perseguir el delito".(25).

Lo que es revelador de que ni la ley o las diferentes formas de presentación

de la conducta permiten una aceptación de la llamada teoría de la manifestación de voluntad.

El fenómeno de la prescripción de la acción persecutoria en cuanto se refiere al tiempo a partir del cual se inicia el curso de lapso necesario para su operancia extintiva, aparecen tratados en los artículos 118 y 119 del Código penal. En el art. 118 se establece lo siguiente: La prescripción es personal y para que opere bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley. La prescripción producirá su efecto aunque no la invoque el acusado. La autoridad la hará valer de oficio sea cual fuere el estado del procedimiento. En el art. 119 se contempla lo siguiente: Los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito, si fuere instantáneo; desde que cesó, si fuere permanente; o desde el día de la última infracción, si fuere continuado.

Los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán desde el momento en que se cometió el delito, si fuere consumado; desde que cesó, si fuere continuo; o desde el día en que se hubiere realizado el último acto de ejecución si se trató de tentativa.

Lo primero que es necesario destacar es que en el artículo 119 se establece una separación entre las formas de presentación de conducta que va a ser motivo de persecución por parte del Estado, al mencionarse los casos de los delitos consumados y aquellos que solamente adoptan la forma de la tentativa punible, que por sus propias características no llegan a la perfecta consumación y agotamiento.

Por otro lado, el Código del Estado usa el verbo "cometer" en el texto del artículo 119 referido al delito; desde mi punto de vista, el verbo en cuestión es el que da la nota esencial para la comprensión de lo que la ley entiende como delito, en orden a la conducta. Se trata de una manifestación de la voluntad de un sujeto, casualmente productora de un resultado típico. Con esta

connotación estoy queriendo significar que solamente la satisfacción de este contenido surte la acción de cometer a que se refiere el artículo 119 y en ella vemos reunidos los tres elementos que caracterizan el concepto de conducta según la teoría a la que antes se hizo referencia.

La manifestación de la voluntad, sola, como la analiza Jiménez de Asúa, no resuelve la integridad de los casos presentables para efectos de la prescripción de la acción persecutoria; el resultado, visto aisladamente, deja igualmente fuera de estudio ciertos casos, como los de los delitos a distancia.

Separadamente estudiados los aspectos relativos a la manifestación de voluntad o del resultado, aparecen como incompletos para lo que ahora nos interesa; en cambio, si consideramos que la reunión de ellos es una concepción unitaria, tanto importa el momento de manifestación de la voluntad como de producción del resultado, no estamos dejando fuera de esta esfera ninguna de las posibles formas que puede adoptar la presentación de la conducta.

Por mi parte, también considero que la afiliación doctrinaria de nuestro Código se hace en favor de la llamada teoría unitaria; lo único que es necesario agregar es que para no reducir el campo interpretativo y tener un mejor dato para la precisión del tiempo, hay que referirse al momento de la conducta y no al de la actividad, de la manifestación de la voluntad o del resultado.

Si entendemos la conducta en la forma antes propuesta, integrada por la manifestación de la voluntad, el resultado sobrevenido y la imprescindible relación de causalidad, debe ser a partir de que surta la conducta, según cada caso particular, que se tenga por nacida la acción para perseguir el hecho concreto y, consecuentemente, a partir de ese mismo momento se iniciará el curso de la prescripción.

Hay además un argumento esencialmente lógico que justifica la aceptación de la tesis unitaria, consistente en la naturaleza misma de la prescripción importa la cancelación del derecho que tiene el Estado para ejercer su potestad represiva, potestad que se ejerce por medio de la acción penal y con motivo de la comisión del delito. El Estado no puede, pues, ser despojado de su facultad de castigar antes de que haya estado en condiciones de ejercerla en el caso concreto. (26).

La facultad para ejercitar la acción persecutoria nace en favor del Estado con respecto a un hecho concreto en el momento mismo en el que ese hecho particular adquiere relevancia en el campo del derecho penal; esto significa, en pocas palabras, que el hecho relevante es el presupuesto para el ejercicio de la acción penal y todo nuestro sistema de enjuiciamiento penal parte de la base de la conducta típica, que por la reunión de los dos conceptos (conducta-tipo) nos está indicando con absoluta claridad que tanto importa la actividad y la manifestación de la voluntad, cuando el resultado, ya que lo primero va dando forma a la conducta como elemento primario del delito y el último, con su concepción amplia, aporta la ubicación en el tipo delictivo de que se trate en el caso particular.

## **2.- LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION EN ORDEN A LA CONDUCTA.**

Antes de proceder al tratamiento específico del tema que ahora nos corresponde, es conveniente precisar que tomamos como punto de partida para estas cuestiones relativas a la prescripción que el Derecho Penal es de conducta y no de autor.

Lo anterior es absolutamente cierto, ya que el sistema represivo creado por el Estado para la preservación de la paz y armonía sociales sigue fundado en la manifestación de una conducta y no ha alcanzado aún un grado de desarrollo que le permita anticiparse al acto antisocial, bajo la valoración de un estado peligroso. Es requisito indispensable que algo realice alguien y que afecte

intereses jurídicos protegidos por el tipo penal, para que nazca el derecho estatal a perseguir al sujeto autor para la imposición de las consecuencias legales previamente establecidas.

Hecha la precedente observación, iniciaremos el análisis de la prescripción de la acción persecutoria conforme a la sistemática propuesta.

### **DELITOS DE ACCION.**

Dice el Artículo 11 del Código Penal del Estado de Guanajuato que nos sirve de base, que delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible. Es esta llamada definición formal del delito que nos da la pauta para una primera bipartición en orden a la forma de presentación de la conducta que puede llegar a ser constitutiva de delito, esto es, establece que los delitos se pueden cometer mediante una acción o por una omisión.

Aun cuando la ley se refiere a acto, por ser éste un término equívoco, preferimos adoptar, desde este momento, la denominación de acción para la primera forma de manifestación de la conducta, ya que es la que, desde nuestro punto de vista, mejor esclarece una situación de diferencia con la omisión, la segunda forma de manifestación de la propia conducta.

Para efectos de nuestro estudio podemos entender como acción la conducta voluntaria consistente en hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior.

Bettioli se ha expresado a este respecto diciendo que se puede definir "la acción como un movimiento muscular voluntario conscientemente dirigido a la realización de un fin. Concurren, por tanto, a caracterizar la acción tres momentos: uno objetivo, uno subjetivo y un tercero teleológico. Sólo la consideración de estos tres elementos permite llegar a una concepción

verdaderamente humana e integral de la acción que lleve a su inserción en el mundo de los valores." (27).

De la definición aportada se obtiene, para los efectos de la prescripción, que la conducta activa como primera forma reconocida de la manifestación de la conducta delictiva, está integrada por tres elementos: el primero lo constituye la actividad misma que se desarrolla, es decir, el movimiento corporal o el hacer algo, que es perceptible sensorialmente; con este primer elemento se eliminan para los efectos de la acción los pensamientos no manifestados o, como dice Antolisei, "los actos puramente internos, los actos que acaecen solamente dentro del ámbito de la conciencia y que no le interesan al derecho penal, no son punibles."

Este y no otro es el sentido de la máxima antigua: "cogitationis poenam nemo patitur". El segundo elemento lo constituye el ingrediente de voluntad que debe contener el movimiento corporal o la actividad desarrollada; sólo lo que es producto de la voluntad del sujeto forma parte de la acción; no requiere, obviamente, que la voluntad vaya encaminada a la realización del delito, porque ello impediría la aparición de las acciones culposas que se caracterizan por no buscar como finalidad un delito, sino simplemente es menester que lo hecho, sea lo que fuere, corresponda a un acto voluntario.

En tercer término o como tercer elemento aparece la modificación en el mundo preexistente o, lo que es lo mismo, el resultado, que significa que con motivo de la actividad voluntaria del sujeto se produzca una alteración en el mundo exterior, la cual puede presentarse modificando materialmente las condiciones preexistentes, o simplemente poniendo en estado de desprotección un interés tutelado por la norma penal.

En relación directa con la prescripción de la acción persecutoria tratándose del tipo de delitos que ahora tratamos, es menester tomar una base cierta e inalterable y ella nos es

proporcionada por el nacimiento mismo del derecho del Estado a la persecución del hecho concreto; dice Welzel, con estricto apego a la lógica, que "la prescripción puede empezar a correr a partir del momento en que habría podido ser ejercida la acción penal" lo que no es sino confirmación de lo expuesto por nosotros en cuanto a que es al momento del nacimiento del derecho estatal para perseguir que se inicia el curso de la prescripción.

Para resolver esta interrogante hay que atenerse a la postura doctrinaria que se haya asumido en cuanto al tiempo de la conducta, ya que según el criterio adoptado será la respuesta. Como dije al tratar el tema, creo que nuestra legislación acepta la teoría llamada unitaria, mixta o de la ubicuidad, que considera al delito cometido en el tiempo en que han tenido verificativo la actividad y el resultado, de donde resulta que la facultad estatal para ejercitar la acción persecutoria nace con respecto a un hecho concreto cuando éste adquiere relevancia en el campo del derecho penal y ello ocurre al aparecer una conducta típica que satisface los elementos propios de la conducta que he mencionado, incluyéndose el resultado consistente en la afectación a un interés jurídicamente protegido por un tipo penal.~(28).

Con lo que se ha expuesto, se puede ya entrar a una precisión del fenómeno de la prescripción de la acción persecutoria en los delitos o hechos, expresado esto con más propiedad, que se manifiestan activamente.

La prescripción sería formulada en los siguientes términos:

a). Todos los delitos de acción implican un hacer algo, una actividad muscular, que realizada voluntariamente produce un resultado, que puede ser material o jurídico.

b). Cuando se ha realizado la conducta activa, integrada por los elementos

enunciados (actividad, voluntad y resultado) nace el derecho del Estado para perseguir lo que se considera un hecho relevante.

c). El inicio del término necesario para que opere la prescripción es coetáneo con el nacimiento del derecho a la persecución.

d). En relación conducta-tipo es la que da relevancia penal a un hecho concreto.

Es conveniente precisar, también, que la prescripción de una acción penal, referida a un hecho concreto que ha adquirido relevancia en el campo del derecho penal, funciona tomando en cuenta el tipo básico que haya sido afectado al producirse el resultado. Por ejemplo, en materia de homicidios, el resultado es siempre el mismo (privación de la vida de una persona), independientemente de que puedan haber concurrido circunstancias que hicieran aparecer un homicidio considerable como calificativo, es decir, un tipo complementado cualificado o agravado.

Esto nos prueba que la prescripción se establece en razón de la relación conducta-hecho, y que los elementos ajenos a ella no son valorados para efectos del fenómeno prescriptivo.

En síntesis de este apartado se puede afirmar que cuando la conducta se manifiesta activamente (haciendo algo que implica movimiento corporal voluntario), el inicio del curso necesario para la prescripción de la acción persecutoria se determina atendiendo a la integración de la conducta, esto es, cuando hay una actividad voluntaria que produce un resultado, aunque como ocurre en la tentativa punible, el resultado consiste en la simple desprotección del interés jurídicamente tutelado por el tipo penal.

Todos los delitos de acción implican una conducta caracterizada por el movimiento corporal voluntario que afecta un interés incluido en un tipo; por esto, el hecho adquiere relevancia cuando hay una relación entre el hacer algo y la satisfacción del tipo. Al ocurrir ello, nace el derecho del Estado para la persecución y coetáneamente se inicia el curso de la prescripción de la acción persecutoria.

Es necesario establecer que la aceptación de la tesis unitaria por la que nosotros inclinamos nuestra preferencia, permite resolver con un mismo criterio los problemas de la prescripción de la acción persecutoria en los delitos de acción, según tales delitos sean intencionales (dolosos) o no intencionales (culposos).

Ya había anotado que para el derecho penal mexicano los delitos pueden manifestarse, en cuanto a la forma de la conducta, mediante una acción o una omisión.

Según la idea de que la conducta es un género al que corresponde dos especies, o formas de presentación, se puede decir que la omisión es la conducta voluntaria, consistente en la inactividad, que produce un resultado. Se trata, en el caso, de un concepto puramente jurídico, dada la naturaleza jurídica del campo en el que se desenvuelve; destaca, por ende, la característica de voluntariedad que se ha incluido, ya que, como dice el propio Baumann, "lo que no puede atribuirse de ningún modo a la voluntad humana no puede ser objeto de valoración penal." (29).

La manifestación de la voluntad en los delitos de omisión tiene una estructuración similar a la de los delitos de acción. En ella tienen que aparecer una voluntad libre y una actuación derivada de la misma.

El resultado que produce la conducta que se manifiesta mediante la inactividad ha sido, por su relación con el concepto de la causalidad, uno de los problemas más arduos en la doctrina moderna.

Se han hecho reflexiones y citas precedentes con objeto de manejar una idea adecuada para ubicar el momento de inicio del término de la prescripción de la acción persecutoria cuando se está ante una conducta manifestada en forma omisiva. La idea es, necesariamente, coincidente con lo expuesto en cuanto a la conducta manifestada en la forma activa, es decir, que el inicio del curso de la prescripción es contemporáneo con el nacimiento del derecho del Estado para perseguir la conducta particular y en materia de omisiones esto ocurre cuando se ha integrado a la conducta el aspecto relativo a su tipicidad, es decir, cuando hay una conducta omisiva que es típica.

Es obvio, en estas condiciones, que el Estado tendrá pleno derecho a perseguir una conducta omisiva cuando se haya producido un resultado típico que el autor de la conducta estaba obligado a evitar.

Para la fijación del nacimiento del derecho estatal a la persecución y, consecuentemente, para el inicio del término relativo al curso de la prescripción, hay que considerar el fundamento jurídico del deber de evitación del resultado típico.

Ahora bien, independientemente del aspecto doctrinario y dado que lo que nos interesa es la prescripción de la acción persecutoria de las conductas manifestadas omisivamente, es posible afirmar que la acción penal para perseguir una omisión nace cuando se viola el deber jurídico de evitar el resultado (material o jurídico) que el tipo penal particular imponía; en consecuencia, el curso de la prescripción se inicia también al sobrevenir el resultado atribuible a la conducta.

En estas condiciones se confirma de nueva cuenta la relación conducta-tipo que da nacimiento a la acción persecutoria, puesto que en la materia de delitos de omisión no es la omisión misma la que es perseguible, sino la vinculación entre ella y el resultado que produce al no acudir a los medios idóneos para la evitación; cuando el deber jurídico consiste en evitar el resultado, si éste sobreviene, sea por dolo o por culpa y en forma material o jurídica, es porque se ha violado la posición de garante que el sujeto tenía a su cargo.~(30).

Al producirse el resultado, desaparece el deber de actuar, porque el tipo ha quedado satisfecho y la conducta (omisiva) que no evitó el resultado sobrevenido se convierte en una conducta típica que, por lo mismo, es perseguible por el Estado para efectos de su calificación.

La doctrina y la ley misma contemplan dos casos de omisiones punibles: la simple o propia y la de comisión por omisión o impropia. Veremos en incisos separados estas dos formas de omisión punible, para precisar, en cada caso, el curso de la prescripción de la acción persecutoria respecto de ellas.

a) La prescripción de la acción persecutoria tratándose de omisiones simples.

Con la gran claridad que caracteriza la obra de Bettiol, éste ha proporcionado un concepto de omisión que, partiendo de una realidad normativa, de la precisión que en otros autores se encuentra ausente. Dice Bettiol que "un determinado comportamiento adquiere la calidad de omisión sólo respecto de una exigencia, de una norma, que impone a un sujeto el deber de actuar."(31).

Lo verdaderamente trascendente en orden a la omisión como forma punible de la manifestación de la conducta se encuentra, en razón de lo expuesto, en una inobservancia de la

orden jurídica que ha impuesto al sujeto la obligación de actuar en forma determinada que, atendiendo que la norma tiene un contenido de valor, tiene que ser, en otras palabras, impidiendo o evitando un resultado que habrá de afectar un interés jurídicamente tutelado en el tipo penal.

La omisión simple u omisión propia está caracterizada normativamente por la producción de un resultado de naturaleza jurídica; esto quiere decir que la omisión de la conducta exigible no resulta, porque así lo dispone el tipo correspondiente, una alteración material del mundo de la naturaleza física, sino simplemente se desprotege un interés jurídico que la norma desea se conserve incólume.

Para concluir el presente apartado es conveniente precisar que la técnica legislativa utilizada para la creación del tipo es la que permite conocer con perfección cuándo existe una exigencia legal de actuación que de ser incumplida dará motivo a la aparición de la conducta omisiva punible. Una fórmula razonable para resolver esta cuestión es la siguiente: si la norma típica ordena una conducta determinada, en realidad está prohibiendo las que son diferentes.

b).- La prescripción de la acción persecutoria, tratándose de omisiones impropias o comisión por omisión.

Tradicionalmente la doctrina se ha ocupado de los delitos de omisión (conducta manifestada por el no hacer), dividiéndolos para efectos de su estudio en omisiones propias o simples e impropias o de comisión por omisión. Sin embargo, moderadamente se ha discutido acerca de la existencia de las llamadas omisiones impropias, porque se considera que ellas rompen toda la fundamentación de la causalidad en el delito y, por tanto, se desprende asimilarla con los delitos de resultado o delitos materiales.

La estructura de la misma de los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión es la que produce esta natural y justificada inquietud; en efecto, si entendemos que esta clase de delitos está caracterizada por una manifestación de conducta omisiva (no hacer algo) que produce un resultado material consistente en la modificación del mundo físico preexistente, siempre hablaremos de topamos con una verdadera incongruencia bajo el concepto naturalístico de la causalidad, porque de la nada puede surgir.

Por otra parte, en los delitos llamados de comisión por omisión, el sujeto autor de la conducta tiene una clara posición de garante respecto del bien jurídicamente protegido por el tipo penal. La ley espera, fundamentalmente, que el garante cumpla con la obligación que le es exigible y no se produzca entonces el resultado que se pretende evitar.

Un delito de comisión por omisión implica violación a la posición de garante del interés jurídico de la que como efecto aparece un resultado material; de esta conjunción surge la conducta típica que, por serlo, es perseguible.

Un delito de comisión por omisión queda consumado en el momento en que se produce el resultado que, en atención a la posición de garante del sujeto, se tenía la obligación jurídica de evitar. Ese será en consecuencia, el inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria.

Para concluir este apartado consigno que los delitos de comisión por omisión, el tipo requiere para su perfección objetiva la existencia de un resultado de naturaleza material, es decir, que no basta que se haya manifestado una conducta omisivamente, sino que, además, es necesario que se haya producido esa modificación en el mundo exterior, que se encuentra prevista en el tipo legal como consecuencia de la conducta. Es la producción del resultado material la que da la

precisión temporal para efectos de la prescripción de la acción persecutoria, porque al unirse conceptualmente la conducta omisiva y el resultado material nace el derecho a la perseguibilidad.

### **3.- LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN ORDEN AL RESULTADO.**

En el existente capítulo se tematizará una serie de hipótesis que pueden presentarse en la materialización de la conducta. Partiendo de la base ya aceptada con anterioridad en cuanto a que toda conducta, para adquirir relevancia en el campo del derecho Penal, debe producir un resultado determinado según el tipo especial de que se trate, se desarrollará un esquema sobre la clasificación de los delitos (conductas) en orden al resultado, por las implicaciones que ello tiene en cuanto a la prescripción de la acción para perseguir las conductas relevantes.

La clasificación de los delitos que he de tomar como base para el desarrollo de este capítulo tiene su fundamento lógico en lo siguiente: todos los delitos implican la existencia de un resultado (sea material o jurídico), que da la vinculación entre la conducta y el tipo, y dota de relevancia jurídico-penal a determinados hechos.

Así entonces, habré de iniciar por:-

Dice Mariano Jiménez Huerta que la conducta humana puede infringir el imperativo de la norma penal en forma instantánea o permanente. En forma instantánea, agrega el autor, cuando el comportamiento humano, al propio tiempo que viola la norma penal, destruye o disminuye el bien jurídico que la norma protege, o pone en marcha las condiciones que después producen la destrucción o disminución del bien jurídico, sin que dada la naturaleza de éste resulte posible prolongarle la conducta. (32).

En opinión de Porte Petit, el concepto del delito instantáneo requiere de la presencia de dos requisitos: una conducta y una consumación o agotamiento de la misma, que deben ser instantáneos.

Lo que se lleva expuesto hasta este momento nos permite señalar que para la determinación de la existencia de un delito que pueda ser considerado como instantáneo se requiere:

a).- Una conducta, esto es, tan definitivo que no necesita mayores comentarios, ya que sin conducta nunca podría haber delito;

b).- Un análisis de la norma jurídica violada; esto es, para que cualquier conducta adquiera relevancia jurídico-penal es menester que ella viole una norma jurídica de naturaleza penal; ahora bien, las normas típicas, que a ellas obviamente me referí, tienen la misión de tutelar o proteger un determinado bien o interés jurídico. Es la naturaleza del bien o interés que se encuentre incluido en la norma el que nos puede dar, en cada caso, la forma de afectarlo. Es, por ejemplo, válido el caso del homicidio, que tutela el bien vida y que al afectarse, produce instantáneamente el resultado que se pretende evitar. Lo mismo ocurre en los casos de afectaciones a la integridad corporal (lesiones), de daño en propiedad ajena y otros.

c).- Consumación y agotamiento, que son igualmente instantáneos; la consumación se entiende como la correspondencia exacta y completa entre el hecho concreto y el tipo legal que lo describe, el agotamiento se da cuando la conducta particular de que se trata produce las consecuencias que el tipo de que se trate ha previsto, sin posibilidad de extenderlas en atención a la naturaleza del bien tutelado en el propio tipo.

La relación entre un concepto de delito instantáneo y la prescripción de la

acción persecutoria es evidente; si hemos establecido en todo momento que el curso de la prescripción se inicia cuando nace la perseguibilidad de una conducta determinada, en el caso de los delitos instantáneos, la perseguibilidad habrá nacido cuando se haya consumado y agotado la conducta típica (en un instante) y en ese preciso momento se iniciará el curso de la prescripción de la acción persecutoria en el caso particular.

Creo que una verdadera solución se encuentra en aceptar que en los delitos instantáneos, consumación y agotamiento se presentan contemporáneamente y que, como consecuencia, el curso de la prescripción está inicialmente marcado por la satisfacción de la relación conducta-tipo, con producción de un resultado instantáneo.

Los delitos instantáneos con efectos permanentes. Como lo indique en la parte introductoria del presente capítulo, he tomado como base para la clasificación de los delitos en orden al resultado la que proporciona Porte Petit; en consecuencia, se debe mencionar ahora los llamados delitos instantáneos con efectos permanentes.

Siguiendo ideas de Alimena, sostiene Soler que el delito instantáneo con efectos permanentes se presenta en aquellos casos en los que la duración de la conducta delictiva no puede considerarse como consumación, sino que existe un proceso de agotamiento instantáneo, pero con perdurabilidad en los efectos que se causan.

En relación con mi tema de la prescripción, los delitos instantáneos con efectos permanentes no tienen diferencia con los solamente instantáneos; para ser más clara y justificar tal afirmación, baste decir que la diferencia entre unos y otros delitos se encuentran en la perdurabilidad de los efectos que, como es natural, son posteriores a la realización de la conducta y a su consumación y agotamiento; significa esto que en los delitos instantáneos con efectos permanentes hay una conducta

típica, consumada y agotada, cuyos efectos permanecen en el tiempo.

Si hemos considerado en todo momento que la perseguibilidad de un hecho determinado es consecuencia de que pueda ser calificado como conducta típica, es obvio que la duración en el efecto que la conducta produce es irrelevante para el inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria, ya que esto es contemporáneo de la perseguibilidad que, a su vez, proviene de la satisfacción de la tipicidad de la conducta.

La permanencia de los efectos que causa la conducta no altera en forma alguna la mecánica relativa a la perseguibilidad y, por lo mismo, el principio del curso de la prescripción de la acción persecutoria.

El inicio del curso de la prescripción se computa a partir de que aparece la conducta típica lo que sufre una radical modificación es el "cuántum" necesario para que la prescripción opere con todos sus efectos extintivos.

### **LOS DELITOS PERMANENTES**

La denominación de ciertos delitos como permanentes corresponden a una clasificación formulada por la doctrina; en nuestro Código Penal no se mencionan delitos permanentes bajo ese rubro ni aparece en parte alguna el término para referirlo a determinados delitos.

La verdad es que los doctrinariamente llamados delitos permanentes son los mismos que la ley penal denomina como delitos continuos dice Pavón Vasconcelos "frente al delito instantáneo se coloca al delito permanente también llamado continuo o sucesivo.

Para el particular tema de la prescripción de la acción persecutoria de los delitos permanentes adquieren, como ya lo hablamos anotado, especial importancia la prolongación en el tiempo del momento consumativo.

### **LOS DELITOS DE SIMPLE CONDUCTA O FORMALES**

Los delitos que vamos a tratar, en cuanto a la prescripción de la acción para perseguirlos, son denominados en forma diferente en la doctrina; un amplio campo los nombra como delitos de simple conducta o formales; otro, sobre todo el alemán los denomina como delitos de actividad.

Lo que cuenta para efectos de la determinación del inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria en estos casos es la integración de la conducta típica, misma que ha sido prevista por el legislador como productora de un resultado jurídico. Es a partir de ese momento consumativo, contado el día en que el hecho ocurre, que inicia su curso de prescripción de la acción persecutoria.

El hecho que da motivo a la perseguibilidad tiene que ser cuidadosamente analizado por quien halla de resolver en orden a la prescripción, por que en los casos de los delitos formales es de suma facilidad hacer en total abstracción en cuanto se refiere al resultado de la conducta, activa o omisiva, puede producir.

### **LOS DELITOS DE RESULTADO O MATERIALES.**

Alineados al lado de los delitos formales aparecen los que sean denominado como delitos de resultado o materiales. El punto de partida para la ubicación de esta clase

de delito se encuentra, como es natural, en el resultado mismo que produce y en las características propias de tal resultado. Baste recordar que en este capítulo hemos venido consiguando los diversos delitos según la clasificación establecida en orden al resultado para entender más fácilmente lo que ahora vamos a tratar.

Los delitos materiales o de resultado son, entonces, aquellos en los que la hipótesis legislativa plasmada en el tipo requiere, además de la conducta, un resultado de índole material, consistente en la modificación naturalística de las condiciones preexistentes. Podemos utilizar el tradicional ejemplo el delito de homicidio, en el que al desaparecer una vida preexistente se ve alterado el mundo de la naturaleza como consecuencia de la conducta, o el daño en propiedad ajena, que al quedar modificada puede dañar una materialidad previa que debía ser respetada.

Los delitos materiales o de resultado tiene una coincidencia temporal entre la tipicidad y la consumación, ya que la producción del resultado material es lo que da la nota característica al afectar el interés jurídico protegida por el tipo. En todos estos delitos, el legislador ha previsto la posibilidad de que se cause un resultado que afecte el mundo naturalístico y ello es lo que, en caso de ocurrir dará motivo para la perseguibilidad y base para el inicio del cómputo del término necesario para la prescripción de la acción persecutoria." (33).

### DELITOS DE LESION

Esta clase de delitos, llamados también delitos de daño, ha sido definida por Fontán Balestra como la que corresponde a "aquellos que requieren una efectiva lesión del bien jurídico protegido".

En cuanto se refiere a la prescripción de la acción para perseguir esta clase

de delitos y, más concretamente expuesto el inicio del cómputo del término necesario para la prescripción se toma a partir del momento consumativo.

Desde luego, hay que entender que los tipos de lesión o de daño corresponde a una forma especial de presentación de la conducta típica lo que significa que normalmente son tipos consumados pero ello no impide la presentación de la tentativa punible que estará regida por otro principio normativo, en el que no se tome como punto de partida el momento de la consumación.

### **DELITOS DE PELIGRO.**

En una situación opuesta a los delitos que sean llamado de lesión o de daño, tenemos a los delitos de peligro; ambos daño y peligro, referidos a la afectación al interés jurídicamente protegido en el tipo penal.

Existen ideas perfectamente definidas a este respecto por ejemplo sostiene Carnelutti que la distinción entre daño y peligro es muy obvia, y de ella misma se desprende que la noción de peligro puede considerarse establecida en la probabilidad del daño. Por su parte Mezger toma las bases que le da la causalidad para llegar a un concepto de peligro y a sus alcances en el campo del derecho penal. Sostiene que los puntos de vista que se aceptan en cuanto a la causalidad hacen comprensible el concepto del peligro y el de la puesta en peligro de un bien jurídico, porque un determinado suceso puede, ser generalmente idóneo para la producción de un resultado determinado por más que este no se haya producido en el caso concreto, y esto puede revestir importancia jurídica, en estas condiciones, Mezger dice que el concepto peligro significa la posibilidad inmediata, la probabilidad cognitiva de la producción de un determinado acontecimiento dañoso". (34).

Para estar en actitud de tratar la cuestión de la prescripción de los delitos

de peligro es necesario, atender en este momento que ellos han sido divididos en tres grupos en virtud de la naturaleza del bien jurídico protegido que es colocado en peligro por la conducta del actor, así como el alcance que la propia desprotección y consecuente peligro son capaces de producir.

El momento consumativo y, por ende, el inicio del concurso de la prescripción es contemporáneo con la realización de la conducta típica; al desplegarse una conducta sea activa u omisiva, que trae como consecuencia la desprotección o peligro a un interés jurídicamente tutelado se ha satisfecho la tipicidad y el hecho realizado es perseguido.

No se escapa de estas manifestaciones que hacemos la posibilidad de que el delito de peligro pueda presentarse como figura permanente o continua, como es el caso de los delitos de omisión de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar en cuyo caso la prescripción de la acción persecutoria tiene que iniciar su curso a partir de la cesación de la conducta omisiva que pone en peligro el bien tutelado en el tipo.

#### 4.- LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN ORDEN AL TIPO

Los hechos que ocurren en el mundo de la naturaleza adquieren interés para el derecho penal en tanto son atribuibles como conducta a un sujeto que se encuentre sometido al imperio de las normas penales. No se agota, sin embargo, la relevancia del hecho por la circunstancia de que corresponda a una conducta, ya que, como es sabido y fue antes expuesto, el hecho, para llegar a ser delictivo requiere de la conducta como sustantivo y de los demás elementos reconocidos del delito como adjetivos; sólo cuando respecto de un hecho determinado pueda obtenerse la determinación de que con el, concurren la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, podrá decirse que existe un delito, entendido este como fenómeno jurídico.

Es el propio tipo el que marca y delimita el lindero entre lo prohibido y lo permitido o sea, el que da la pauta para penetrar, más adelante, el sutil territorio de la antijuridicidad tipificada.

En conclusión, siendo el tipo el marco delimitador de lo prohibido y de lo permitido lo que encuadra en la descripción es, en principio un hecho que amerita la persecución para lograr, en la sentencia definitiva, su calificación final que viene a ser la verdad legal.

Es oportuno recordar que al inicio de la segunda parte de este trabajo cuando mencionamos lo que consideramos es la sistemática adecuada para el estudio de la prescripción de la acción persecutoria, se expuso que la acción para perseguir la calificación de un hecho parte del supuesto de la existencia de "algo" relevante y que lo es sólo aquello que por ser un hecho jurídico, corresponde a una conducta que, como tal, proviene del hombre quien además esta colocado dentro del campo privativo del derecho penal por encuadrarse su conducta en un tipo penal que contiene la previa descripción legal constitutiva del hecho típico.

El fenómeno de la prescripción de la acción persecutoria esta íntimamente relacionado con la forma de presentación del tipo; ya hemos apuntado en ocasiones anteriores que el hecho típico, que implica "la sospecha de delito," surge el ejercicio de la acción persecutoria, cuya finalidad es resolver en definitiva, con la fuerza de la verdad legal, si un hecho determinado y su autor son o no, en su caso calificables como delito o delincuente respectivamente.

La clasificación de los tipos que ahora tratamos se ha formulado en tres grupos: tipos básicos especiales y complementados. Cada uno de ellos se abordará en incisos separados.

a).- Los tipos básicos.

Se sostiene que es un tipo básico aquél en que cualquier lesión que se cause al bien jurídicamente tutelado basta, por si sola para integrar el delito.

En cuanto se refiere a la prescripción de la acción persecutoria, el tipo básico, que implica necesariamente lesión al interés jurídicamente protegido esta regida por el contenido del artículo 102, en la hipótesis relativa al delito consumado, o sea, que al ocurrir la lesión y consumarse el tipo, inicia su curso la temporalidad necesaria para que funcione la prescripción de la acción persecutoria de acuerdo a ideas expuestas por Manzini, es conveniente para determinar el momento del inicio del curso de la prescripción, atender a la noción específica de cada delito, prescindiendo de todo elemento extraño y no esencial para su integración ya que en esta forma es posible resolver, anticipadamente, los problemas que pueden suscitar la naturaleza dolosa o culposa del hecho realizado.

En la parte final de la tesis precedente la que resulta interesante ya que en ella se hace mención del tipo delictivo agotado en sus elementos conformadores, lo que pone de manifiesto en primer término, que es el surgimiento del tipo lo que motiva la acción persecutoria y, en segundo, que al darse el agotamiento se inicia contemporáneamente, el curso de la prescripción.

Lo antes dicho confirma mi permanente afirmación en el sentido de que la prescripción de la acción persecutoria no puede, en forma alguna desvincularse de la relación conductatipicidad, ya que de ella, con sus variantes de presentación que hemos visto y continuaremos analizando, surge la base para el adecuado tratamiento de la prescripción.

b).- Los tipos especiales.

Se consideran doctrinariamente como tipos especiales aquellos que tutelan

un bien jurídico ya protegido por un tipo básico, pero que por valoración del legislador contienen ciertas peculiaridades o determinadas circunstancias que producen la exclusión de aplicación del tipo básico trayendo como consecuencia establecida en la ley, un aumento o una disminución de la intensidad antijurídica de la conducta tipificada.

Como es fácilmente perceptible atendiendo al enunciado precedente pueden presentarse dos diferentes casos de tipos especiales: uno que aparece cuando la ley en forma expresa establece un tratamiento más grave en orden a la penalidad y que se denomina tipo especial agravado y el otro, en contraposición, al que la ley señala una penalidad inferior y que se denomina tipo especial privilegiado.

Uniforme en orden a la prescripción de la acción persecutoria. Esta cuestión se refiere a las modalidades que en ciertos casos tiene la ley y que quedan sometidas a la valoración del juzgador.

En efecto, "dentro de las facultades del juzgador se encuentran las concernientes a la individualización de la pena, atendiendo a las circunstancias concurrentes con el hecho y que traen como consecuencia un aumento o disminución a la penalidad señalada en abstracto para el tipo de que se trate; por ejemplo, privar de la vida a otro implica la satisfacción del tipo de homicidio, pero si el acontecimiento lesivo se produjo en riña, el juzgador deberá aplicar la pena, haciendo uso de su facultad discrecional según el homicida haya sido el provocado o el provocador, porque de ello resultará una correcta punición del mismo hecho homicida; igual situación se presenta cuando el homicidio o las lesiones son cometidas en duelo". (35).

Se considera que una adecuada valoración del hecho, incluyendo sus circunstancias concurrentes, no implica una pérdida de la certidumbre respecto del computo de la

prescripción, porque si un bien es cierto que falta la previa precisión, en todo caso las circunstancias, sean agravantes o atenuantes, están plasmadas en la ley.

Como es claro, en el caso no se trata de alterar la norma, sino de interpretarla en formas diferentes en una y otra de las posiciones doctrinarias mencionadas, ya que, efectivamente, las circunstancias que venimos tratando no pueden ser creadas por el juez, sino que ya existen en la ley, y lo único diferente es la posibilidad de aplicarlas a los casos concretos y, sobre todo la relevancia que ello puede traer en el cómputo de la prescripción ya que resultaría alterada la base temporal genéricamente establecida.

c).- Los tipos complementados.

Los tipos a los que habremos de referirnos en este inciso son aquellos que tutelan un bien o interés jurídico que ya se encuentra incluido en orden a su protección legal por un tipo básico, pero que, por la aparición de alguna circunstancia o peculiaridad valorada por el legislador, reciben un tratamiento diferente, en orden a la penalidad, sea aumentándola o disminuyéndola.

Reduciendo el tipo complementado a una forma simple, se puede decir que es igual a tipo básico más otra norma; esta segunda norma puede significar aumento o disminución en la intensidad de la pena aplicable, pero siempre habrá satisfacción de un tipo básico.

En orden a la prescripción de la acción persecutoria la solución en cuanto al curso de la temporalidad necesaria para que ella surta sus efectos nos la da el tipo básico que haya quedado satisfecho, sin tomar en cuenta las circunstancias agravantes. Ello por las siguientes razones:

1a.- El tipo especial complementado no excluye sino que propone la satisfacción del tipo básico. Esto nos permite ubicar normativamente la cuestión en el Artículo 119 del

Código Penal, ya que "el delito de que se trate," que se utiliza ahí como factor determinante, lo es el tipo básico, sea homicidio, robo o fraude, según los ejemplos dados;

2a.- Por seguridad jurídica es necesario contar con una base cierta y precisa para computar los términos necesarios para la prescripción; las circunstancias complementarias son motivo de determinación en sentencia y temporal cierto y preciso.

3a.- De acuerdo con nuestro sistema de enjuiciamiento, el Ministerio Público consigna hechos y la calificación final de ellos corresponde a la autoridad judicial. Los hechos que dan fundamento al ejercicio de la acción penal son los típicos, según hemos visto con anterioridad al establecer la relación hechos-tipo, que sirve de base para el nacimiento de la pretensión punitiva del Estado.

4a.- Los tipos especiales complementados carecen de vida autónoma, ya que dependen de la satisfacción del tipo básico, o sea, que están sometidos a la figura principal, que por ello, se convierte en el elemento determinante del tiempo. No se surte, nunca, un homicidio calificado, un robo o fraude. Como lo dice Vera Barros, cuando aparece un agravante, "la prescripción dura el tiempo correspondiente al monto de la pena conminada en la respectiva figura." (36).

Conforme a la sistemática que hemos adoptado, vamos ahora a tratar el segundo de los criterios de clasificación que aporta Jiménez Huerta, refiriéndonos al alcance y sentido de la tutela penal.

a). La prescripción de la acción persecutoria, tratándose de tipos de daño

Según ideas expuestas por Antolisei, que coinciden con nuestro propio sistema legal, deben considerarse tipos de daño aquellos para cuya perfección jurídica es menester que

el bien jurídicamente tutelado sea destruido o en alguna forma disminuido. La afectación por daño al bien tutelado por el tipo es contemporánea con la adecuación típica, es decir, cuando funciona el proceso de subsunción por el que una conducta encuentra perfecta adecuación con la hipótesis plasmada en el tipo y el bien tutelado se daña, se estará ante la presencia de un tipo de daño.

La facultad para clasificar el delito es, en última instancia, del órgano jurisdiccional en cuanto a que tiene derecho para cambiar la clasificación hecha previamente por el ministerio público; pero ello no significa que el propio órgano de la persecución no puede clasificar, porque en realidad siempre lo hace, al ejercitar la acción penal en su fase persecutoria. Tratándose de los tipos de daño, uno u otro de los órganos puede valorar, para fijar, entre otros aspectos, el relativo al curso de la prescripción. Recuerdese que la acción persecutoria es consecuencia de los hechos ciertos, una vez valorados.

En efecto, por las consecuencias extintivas de la pretensión punitiva que lleva consigo la operancia de la prescripción, es conveniente tener siempre la idea exacta del momento en que pueda haberse iniciado el curso de la prescripción, tanto por el titular de la acción persecutoria, cuanto por el juzgador, quien conforme a la ley debe declararla de oficio en el momento en que se percate de que ha funcionado la prescripción y, además, por el propio inculpado y su defensor, los que por razones de seguridad jurídica serán los más interesados en el mejor conocimiento del fenómeno.

De esto la importancia que adquiere que se conozca que se está ante un tipo de daño, ya que, contemporáneamente con la producción del daño, ha surgido el derecho a la persecución y el inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria, pues, como lo afirma Welzel, la prescripción empieza a correr a partir del momento en que habría podido ser ejercida la acción penal.

**b). La prescripción de la acción persecutoria, en tipos de peligro.**

**Ratiglia, citado por Jiménez Huerta, afirma que en los delitos de peligro "el legislador transfiere el momento consumativo del delito, de aquél de la lesión a aquél de la amenaza, y considera perfecto el delito en el momento en que el bien o interés penalmente tutelado se encuentra en una condición objetiva de probable lesión."**

**Además, abundando en esta idea, el momento de exposición al peligro o de protección, conforme a lo antes expuesto, es el de la adecuación típica y el que da nacimiento al derecho del Estado de la persecución, por lo que ratifico que el momento consumativo implica el principio del curso de la prescripción de la acción persecutoria en estos casos ya que como se dijo al iniciar este apartado, tratándose de tipos de peligro, se considera perfecto el delito en el momento en que el bien o interés penalmente tutelado se encuentra en una condición objetiva de probable lesión.**

## CITAS BIBLIOGRAFICAS.

## CAPITULO SEGUNDO.

- 20).- Pavón Vasconcelos Francisco., Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, 2da. Edición, Editorial Porrúa, México, 1987, Pág. 220.
- 21).- Mezger Edmundo., Derecho Penal, Parte General, Ediciones Bosch. Tomo I, 15va. Edición, Barcelona España, 1975, Pág. 327.
- 22).- Ranieri Silvio., Manual de Derecho Penal., Parte General, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1975, Pág. 327.
- 23).- Pötte Petit.; Apuntes de la Parte General de Derecho Penal I.; Ediciones del Autor, Pág. 254.
- 24).- Reinhart Maurach., Tratado de Derecho Penal., Tomo III, Ediciones Ariel, Barcelona España, 1962, Pág. 477.
- 25).- Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, 2da. Edición, Pág. 483.
- 26).- Vera Barros., La Prescripción Penal en el Código Penal, Editorial Bibliográfica, Buenos Aires, Argentina, 1960, Pág. 81.
- 27).- Giuseppe Bettiol., Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 1965, Pág. 207.
- 28).- Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, Parte especial, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 1988, Pág. 186.
- 29).- Baumann Jugen., Derecho Penal, Conceptos fundamentales y sistema, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983, Pág. 100.
- 30).- Vela Treviño., Ob. cit. Pág. 140.
- 31).- Giuseppe Bettiol., Ob. Cit. Pág. 215.
- 32).- Jiménez Huerta Mariano., Panorama del delito., Editorial Porrúa, México, 1987, Pág. 70.
- 33).- Vela Treviño., Ob. Cit. Pág. 191.
- 34).- Mezger Edmundo., Ob. Cit. Pág. 247.

35).- Vela Treviño., Ob. Cit. Pág. 207.

36).- Vela Treviño., Ob. Cit. Pág. 219.

### **CAPITULO III.**

**CAPITULO III.- PRESCRIPCION DE LA SANCION PENAL.**

**SUMARIO:-** 1.- Presupuestos para la prescripción del derecho a ejecutar la sanción. 2.- Forma de computar la prescripción de la sanción. 3.- Plazo total para la operancia de la prescripción de la sanción. 4.- La interrupción de la prescripción a ejecutar la sanción.

**1.- PRESUPUESTOS PARA LA PRESCRIPCION DEL DERECHO A EJECUTAR LA SANCION.**

El plan de este trabajo se constituyo sobre tres bases: la primera correspondiente a la fundamentación teórica y doctrinaria de la prescripción, incluyendose las referencias de tipo histórico, necesarios para la adecuada toma de posiciones; en tal primera parte el tratamiento fue de índole general, es decir, tomando como punto de partida la existencia de un fenómeno al que llamamos prescripción, según el cual el Estado, como titular del ius puniendi se limita así mismo en la persecución y sanción de ciertos hechos, simplemente por que el tiempo ha transcurrido a un extremo que resulta excesivo.

De tal limitación se produce los efectos siguientes: tratándose de la persecución, queda sin resolverse la calidad de delictuosos o no delictuosos de los hechos involucrados; por otra parte, cuando la prescripción se refiere a la sanción queda sin poder ejecutarse la consecuencia de la existencia jurídica de un hecho delictuoso y de un delincuente.

Toda la segunda parte de mi trabajo trató de las formas y condiciones necesarias para que la prescripción opere, es decir, para que el tiempo actúe deteriorando la acción persecutoria. Nos ocupamos de analizar con la mayor profundidad los diferentes grupos de los casos presentables, pero todos ellos unidos por un vínculo común: la acción persecutoria.

Partiendo de la base de que el sistema acusatorio nacional requiere el ejercicio de la acción para lograr la calificación del hecho y de las personas, atendiendo a la naturaleza diversa de los hechos y de la perseguibilidad misma, tratamos de cubrir la gama de posibilidades presentables que hace que el Estado tenga que reconocer que la prescripción a operado y como consecuencia existe una imposibilidad jurídica de alcanzar la calificación de la verdad legal respecto del hecho y de las personas, por que no hay acción deducible, al haberla afectado el tiempo transcurrido.

Agotadas las posibilidades respecto de la acción, ello no significa que igualmente hayamos agotado el tema de la prescripción. En efecto, deducida con oportunidad la acción persecutoria y obtenida la calificación de la naturaleza jurídica de un hecho determinado como delictuoso y de una o varias personas como delincuente, aún puede operar la prescripción. Se trata, en el caso que citamos, de la prescripción del derecho a la ejecución de la sanción legalmente impuesta y que por el simple transcurso del tiempo se vuelve inejecutable, a pesar de su firmeza legal. Es una limitación que el Estado se impone y que parte del supuesto del ejercicio oportuno del ius puniendi, del enjuiciamiento de los casos concretos, pero que no se convierte en realidad ejecutiva en la persona del delincuente, o en sus bienes (según se trate) porque el tiempo deteriora el ejercicio de la facultad coactiva del Estado.

Si ninguna de las dos tesis importantes funciona, es porque cuando existe una sentencia ejecutoria que impone una sanción, una gran parte del fin esencial del Derecho Penal ha sido satisfecho, ya que ha logrado la calificación legal del hecho y de su autor, además, las consecuencias que de tal calificación derivan corresponden a la ejecución de la sanción más que a la esfera normativa.

Se trata más de un problema de hecho que de derecho. Este ha sido el pensamiento, expresado en síntesis, de todos quienes en épocas diferentes se han opuesto al instituto de la prescripción de la sanción o de la pena alegando que no es posible sostener que deba prescribir lo que es verdad legal y sobre todo, aquello que desnaturaliza la sanción, que no puede llegar a ser

rehabilitadora ni resocializadora por razones obvias.

En efecto, una vez que se ha pronunciado una sentencia que adquiere la firmeza necesaria para ser ejecutable, no se altera; ella es mera declaración judicial; lo que cuenta para el responsable es la ejecución de la sanción impuesta.

La prescripción no funciona en nada y para nada en este nivel. Lo resuelto así queda, sin posibilidad de alteración alguna; lo que ocurre o puede ocurrir es en cuanto a la ejecución, tal como observo James Gold Eschmidt en 1905 cuando afirmo lo siguiente: "si existe un derecho de acción penal concreto, completamente distinto a la pretensión punitiva, de un derecho del tribunal a dictar un fallo afirmativo, a de existir un derecho a la ejecución de la condena, totalmente diferente de la pretensión punitiva, que corresponde al Estado, titular de la misma contra el Estado como dueño de la jurisdicción. Precisamente del mismo modo como la acción ejecutiva constituye una forma de manifestación de la pretensión de la tutela jurídica de Wach. Y como complemento de un tal derecho debe existir un derecho del tribunal, totalmente distinto de la pretensión punitiva, dirigido a la ejecución de la pena, contra el condenado." (37).

Lineas adelante de lo expuesto el filosofo alemán cita el pensamiento coincidente con lo transcrito de Binding, quién afirma que el instituto de la prescripción de la pena y en el indulto establece esta distinción entre la pretensión punitiva y la extinción del derecho a la ejecución. ..

Con lo que se ha mencionado especialmente lo relativo a esta separación, invocada por Gold Schmidt y aceptada por Binding, creo que se justifica mi posición al decir que la seguridad jurídica rige el fenómeno de la prescripción de la sanción.

Ciertamente, el derecho resuelto a la sentencia, que es lo que para el

mundo de lo jurídico tiene especial significación, permanece intocado con motivo y causa de la operancia de la prescripción de la sanción. La calificación del hecho y de su o sus autores no se altera; lo que no puede dudarse que se afecte por causa del transcurso del tiempo, es decir, por la prescripción, es el derecho ejecutar la sanción impuesta por la autoridad judicial.

Puede decirse, que no es cierto que prescriba la sanción o la pena; lo que prescribe es el derecho del Estado a ejecutar la sanción legalmente impuesta, sea cual fuere la naturaleza de tal sanción, por lo que resulta infortunados los textos legales, como el nuestro, que dice que por la prescripción se extinguen las sanciones.

Esta es la manera de pensar de Vera Barros, cuando dice que lo que prescribe no es ni la sentencia ni la pena en si, sino la acción del Estado para hacerla ejecutar. La pena como mal no puede prescribir, porque solo existe desde el momento en que el condenado la sufre. Antes de que ella ocurra el Estado solo conserva el derecho de hacerla cumplir y es este derecho el que se extingue por el transcurso del tiempo. (38).

Con esta terminología queda destacada la prescripción que ahora nos ocupa como referida a esa parte del Derecho Penal que se refiere a la ejecución de las sanciones.

Con esto resumo la idea de seguridad jurídica, como fundamento legal de la prescripción de la sanción; políticamente a pesar de que no se cumple el fin último del Derecho Penal que tal sería la rehabilitación y resocialización.

La seguridad que fundamenta la prescripción de la sanción es, de doble naturaleza: De certeza en lo calificado en una sentencia firme y de precisión en la relación Estado-condenado, por lo que se refiere al particular afectado.

El tiempo que nada altera como se ha manifestado, lo que ya se ha resuelto; pero el derecho a la ejecución de la sentencia, que es lo que toca al individuo frente al estado, si esta limitado por el curso del tiempo, por las razones dadas.

Puestos de acuerdo en que lo que prescribe es un derecho, el relativo a la ejecución, así como en que la denominación preferible para estos casos que se trata es la de sanción, correspondiendo ahora a analizar el modo como opera el fenómeno extintivo de la responsabilidad penal.

Para ello es necesario aceptar previamente la existencia de dos presupuestos, entendiéndolos por estos, el hecho determinado de modo general al que la ley vincula una consecuencia jurídica y que por lo mismo está necesitado de una regulación por su especial naturaleza, tales presupuestos o supuestos de hecho, están antes y fuera del fenómeno en sí.

Ellos son: "la sentencia ejecutoriada condenatoria y la calidad de prófugo de la justicia. Se van a ver estos presupuestos separadamente para saber la significación que tienen en el campo de la prescripción del derecho a ejecutar la sanción".

a).- Sentencia ejecutoriada condenatoria .

Sin mucho esfuerzo, es fácil aceptar que para que pueda hablarse de prescripción de un derecho a ejecutar cierta sanción, es necesario, absolutamente indispensable, que tal derecho exista con toda la firmeza y la certeza que requiere la seguridad jurídica.

La ley manda la aplicación estricta de la ley penal (artículo 14 constitucional) y entre otras garantías de seguridad otorga la de la ejecución, consistente, según los artículos 89, y 90 del Código Penal, en el cumplimiento fiel y exacto de una sentencia, cuando ella es

condenatoria, es decir, que impone una sanción.

Destaca la importancia en este aspecto particular el saber que es lo que la ley entiende por sentencia ejecutoriada; la cuestión es simple si atendemos a la propia legislación aplicable que somete al carácter de ejecutoriada la sentencia a la irrevocabilidad de la misma.

Así lo dice con claridad el artículo 348 del Código de Procedimientos Penales, dado por un hecho que a la irrevocabilidad de la sentencia sobre viene su calificación como ejecutoriada.

Se puede decir que son cuatro causas las que convierte a una sentencia en irrevocable y por tanto el ejecutoria o ejecutoriada; a su orden, según la ley, tales causas son: las expresamente consentidas; aquellas que siendo recurribles, dentro de un cierto término, no son motivo de interposición del recurso procedente; las de segunda instancia y finalmente aquellas contra las cuales la ley no da recurso alguno.

"Si una sentencia es condenatoria y ha adquirido la irrevocabilidad por cualquiera de las señaladas causas, se torna en ejecutoria, es decir, constitutiva del derecho a favor del Estado para ejecutar la sanción que en ella se haya impuesto, condición esta ineludible, por que siendo condenatoria resuelve que el hecho es delictuoso y el imputado delincuente y deber sacar de ello las consecuencias jurídicas que correspondan en cuanto a la sanción." (39).

Al nacer el derecho a la ejecución de la sanción legalmente impuesta también surge el derecho del condenado al disfrute de las garantías de ejecución penal, derecho este último oponible al Estado como titular que es el ejercicio de la ejecución.

El derecho a la ejecución de la sanción lo entendemos vinculado con el

principio de legalidad y como una de sus formas, y consiste en que el Estado esta obligado ha cumplir con los términos exactos y precisos de la sentencia, con base en ella y en las normas previamente existentes aplicables, sin que tenga facultad para excederse en los límites de ejecución que para cada caso corresponda. Sentencia particular y ley general se convierten a si en los fundamentos de toda ejecución de sentencia.

Por otra parte, como lo dice Rodríguez Mourullo "una vez cometido el delito, nos encontramos con que el Estado ejercita su poder punitivo dentro de los límites señalados por la norma, y el individuo esta llamado a someterse a la imposición de la pena." (40).

Lo que es indiscutible es que desde que es ejecutable la sentencia, el reo que quien habrá de verse privado del disfrute de ciertos derechos y libertades, como consecuencia de la sentencia que lo condena a ello adquiere un derecho adicional, que es el que se refiere a que los términos de la sentencia dictada en su contra se cumplan fiel y exactamente, es decir, atendiendo a los límites de la afectación de ciertos derechos y a la ley de tipo general que manda que las sentencias irrevocables se ejecuten en sus términos y con respecto a ciertas limitaciones y jerarquías.

Este derecho, como antes se expuso, es oponible al Estado, ya que es el que resulta titular de la facultad ejecutiva de la sentencia dictadas legalmente. Las condiciones, que no son otra cosa, que se han indicado como constitutiva del derecho, se refiere a la exactitud y a la oportunidad con la significación antes dada para ambos aspectos.

Para no vulnerar las garantías del reo, referentes a la exactitud y a la oportunidad de la ejecución de las sentencias, una vez que ellas, siendo condenatorias, son también irrevocables, se necesitan que la sanción impuesta al reo se ejecute exactamente como fue dictada ya dentro de los límites temporales que le corresponden según cada caso concreto; este derecho a la

ejecución presupone, por ende, la satisfacción de elementos formales (los concernientes a la firmeza o ejecutoriedad de la sentencia) y sustanciales, que son los relativos a la seguridad jurídica." (41).

Es este el caso que cierra la relación delito-delincuente, que conforme a las ideas actuales es inconcebible que se de sin la permanente vinculación; es decir, no puede haber delito sin delincuente, como tampoco delincuente sin delito.

Cuando se pronuncia la sentencia que impone la sanción y se convierte por los mecanismos legales, el ejecutable al sobrevenir su calidad de ejecutoria, el condenado debe teóricamente quedar a disposición de la autoridad ejecutora. Se dice teóricamente, porque en la realidad este caso solo se da en forma inmediata cuando el individuo se encuentra privado de la libertad o planteando en forma diferente, cuando no ha hecho (por imposibilidad o improcedencia) disfrute del beneficio de la libertad provisional.

Téngase presente que la libertad provisional es un derecho que se concede conforme a la ley nacional a quién tiene el carácter de procesado; cuando se dicta la sentencia que se vuelve ejecutoria, tal carácter de procesado se pierde, es decir, cambia la calidad jurídica y el individuo de haber sido un procesado se convierte en sentenciado o reo.

Si lo logra, es decir, si se lleva a efecto la detención del ex-procesado, ahora condenado, se entra a la plena ejecución de la sentencia; en cambio si se ordena la detención y no se logra, el individuo se convierte en un prófugo o un sujeto sustraído a la acción de la justicia, como también suele llamarse a esta calidad procesal.

Para la prescripción que se trato es claro que el caso que interesa es el segundo, ya que cuando se pretende ejercitar el derecho a la ejecución y se ordena la detención, se inicia

el curso de la prescripción; la idea que se maneja consiste en que al no someterse en forma automática el reo al procedimiento de ejecución por estar disfrutando de la libertad, se sustrae a la justicia o se fuga.

Es una situación esta de estricto derecho, es decir, que no requiere la prueba del hecho material con el que se acredite que el individuo particularmente involucrado pretende evita la ejecución; el mero actuar ordenando la detención ya es base suficiente para que se inicie el computo de la prescripción por que el reo esta fuera del alcance transitorio definitivo, de procedimiento de ejecución. por estar disfrutando de la libertad, se sustrae a la justicia o se fuga.

Es una situación ésta de estricto derecho, es decir, que no requiere la prueba del hecho material con el que se acredite que el individuo particularmente involucrado pretende evitar la ejecución; el mero actuar ordenado la detención ya es base suficiente para que inicie el cómputo de la prescripción, porque el reo está fuera del alcance, transitorio o definitivo, del procedimiento de ejecución.

Declamos al inicio de este inciso que el presupuesto que nos ocupa es relativo a una cantidad específica del sujeto, sin relación ya con el hecho que ha motivado el enjuiciamiento; esto quiere decir que sin negar que todo condenado tiene un derecho básico a tratar de sustraerse de la acción ejecutiva de la justicia, cuando lo lograr se le califica como prófugo, independientemente del esfuerzo o medio que haya empleado para impedir la ejecución de la sanción.

Es el último de los párrafos del Artículo 20 de la Constitución Federal, que forma parte de la fracción X, el que hace mención de esta cuestión. Dice que: "En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención."

No hace referencia al tipo u origen de la detención, sino que entiende en su más amplia acepción, como simple privación de la libertad personal del individuo; si partimos de la base de que hay una sentencia condenatoria que impone como sanción la privación de la libertad, o la pena de prisión, por adecuar el lenguaje al constitucional, es claro que salvo en aquellos casos de excepción en los que el imputado, luego procesado y finalmente condenado, jamás haya sufrido la pérdida transitoria de la libertad, es natural pensar en que siempre (o casi siempre como antes se dijo) se tendrá que hacer un abono al tiempo de condena por el tiempo, poco o mucho, en que se sufrió detención.

Así resultaría que la inmensa mayoría de las sentencias que imponen penas de prisión y que son quebrantadas, que por otra parte son las motivadoras de la necesidad de estudiar la prescripción, se tendrían que ajustar a los sistemas proporcionados antes mencionados, sin necesidad, según nosotros, de complicar la ya por sí difícil situación de la prescripción, puesto que no hay una base suficientemente razonable para dar cabida a estas ideas.

En consecuencia, pienso e insisto en ello, que un sistema como el adoptado por la ley mexicana, es más conveniente, mientras se esté ante la presencia de penas o sanciones precisas; puede ser que para sistemas diferentes de sanciones más abiertas, valga considerar el citado procedimiento proporcional: pero para quienes como nosotros están sometidos a la garantía de ejecución, elevada en algunos casos a derecho esencial, resulta definitivamente conveniente conservar el sistema inocuo que mencionamos.

Bajo esta concepción es que reconozco al ser humano, un derecho básico para oponerse en forma no violenta al poder ejecutivo sancionador del Estado; pero el ejercicio de tal derecho, en franca oposición a los principios de la finalidad consecuentemente atribuida al Derecho Penal, trae como reflejo la aparición del fenómeno de la prescripción del derecho a la ejecución de la sanción legalmente impuesta, que sólo puede empezar a correr en su temporalidad necesaria cuando el

sujeto lo logrado (queriendolo o no) sustraerse a la acción de la justicia o, lo que viene a ser igual, para que pueda empezar a correr el término se requiere que el individuo condenado sea un prófugo de la justicia. Si está sometido a ella, no hay prescripción posible.

## 2.- FORMA DE COMPUTAR LA PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN.

Una vez que hayan quedado satisfechos los dos presupuestos indicados en el presente punto, se iniciaba el curso de la prescripción del derecho a ejecutar la sanción.

Desde mi punto de vista, el mecanismo en cuestión funciona de la siguiente manera: al existir una sentencia condenatoria ejecutoriada y un prófugo de la justicia, el derecho del Estado para ejecutar en la persona o bienes del delincuente la sanción impuesta, queda pendiente hasta en tanto se logra su sometimiento a la ejecutividad o al poder coactivo del Estado.

Esta sanción, por razones de seguridad jurídica a las que me he referido antes no queda permanentemente abierta al tiempo, sino sometida a una cierta temporalidad, según sea la naturaleza de la sanción impuesta.

El tiempo total, vinculado como está para efectos de la prescripción a la naturaleza de la sanción, será visto y analizado posteriormente y según cada caso en particular, ahora interesa solamente precisar cuál es el momento en que empieza a correr ese tiempo necesario para la operancia de la prescripción.

“Según la opinión de Vera Barros, son dos los sistemas usados para determinar el inicio del curso: el que parte de la sentencia ejecutoriada o, como dice el citado autor, “comienza desde que la sentencia que la impuso (la pena) adquiere fuerza legal.” Este es el caso de las

legislaciones vigentes en Yugoslavia y Grecia, por ejemplo: otras legislaciones como la de la República de Argentina, toman en cuenta, además, el quebrantamiento de la sanción y a partir de éste inicia el cómputo.~ (42).

Pienso que la ley nacional cabe en el grupo de aquellas que para iniciar un cómputo requieren la firmeza de la sentencia y además la situación de prófugo del delincuente, que es lo que se denomina quebrantamiento de la sanción por Vera Barros.

Según quedo expuesto en el anterior punto considero que para que la operancia de la prescripción del derecho a la ejecución de la sanción se requiere la satisfacción de estos aspectos a los que se le han dado la calidad de presupuestos.

Luego, resulta natural que el inicio del curso de la prescripción los tome en cuenta más si se considera la circunstancia de la temporalidad se funda en la índole jurídica de la sanción, y la sanción no existe con toda su intensidad legal sino hasta que hay una sentencia firmemente la establece; por otra parte según se vio, la finalidad de la sentencia condenatoria, sea cual fuere la naturaleza de la sanción, pretende, conforme al Artículo 18 constitucional, el alcance de la rehabilitación y resocialización por medio del tratamiento adecuado, según el caso y la persona y es pueril pensar que tal meta pueda alcanzarse sin un cierto sometimiento del reo.~ (43).

Así entonces estimó que el curso de la prescripción que nos ocupa, se inicia el día siguiente de la sentencia y de la substracción.

De este modo, la institución del fenómeno jurídico de la prescripción ha sufrido dos sustanciales reformas en lo que hace al cuerpo legislativo de nuestro Estado, pero a fin de no caer en exposiciones ya superadas sólo vamos a hacer expresa alusión a la última de ellas, es decir, la

del día 3 de septiembre de 1994.

Bien, para antes de la fecha indicada la forma de computar el tiempo para la prescripción de la sanción seguía estos criterios:- primero, había de observarse si es que se trataba de delitos instantáneos, permanentes, continuados o de tracto sucesivo, tanto porque no importaba contar con la sentencia misma, sino, bastaba, tener bien definido el momento de aparición del delito, porque a la postre si el acusado estaba sustraído a la acción de la justicia bien podía declararse la prescripción de la acción penal y por ende de la sanción.

Entender así la prescripción, importa por supuesto una notable confusión, más tratando de remediar en lo posible esa deficiencia, ya no tanto el legislador sino el jurista e intérprete del Derecho, salvau el obstáculo proponiendo que ahora la sanción solo podía declararse prescrita cuando hubiese pasado un lapso de tiempo equivalente al "término medio de la sanción que pudiera ser impuesta" pero que nunca podría ser menor a los 3 años de prisión.

Tampoco esto viene a ser el parámetro de solución y por eso en la última reforma al Código Penal ya con una mejor técnica-jurídica y quizás legislativa, exige el cumplimiento de una condición sine qua non -además de lógica- que se traduce en la existencia de una sentencia.

La intención es clara, sólo puede declararse la prescripción de la sanción cuando contamos ya con esta, es decir, para decir que la potestad punitiva del Estado ha fenecido es consecuentemente necesaria la sentencia, porque sola en esta se ve reflejada la represión del órgano acusador para castigar la conducta infractora. En suma estamos haciendo alusión exclusivamente a la represión judicial y no a la legislativa.

Para estar en mejor aptitud de entender este concepto:- debemos entender que la represión judicial siempre es la labor que emprende el juzgador quien deduce la imposición de la pena una vez que constatado la peligrosidad del delincuente, los móviles de su acción, la forma de aparición de su conducta y en general sus circunstancias personales, tal que le permitan graduar pues la antisocialidad del autor y por supuesto viendo a su capacidad de readaptación, este aspecto es conocido también como la individualización judicial.

En tanto, también el legislador se encarga dentro de sus atribuciones de fijar un límite máximo y un mínimo para la graduación de la pena, y bajo esas limitantes habrá de moverse el juzgador. Esta actividad encierra un juicio de valor por parte del legislador, quien atiende a sus representados para conocer cuales serán las conductas a punir, castigar o reprimir y así, señalar el cuántum de la pena. A esta actividad se le conoce en la doctrina como la individualización legislativa.

Para lo que a nosotros nos interesa, la sanción será siempre la decisión emitida por el órgano jurisdiccional, lo que presupone la existencia de un juicio previo.

Ergo, la actual interpretación a nuestra ley sustantiva penal exige la ocasión de una sentencia, sin esta estaríamos hablando de la prescripción pero de la acción penal y no de la sanción. Porque es precisamente en la sentencia en donde se conoce el plazo fijado para determinar el tiempo en que el reo debe escapar a la acción de la justicia y fenezca por supuesto el derecho a hacer efectiva la pena.

### **3.- EL PLAZO TOTAL PARA LA OPERANCIA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN.**

En el punto anterior quedó asentado, a manera de principio general, que para que pueda producir sus efectos extintivos la prescripción que nos ocupa, es necesaria la existencia de una sentencia irrevocable que imponga la sanción y además que se dé el caso de la imposibilidad de la ejecución por encontrarse el obligado a cumplir, es decir, el delincuente, sustraído a la acción de la justicia.

También se asentó, que la ley nacional se ocupaba de cubrir todas las posibilidades presentables, al consignar diferentes hipótesis, lo que funcionaba siempre en razón de la naturaleza específica de la sanción impuesta en la sentencia irrevocable de que cada caso se trate. Con esto queremos decir que no hay un solo y exclusivo sistema para computar el plazo total que se requiere para que produzca sus efectos la prescripción, sino que atendiendo a la naturaleza de la sanción rige un sistema, sin que esto quiera decir que cada sanción tenga uno diferente, porque hay ocasiones en que dos o más caben bajo un idéntico procedimiento para computar los plazos.

En este punto nos hemos de ocupar de analizar los casos concretos, teniendo presente que el factor que identifica en lo común a todos en la norma de derecho positivo, para que la prescripción, sea cual fuere su clase, produzca sus efectos basta el transcurso del tiempo.

A este precepto vale consignar que según algunos autores, los criterios de determinación de plazo necesario para la prescripción dependen sólo del criterio legislativo, que calcula cuál es la temporalidad necesaria para que el tiempo borre el recuerdo de la pena impuesta, lo que hace, por razón natural, que a mayor gravedad de la pena corresponda mayor temporalidad para su extinción por prescripción.

Para hacer más lógica y razonable nuestra exposición, vamos a seguir el orden que indica en forma progresiva las penas (debiera ser sanciones) y medidas de seguridad que contiene el sistema mexicano de enjuiciamiento, a saber:-

a). La sanción privativa de libertad.-

La primera de las sanciones de las que se ocupa el Artículo 46 del Código Penal del Estado de Guanajuato es la llamada de prisión, que conceptualmente según lo indica el artículo 47, es la privación de la libertad por un mínimo de tres días y un máximo de treinta años y que tiene que extinguirse en el lugar que señala el órgano ejecutor de las sanciones penales.

Por no ser este el tema particular de nuestro trabajo, simplemente mencionamos tal tendencia, sin profundizar en ella y reconocemos que aún sigue utilizándose frecuentemente la prisión como sanción, es decir, como consecuencia de la comisión del hecho delictuoso, consecuencia que se opone a cargo del delincuente que, es quien ve restringida su libertad personal y sufre el reproche por la conducta realizada que le es personalmente atribuible.

De la prescripción del derecho estatal a ejecutar sanciones privativas de la libertad, se ocupan los Artículos 118, 119 y 120 de la Ley Represiva Estatal que nos ubica en las cuestiones básicas relativas al inicio del término, al plazo total necesario para la operancia de la prescripción y de los casos de quebrantamiento de una sanción parcialmente ejecutada, de las que habremos de ocuparnos en forma separada.

Una vez que la autoridad judicial resuelve en definitiva un caso concreto y determina imponer una sanción que implique la pérdida de la libertad del delincuente, debe éste cumplirla plenamente hasta su extinción.

Interpretando la norma se encuentra que "la sanción de prisión está regida por el tiempo de duración de ella en la sentencia firme que la impone, a partir del momento en que esa sentencia, con su exacta y precisa duración, es ejecutable porque han quedado satisfechos los presupuestos relativos a la firmeza de la sentencia y a la calidad de prófugo, se ha iniciado el curso de la prescripción del derecho estatal a la ejecución que durará lo que se haya señalado en la sentencia como duración de la sanción de prisión."(44).

Considero que ha quedado debidamente especificado que el curso de la prescripción del derecho a ejecutar una sanción privativa de libertad, o de prisión, que viene a ser lo mismo, empieza a partir del día siguiente a aquel en el que se ordena la detención para efectos del cumplimiento de la condena impuesta, y dura, en total, el término señalado en la sentencia como temporalidad de la prisión.

Indudablemente que para definir a partir de que momento la prescripción de la sanción comenzará a surtir sus efectos, quedo ya asentado se requiere de la sentencia, y que esta hubiese causado entonces ejecutoria, es decir, que ya no sea recurrible o bien no se halla recurrido por algún medio de impugnación ordinario o extraordinario y a partir de entonces debe empezar a computarse el término para declarar prescrita la punición judicial.

Su tiempo será el mismo que se hubiese fijado en la condena y nunca menor a esta.

b). La medida de seguridad.-

Nadie duda que la medida de seguridad no es una pena. Y si es así pienso que la medida de seguridad es imprescriptible, tanto por la razón que fundamenta su existencia cuanto

por falta de una norma que lo determine. Para facilitar esta afirmación y su entendido creo que es menester conceptual -por principio- que es una medida de seguridad, para entender que se esta frente a un concepto distinto del de sanción, al mismo tiempo precisar que la mayoría de los doctrinistas rechazan colocar a las medidas en la esfera del Derecho Penal y si acaso emergen de él más se deben a razones de conexión, economía funcional y garantía para los ciudadanos, que a motivos sustanciales.

Antonio Beristáin es quien desde mi punto de vista define con mayor certeza la medida de seguridad y dice son "medios asistenciales, consecuentes a un hecho típicamente antijurídico, aplicados por los órganos jurisdiccionales (con la ayuda de peritos en las ciencias del hombre), a tenor de la ley, a las personas (naturales) peligrosas (con peligrosidad delictual) para lograr la prevención especial." (45).

Pena es para los efectos de una comparación elemental "el conjunto de obligaciones y privaciones que la autoridad impone y aplica a tenor de la ley, por medio de los órganos jurisdiccionales, al culpable de un delito para lograr la prevención general y la prevención especial" (46). Pero no siendo el tema de índole criminológica, sino una monografía reducida a la prescripción, redediré la comparación entre pena y medida de seguridad a lo esencial; en este orden de ideas, es que se afirma que la pena o la sanción siempre es la consecuencia del delito y la medida de seguridad nunca.

Así las cosas, aquellos que son destinatarios de una medida de seguridad serán quienes si bien con su conducta infringen la ley penal, sus acción en modo alguno lleva a satisfacer el elemento "culpabilidad" por ausencia del elemento o presupuesto que es la "imputabilidad", luego, es claro que respecto de ellos no puede hablarse de pena sino de medida de seguridad.

Y como ya lo dije líneas arriba, las medidas de seguridad son medios para alcanzar en lo posible la prevención especial, mientras que las sanciones pretenden ser útiles para efectos

de las prevenciones general y especial.

En este contexto, queda claro que el legislador no puede anticipar bajo ningún concepto una medida de seguridad como lo hace respecto de la pena, por ende, en materia de medidas de seguridad no puede hablarse de prevención general sólo de prevención especial, habida cuenta que la medida obedecerá a la peligrosidad mostrada por el sujeto autor del hecho penalmente relevante.

Diferenciada ya entonces la pena de la medida de seguridad, a pesar de lo que formalmente puede unirlas, es necesario señalar lo que el Código Penal del Estado de Guanajuato reza en su artículo 117 "la prescripción extingue la acción penal y las sanciones impuestas", y, si evidentemente las medidas de seguridad no son sanciones, de ellas no se ocupa el citado precepto ni ningún otro, de donde tendríamos que concluir que si la prescripción tiene que ser declarada por la autoridad y ésta a su vez esta obligada a actuar siempre funda y motivadamente, ante la ausencia de una norma aplicable no hay base para una pretendida declaración de prescripción de las medidas.

Lo que viene a justificar lo ya dicho, que ante la ausencia de una norma aplicable al caso, las medidas de seguridad son imprescriptibles. Es el principal argumento.

Un argumento dogmático bien puede ser el sostenido por Sebastián Soler quien asegura que "lo determinante en la medida de seguridad es el manejo del tiempo, la reclusión es indeterminada, hasta que se alcance el objetivo buscado, en consecuencia no puede haber prescripción sin que haya logrado el fin buscado." (47).

En síntesis, entendiendo que las medidas de seguridad no son sanciones, sino simples medios asistenciales que se pueden aplicar a ciertos sujetos (no delincuentes) por la

realización de hechos típicos y antijurídicos para lograr la prevención especial, ellas son imprescriptibles por:- su misma naturaleza y finalidad y por la falta de norma que pudiera fundamentar la eventual declaratoria de la prescripción.

El derecho nacional separa sanción, de medida de seguridad y sólo la primera es susceptible de prescribir en su posibilidad de ejecución.

Como entonces quedo bien claro, la medida de seguridad no puede estar sujeta a la prescripción como lo estaría la pena privativa de libertad, porque si bien la Constitución ordena que las penas sean determinadas bien por el legislador en su momento, bien por el juzgador al dictar sentencia, claramente la disposición se refiere al término "sanción" y como lo asentamos la medida de seguridad nunca será una sanción, cuando que normalmente estas se aplican a aquellos que carecen de la condición de imputabilidad, luego, el tratamiento que encierra la medida de seguridad siempre estara en función de la necesidad para lograr la restauración -posible- del autor del hecho sancionado por la ley penal.

#### **4.- LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN A EJECUTAR LA SANCIÓN.**

Como todos los fenómenos jurídicos, el de la prescripción o, más concretamente, el de la prescripción del derecho a ejecutar una sanción, tiene una etapa de inicio, que es la analizada anteriormente que se presenta a partir de que existe en un caso determinado una sentencia ejecutoriada que impone la condena y un condenado que se encuentra sustraído a la acción de la capacidad ejecutiva del Estado.

Ocurre con este fenómeno lo mismo que con las obras humanas todas: "es perecedero o limitado con el tiempo, es decir que llegado cierto tiempo (el necesario según cada caso

concreto) la prescripción produce su efecto extintivo y el derecho a ejecutar la sanción se extingue. Así se entiende su ubicación sistemática como una de las causas de extinción de la responsabilidad penal." (48).

Las causas que producen la interrupción son clasificables como amplias y restrictivas. En el caso de las primeras, estaba el antiguo Código Alemán que confería el efecto interruptivo a todo acto tendente a la ejecución, fuera cual fuere su origen. Igual criterio se contiene en la legislación Suiza y en la Yugoslava. Restrictiva es, en cambio, la postura que se asume en la legislación cuando sólo ciertos actos expresadamente referidos son idóneos para interrumpir el curso de la prescripción.

Resulta indispensable, en este orden de ideas, precisar cual es el criterio adoptado por la ley nacional en el doble aspecto, es decir, en cuanto corresponde a si acepta o rechaza la interrupción del curso de la prescripción y si se inclina, en su caso, por una tesis amplia o restrictiva en lo tocante a las causas.

Una vez iniciado el curso del tiempo necesario para que la prescripción produzca sus efectos, por disposición de la ley puede verse interrumpido el tal curso. Esto significa, que la ley nacional, como lo veremos en la transcripción que enseguida aparece, se afilia sin lugar a duda posible al grupo de Códigos que aceptan la posibilidad de interrupción, con la cual queda zanjada la primera de las dos cuestiones planteadas en el apartado anterior.

La norma que fundamenta y apoya mi afirmación es la contenida en el artículo 121 del Código Penal del Estado "la prescripción de la acción penal se interrumpe con la aprehensión del inculpaado y en todo caso en que éste quede sub-júdice".

Vale aquí consignar que la aprehensión equivale al sometimiento del individuo al poder del Estado, mismo poder que tenemos que entenderlo en su más amplia significación, sea como facultad para perseguir hechos buscando su calificación o, dicho en diferentes palabras, referido a la acción persecutoria, que a la facultad para ejecutar la sanción legalmente impuesta, o sea, para someter al reo al cumplimiento de la condena que se le haya impuesto como conclusión de un procedimiento penal.

Lo anterior se funda en que, según el texto legal, la interrupción opera por razón de la aprehensión del reo, aunque la misma se ejecute por otro delito diverso. En este orden, debemos entender que lo trascendente es el sometimiento del individuo al poder del Estado (desde luego, en forma legal) independientemente de la causa que halla dado motivo a tal sometimiento, siempre que por sometimiento entendamos también con claridad la situación de derecho, por razón de la cual se restringe la libertad del individuo.

Decía Ortolán que el motivo de la prescripción de la pena "no es otro que la falta de interés social en una ejecución tardía, cuando la desaparición del recuerdo del hecho punible ha hecho también innecesario el ejemplo" (49). Lo que nos permite afirmar que si el reo prófugo es aprehendido, sea por el delito sentenciado, o por otro, se evidencia la persistencia del interés social (ahora en la readaptación, no en el castigo) y la necesidad de acudir a la prevención general, que ha venido a ser el sustituto de la ejemplaridad.

Con esto quiero significar que la interrupción del curso ya iniciado de la prescripción se fundamenta, según nuestro pensamiento, en la necesidad de rehabilitar al reo y en la procedencia de la prevención general, por lo que es manifiesta la justificación de la aprehensión (sólo lo legalmente hecha) como causa primaria de interrupción.

En la legislación comparada tanto como en la doctrina se discute sobre la posibilidad de que exista en relación a la prescripción alguna causa de suspensión y en su caso pues establecer cuáles serían esas causas.

Antes de empezar a dar mi punto de vista, es indispensable saber lo que entendemos por suspensión, a fin de evitar las confusiones terminológicas. La suspensión, sea para efectos de la prescripción o de la ejecución, consiste, a la manera como la ha expresado Maggiore, en la creación de un estado por el cual el tiempo deja de correr para que el fenómeno particular por la aparición de una causa determinada y ello trae como efecto que la temporalidad que ya había corrido para la prescripción se tome en cuenta para abonarse cuando se remueva la causa suspensiva.

La causa tiene que estar expresamente consignada en la ley, porque sólo así se entiende que en forma legal pueda quedar en suspenso un efecto sujeto al mera transcurso del tiempo. Nuestra legislación no consigna causa alguna que pueda implicar la suspensión en el curso de la prescripción del derecho a ejecutar la sanción legalmente impuesta, por lo que es de considerarse que el fenómeno de la suspensión no se presenta en el actual Derecho Mexicano.

Solo hay un caso en que sin mención expresa de la ley, se opina que puede haber suspensión y es el siguiente:- cuando el sujeto se encuentra cumpliendo una sentencia impuesta por un hecho distinto, una nueva condena no puede ejecutarse hasta en tanto no se removido el obstáculo legal que significa la primera condena, esto significa, en otras palabras la suspensión en la ejecución de la segunda condena, que empezará a partir del cumplimiento cabal de la primera.

Podemos aceptar como perfectamente lógica y válida la postura precedente, pero solo en una parte; en efecto, las sentencias condenatorias tienen que cumplirse sucesivamente, lo que significa la imposibilidad de ejecución de las posteriores hasta en tanto la primera

no quede agotada por su propio cumplimiento, esto es cierto. Lo que no es verdadero conforme a nuestro sistema, es que haya suspensión del curso de la prescripción del derecho a ejecutar la sanción pendiente de ejecución por la razón antes dada, consistente en que para el inicio del curso de la prescripción se requiere la sanción ejecutoriada más la sustracción del sujeto al poder ejecutivo del Estado.

La sentencia existe pero no la sustracción, porque en el caso dado como conflictivo, el reo nunca se ha sustraído al Estado y según nuestra opinión no es una suspensión del curso necesario para la operancia de la prescripción, sino una forma especial de ejecutar las sentencias por la pluralidad de condenas.

Con estas consideraciones es que arriba a la conclusión de que en el sistema mexicano no se tienen hipótesis de suspensión, y como consecuencia obvia, no hay causas que las generen; esto desde luego, referido a la prescripción del derecho estatal a ejecutar las sanciones legalmente impuestas, ya que según se vio en el lugar y en el momento oportuno, tratándose del curso de la prescripción de la acción persecutoria, la situación es diferente ya que en este caso sí hay norma que prevea la suspensión y causas que la determinen.

Por otra parte, la más clara de las causas determinantes del inicio del curso de la prescripción que venimos tratando es la que surge con motivo del quebrantamiento del cumplimiento de la sanción.

Este fenómeno se presenta siempre que una persona condenada por una sentencia ejecutoriada empieza a cumplir la sanción que le fuere impuesta, o en otras palabras, se somete a facultad ejecutiva del Estado, pero en cierto momento y durante la temporalidad de la ejecución, se sustrae a esa facultad ejecutiva con lo cual se produce el quebrantamiento de la sanción y se adquiere la calidad de prófugo.

Al sobrevenir esto último, se inicia el curso de la prescripción del derecho estatal a ejecutar la sanción quebrantada, mismo que solamente se interrumpe si se da el caso antes estudiado, esto es, que se aprehenda al prófugo, aún cuando ello ocurra por un delito diverso de aquel que, condenado, estaba siendo cumplido en su ejecución.

Y así es como llego a la conclusión de que el tiempo necesario para la operancia extintiva de la prescripción debe reducirse al lapso total del tiempo señalado en la condena.

**CITAS BIBLIOGRAFICAS.****CAPITULO TERCERO.**

- 37).- Gold Schmidt James., Derecho Judicial Material., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1979, Pág. 201.
- 38).- Vera Barros., Ob. Cit. Pág. 105.
- 39).- Vela Treviño., Ob. Cit. Pág. 471.
- 40).- Rodríguez Mourullo., La Omisión de Socorro en el Código Penal., Editorial Tecnos, Madrid, España, 1976, Pág. 6.
- 41).- Vela Treviño., Ob. Cit. Pág. 472.
- 42).- Vera Barros., Ob. Cit. Pág. 174.
- 43).- Vela Treviño., Ob. Cit. Pág. 479.
- 44).- Vela Treviño., Ob. Cit. Pág. 487.
- 45).- Beristáin Antonio., Medidas Penales de Derecho Contemporáneo., Editorial Reus, Madrid 1974, Pág. 49 y 50.
- 46).- Vela Treviño., Ob. Cit. Pág. 490.
- 47).- Soler Sebastián., Derecho Penal Argentino., Tomo I, Editorial Depalma, 1981, Pág. 275.
- 48).- Vela Treviño., Ob. Cit. Pág. 531.
- 49).- Ortolán., Tratado de Derecho Penal., I, Librería de Leocadio López, Editor, Madrid, 1985, Pág. 305.

## CAPITULO IV.

#### ***CAPITULO IV.- EFECTOS DE LA PRESCRIPCION.***

**SUMARIO:-** 1.- El caso del artículo 123 del Código Penal en el Estado de Guanajuato. 2.- La interpretación actual del artículo 118 del Código Penal. 3.- Efectos ordinarios de la prescripción. 4.- Sistemática para el estudio de la prescripción de la acción y la sanción.

#### **1.- EL CASO DEL ARTICULO 123 DEL CODIGO PENAL EN EL ESTADO DE GUANAJUATO.**

"Condición consistente en la falta de sometimiento de o los imputados a la jurisdicción de los Tribunales."

Ya hablamos estado hablando a lo largo de esta exposición monográfica de los cambios, reformas y modificaciones que presenta el fenómeno jurídico de la prescripción penal. Tal que establecida la diferencia entre prescripción de la acción penal y prescripción de la sanción penal, comprendidos los supuestos de procedencia en cada caso, son factores que sin duda facilitarán la recta interpretación del actual artículo 123 del Código Penal.

A fuerza de hacer una exposición clara y por ende sistemática será menester transcribir la disposición en cita que reza:-

Artículo 123.- En cualquier momento procesal se declarará prescrita la acción penal, cuando el inculpado se hubiese sustraído a la acción de la justicia durante un lapso cuando menos igual al máximo de la sanción privativa de libertad contemplada en la figura básica y en su caso de sus modalidades.

Así entonces, por principio debe señalarse que este precepto había sido derogado en la última reforma de 1992, y es hasta esta última reforma sustantiva de agosto de 1993 que vuelve a cobrar vigencia, aunque eso sí, es de reconocerse que tiene mejor técnica jurídica.

En efecto, la prescripción es un instituto jurídico que transcurrido el paso del tiempo en que ya cesada la alarma social el "ius puniendi" del Estado pierde interés por reprimir la conducta infractora del autor del hecho penalmente relevante, es pues como ya se expuso en capítulos anteriores una autolimitación para el órgano inquisitivo a perseguir el delito y por supuesto al delincuente cuando ya el recuerdo del delito ha quedado prácticamente en el olvido, luego, la prescripción brinda también seguridad jurídica al gobernado, por cuanto dos circunstancias son importantes:-

a). Los juicios penales no pueden permanecer indeterminados en el tiempo o bien a la espera indefinida de lograr someter al inculpaado, es decir, de capturarlo y ponerlo a disposición de la autoridad.

Ello es así, porque ya el efecto ordinario de la prescripción redundan en apagar la alarma social que el delito causa en la sociedad y un poco la comprensión del problema son los efectos procesales que genera esa institución, lo que no es más que una mera consecuencia de la extinción del poder punitivo del Estado en el caso concreto. Porque nadie duda que al operar el fenómeno de la prescripción este repercute en una primera instancia en la esencia procesal, por razón natural.

En la prescripción no hay siquiera la posibilidad de llegar a la calificación de los hechos y de su o sus autores, lo que por supuesto equivale a la limitación del Estado a perseguir los hechos aparentemente delictuosos; en tanto, en la prescripción de la ejecución de las sanciones, a pesar de haberse logrado la calificación legal correspondiente, resultará la impunidad de los delincuentes, que no es sino una forma de limitar, también, la facultad del Estado para reprimir el delito y a los delincuentes. Ambas situaciones están directamente relacionadas con el derecho penal sustancial y, por ende, le pertenecen privativamente.

En la redacción anterior a la reforma a que hacemos referencia provocaba una cierta confusión, porque se entendía como una facultad exclusiva del órgano judicial la posibilidad de declarar la prescripción en un supuesto específico. Ahora, dotada de mejor técnica aparece la redacción actual, donde aparece más claro que conforme al sistema jurídico mexicano la prescripción no es declarada en exclusividad por el órgano jurisdiccional, ante el que se realiza el proceso de enjuiciamiento de los hechos con apariencia de ser delictuosos, sino que también, ante el titular monopolístico de la acción persecutoria quien cuenta con esa facultad para no deducir la acción penal.

Con esto quiero destacar que un órgano del Estado como lo es el Ministerio Público, puede declarar la prescripción, a pesar de ser el titular de la acción penal; y no puede ser más claro creo, el reconocimiento estatal a la limitación de las facultades que le corresponden para perseguir los hechos con apariencia de delitos, que la declaración de la operancia de la prescripción cuando el curso del tiempo ha extinguido la acción penal.

b). Brinda seguridad jurídica al gobernado.

Una vez que el autor del delito actualiza con su conducta el tipo penal surge para sí la represión punitiva del Estado que desencadena en la acción persecutoria del Ministerio Público o bien la imposición de una pena privativa de libertad, solo que esa potestad en modo alguno puede aparecer prorrogada en el tiempo, parecería entonces que queda a discusión (interminable entre los doctrinistas) de si la prescripción cumple con la función represivo-preventiva del derecho penal.

La respuesta tendría que ser negativa, puesto que si el delincuente evade la acción o en su caso la sanción del órgano persecutor o judicial respectivamente, es absurdo creer que en esa huida se esta cumpliendo con una labor de resocialización o con un tratamiento a manera de lograr una forma de prevención, luego, si el tiempo de sustracción del reo a la acción de la justicia lo es

suficientemente amplio para que funcionen los efectos de la prescripción, no sólo no existe prevención alguna, sino que ante los ojos de la comunidad, la prescripción aparece como un premio a la habilidad del delincuente para no ser capturado, o como una prueba de la incapacidad del Estado para ejecutar las sanciones impuestas.

c). Condición consistente en la falta de sometimiento del o de los imputados a la jurisdicción de los tribunales.

Una vez que el hecho ha ocurrido y con él ha nacido el derecho esta tal persecución y por lo mismo la prescripción ha iniciado su curso, éste se ve cortado cuando el Estado, por conducto del Ministerio Público, ejercita la acción persecutoria y pone al o los autores del hecho a disposición de la autoridad judicial para que sea ella la que resuelva, en última instancia, si el hecho y sus autores son, respectivamente, delito y delincuente.

Si analizamos lo anterior, encontramos establecida de manera clara una condición indispensable, posterior al hecho, para que el curso de la prescripción no se vea coartado, es decir, para que siga el curso temporal ya iniciado. Esta condición es el sometimiento del sujeto activo a la jurisdicción, lo que equivale a decir que, en todo caso, en el que no se logre tal sometimiento o que el mismo se vea violado, la prescripción de la acción persecutoria puede operar con todos sus efectos extintivos.

Debe hacerse notar que desde el rubro de este apartado estamos haciendo un planteamiento en sentido negativo, esto es, "falta de sometimiento" y ello en virtud de que esta es la forma como la prescripción tiene que operar, ya que sólo cuando se da el caso de que el o los sujetos se encuentren sustraídos a la acción de la justicia aparece la posibilidad de que la acción persecutoria prescriba, el caso contrario, o sea, el positivo sometimiento, implica que no hay prescripción de la acción

persecutoria porque ella ya fue deducida.

La fundamentación de la condición que ahora mencionamos es obvia y corresponden, en esencia, a lo que conceptualmente es el fenómeno mismo de la prescripción.

En la primera parte de este trabajo se dijo que la prescripción es la autolimitación que el Estado se impone para perseguir los hechos con apariencia de delitos, y expusimos también los razonamientos que dan contenido a tal concepción. En el caso que planteamos y que es considerado por mi parte como condición posterior al hecho, no opera la autolimitación del Estado, porque éste, haciendo fiel cumplimiento de su poder-deber de perseguir los hechos, actúa legalmente por medio de los órganos competentes para ello.

Lo que ocurre es que, por situaciones de hecho, su pretensión punitiva no puede desarrollarse en plenitud porque falta el sujeto al que debe seguirse una secuela procedimental que culmine con una verdad legal. Esta condición es insuperable para el sistema mexicano porque no están autorizados los procesos en contumacia o con ausencia del presunto responsable. Nuestra ley requiere, para que haya tal proceso, un reo sometido y por ello es que la falta de éste hace que la prescripción pueda seguir su curso.<sup>(50)</sup>

Son varios los casos que pueden presentarse en los que el factor común es la falta de sometimiento del sujeto a la jurisdicción de los tribunales y ellos los veremos separadamente, anticipando que en todos, el efecto es el mismo: la prescripción sigue su curso.

1.- Consignación de los hechos, sin detenido. Conforme con nuestro sistema, es frecuente que se presente el caso consistente en que el Ministerio Público satisfaga los requisitos que la ley señala y envíe las averiguaciones practicadas ante un juez, solicitando se éste el

liberalismo de orden de aprehensión, de detención o de comparecencia, según sea el delito imputado, en contra de o los sujetos que, de acuerdo con los datos de la averiguación previa, considera como indiciados.

El Artículo 16 constitucional da la fundamentación a esta hipótesis en la cual, como es claro todavía no existe un sujeto ya sometido a la jurisdicción de los tribunales.

Cuando no se está en el caso de excepción que resulta de la flagrancia y de la correspondiente consignación con detenido, que implica ya el sometimiento del sujeto y la interrupción del curso de la prescripción, es manifiesto que el Ministerio Público tiene que acudir ante el Tribunal, solicitándole, como única autoridad facultada constitucionalmente para ello, el libramiento de la orden pertinente, que una vez ejecutada, traerá como consecuencia el positivo sometimiento del individuo a la jurisdicción.

Dejando a salvo, como lo hemos venido haciendo, las cuestiones relativas a las causas de interrupción del curso de la prescripción, lo cierto es que el individuo consignado, en contra de quien se pide el libramiento de una orden de aprehensión, es en realidad alguien que está sustraído a la acción de la justicia y en cuyo favor está corriendo el término para la operancia de la prescripción.

Ante el pedimento del Ministerio Público dirigido al Juez, caben tres situaciones: que se niegue, porque el Juez no comparta el criterio del Ministerio Público y encuentre, como consecuencia, insatisfechos los requisitos constitucionales para la procedencia del liberalismo de la orden en cuyo caso, se vuelve a colocar la situación en la etapa procedimental de averiguación previa; en esta hipótesis y una vez más dejando a salvo las causas de interrupción del curso de la prescripción, el tiempo sigue operando en favor del inculcado.

La segunda situación dable es la que no se niegue ni se obsequie el pedimento, sino que, por cualquier causa (indolencia, mala fe, olvido) se quede el caso sin ser acordado. En esta nueva situación, también continúa corriendo el tiempo relativo a la prescripción.

El último caso es, obviamente, el que se da cuando el Juez acuerda favorablemente la solicitud formulada por el Ministerio Público y libra la orden para que la Policía Judicial detenga al sujeto. No puede haber, creo, caso más claro que éste de colocación de un sujeto en calidad de prófugo, ya que mientras la orden no se ejecute, está sustraído a la acción de la justicia y es ajeno al sometimiento a los tribunales. También en este caso la prescripción sigue su curso.

Es indudable que entre el acto formal de la consignación sin detenido y el libramiento de la orden de aprehensión solicitada tiene que mediar un lapso, que podrá ser más o menos prolongado. Cabe, en consecuencia, la posibilidad de que entre uno y otro haya transcurrido el tiempo necesario para la operancia de la prescripción, sobre todo si se toma en cuenta que el inicio del término para la prescripción de la acción persecutoria surgió contemporáneamente con el derecho estatal a la persecución conforme antes lo he establecido y por ello (salvo, insisto, las causas de interrupción) puede surtir la hipótesis de que haya prescrito la acción persecutoria para cuando se libra la orden y ella, definitivamente, implicaría una violación a la ley.<sup>(51)</sup>

2.- Sustracción del sujeto a un procedimiento ya instaurado. El caso que ahora abordamos se presenta cuando ya se ha iniciado un procedimiento ante la autoridad judicial, con el consiguiente sometimiento del sujeto a la jurisdicción, pero en el que por circunstancias posteriores al inicial sometimiento, éste se ve roto o quebrantado por parte del indiciado o presunto responsable.

Significa esta hipótesis que habiendo ya un principio de actividad jurisdiccional porque el Ministerio Público dedujo la acción persecutoria ante los tribunales y consiguió

que entre la autoridad judicial y el imputado se estableciera una relación procesal, ésta se ve rota por el propio sujeto, quien se sustrae a la jurisdicción e impide, con ello, la prosecución de las actuaciones necesarias para llegar a una verdad legal en cuanto a la naturaleza, delictuosa o no delictuosa del hecho, y la calificación como delincuente o no delincuente del sujeto de quien en particular se trate.

Esta hipótesis que planteo, es fácilmente presentable en un sistema como el mexicano, ya que, como lo he dicho en varias ocasiones anteriores, él no permite los procesos y eventuales condenas en ausencia, es decir, que para la conclusión del proceso y para la realización de todos los actos procesales inherentes, se requiere la presencia del imputado, quien debe estar sometido a la jurisdicción.

Cuando no existe tal sometimiento, a pesar de haberlo habido antes, el procedimiento se interrumpe y por ello implica que el curso de la prescripción de la acción, que se había, roto, reinicie su cómputo por todo el tiempo en que el sujeto esté fuera del sometimiento a la jurisdicción.

Pueden darse varias situaciones a este respecto, implicativas ellas de un inicial sometimiento y posterior quebrantamiento y que traen como consecuencia el reinicio del término necesario para la operancia extintiva de la prescripción de la acción. Por ejemplo, si existe un detenido privado de su libertad y sujeto al procedimiento que se evade de su lugar de internamiento, se rompe el sometimiento a la jurisdicción y se establece el reinicio del curso de la prescripción; lo mismo ocurre cuando alguien se encuentra disfrutando del beneficio de la libertad provisional garantizada en cualquiera de las formas que la ley establece e incumbe con las obligaciones adquiridas ante la autoridad para que disfrute de tal beneficio, como sería el hecho de no comparecer los días ordenados a firmar en los libros correspondientes o no asistir a las diligencias para las que sea citado. Cuando esto ocurre, se debe revocar la libertad provisional concedida y hasta en tanto el individuo no sea nuevamente sometido,

es válido decir que está fuera del sometimiento, lo que, en cuanto a la prescripción se refiere, significa que ésta ha reiniciado su curso.

Cuando planteo los casos que ahora nos ocupa no dejo de tomar en consideración que ellos son excepciones a la regla general que he venido mencionando, en cuanto a que el inicio del curso de la prescripción es contemporáneo con el nacimiento del derecho estatal a la persecución.

Resultan ser excepcionales estos casos porque, conforme a lo que he expuesto previamente, en ellos existe ya el ejercicio de la acción persecutoria por parte del Estado y un inicial sometimiento a la jurisdicción, mismo que por las posibles causas apuntadas se ve quebrantado. Sería ilógico y antitécnico beneficiar al inculpado por su habilidad para sustraerse al sometimiento y tomar como base la computación del tiempo la correspondiente a la fecha de nacimiento del derecho a la persecución, puesto que ello equivaldría a premiar lo ilegal.

De las ideas expresadas en este apartado, así como de las tesis que se han transcrito, puede llegarse a la conclusión de que es requisito indispensable para que el curso de la prescripción corra, el consistente en que el sujeto imputado esté sustraído de los tribunales y ello, necesariamente, es un acontecimiento posterior al hecho que sirve de base al derecho a la persecución, con lo que estimo se justifica el rubro del apartado presente.

## **2.- LA INTERPRETACION ACTUAL DEL ARTICULO 118 DEL CODIGO PENAL.**

Es desde luego, el tiempo, el factor más importante para declarar que la prescripción ha surtido sus efectos, porque precisamente el paso inexorable del tiempo apaga -como dijimos ya- la alarma social que el hecho delictivo causa en el grupo social, surte efectos la autolimitación del Estado a su facultad punitiva.

La prescripción como fenómeno jurídico descrito en el artículo 118 de la Ley Sustantiva Penal del Estado de Guanajuato, tiene una característica que no es privativa de nuestra legislación sino de todo el sistema mexicano, es decir, es personal, pues que solo asiste a aquel que no se encuentra sub-júdice o que habiéndolo estado permanece sustraído a la acción de la justicia.

La condición de que la prescripción sea personal, no es una premisa falsa porque solamente favorece a aquel que ha sido señalado como el autor de la conducta ilícita y un absurdo sería determinar que la sustracción de un de los autores favoreciera a otros que, quizás, ya estuvieran sometidos a la jurisdicción del órgano judicial, lo que a la postre representaría un desequilibrio procesal que particularmente al Ministerio Público dejaría en desventaja. y a los intereses que la Institución representa.

Es el simple paso del tiempo lo que hace operable el fenómeno de la prescripción, pues que de ello huelga hacer algún comentario, sobre todo cuando ya en los capítulos precedentes se hablo de la naturaleza jurídica de la prescripción y en ello quedo plasmada la idea central:- la prescripción es una autolimitación a la facultad represiva del Estado y que por el transcurso del tiempo apaga la alarma social que el hecho delictivo ocasiona en el grupo social.

La prescripción es por otra parte un acontecer que surte sus efectos aún

cuando el propio acusado no lo invoque, habida cuenta que corresponde a la propia autoridad jurisdiccional revisar de manera oficiosa que este fenómeno o que algunos llaman una forma anómala de terminación del proceso halla surtido su natural y ordinario efecto que no es otro más que la imposibilidad jurídica de sancionar al inculpado y en su caso el dictado de una sentencia absolutoria.

Aquí no importa el estadio procesal en el que halla de decretarse la prescripción, puesto que como es un estudio de carácter oficioso bien puede el juzgador hacerle notar en cualquier momento del proceso, sin que menester sea el dictado de una resolución legal, llámese orden de aprehensión, auto de formal procesamiento o sentencia etc., sólo basta con que se advierta de ese análisis que oficiosamente el instructor de la causa realice.

Es este un medio extintivo de la acción penal como la pena, y se funda en el transcurso del tiempo que borra el recuerdo social de las ofensas, lo que presentaría el proceso y la sanción como algo injusto e inmotivado; borra o hace difíciles las pruebas que oportunamente pudieron presentarse, orillando a fallos inseguros que habrán de basarse en testimonios alterados por el olvido y su reconstrucción, en otros medios procurados artificialmente; y supone una especial injusta de toda pena que se imponga sobre todas las que el reo ha sufrido ya que por su propia condición de prófugo. Se dice además, que un lapso importante sin que la persona haya incidido en nuevos delitos, permite presumir su enmienda; pero sobre todo se busca consolidar, algún día, la tranquilidad y la paz que permitan a todos dedicarse al trabajo, a las atenciones familiares y a todas las actividades humanas y sociales.

También esta institución tropezó con la crítica de Beccaria y de los positivistas que tenían la vista fija en un delincuente revelado por el delito, cuya peligrosidad no podía considerarse desvanecida por nuevas actividades antisociales como la fuga o el ocultamiento, para evitar la defensa social.

Los términos necesarios para consumir la prescripción fueron estimados por el legislador en relación con la gravedad del delito; administrándose casos indiscutibles de interrupción en que se anula el tiempo transcurrido y debe comenzarse de nuevo la cuenta.

Decididamente disintimos de opciones como las del Maestro Donnedieu de Vabres, sobre que una inundación, una guerra o cualquier otro obstáculo de hecho que impida el curso del proceso o el hacer efectiva la sanción, suspenda el curso de la prescripción. Dogmáticamente, no está consignada en la ley esta forma de suspensión; doctrinalmente se debe advertir que en los supuestos apuntados actúan igualmente los fundamentos de la prescripción; y a más de no señalarse esta manera de suspender el término de que nos ocupamos, el artículo 118 de la Ley enfatiza que para que la prescripción se consuma basta el solo transcurso del tiempo.

También me aparto de muy respetables opiniones que han sostenido, entre nosotros, que el hecho de hallarse un procesado sujeto a libertad bajo caución impide el curso de la prescripción, por no hallarse el reo sustraído a la acción de la justicia sino asegurado por ella.

Aún en estas condiciones, el abandono de las actuaciones y la libertad que de hecho goza el reo deben producir el mismo efecto de acabar algún día con esta situación de amenaza, sin permitir que al cabo de diez, de veinte o de cincuenta años se revivan cargos olvidados, se busquen pruebas que ya no deben existir, etc.. y si a pesar de la fianza otorgada dicho reo no se presenta a su juez ni es posible hacerlo comparecer, y por ello se hace efectiva la fianza y se ordena la busca y la captura del remiso, es erróneo y meramente formalista el desconocimiento de que ese sujeto se halla prófugo y sustraído a la acción de los tribunales mientras no se logre de nuevo su aprehensión.

### **3.-EFECTOS ORDINARIOS DE LA PRESCRIPCION.**

La prescripción es por supuesto una institución del derecho penal aunque ciertamente incide en el proceso, es así porque cuando el juzgador advierte su aparición nos vamos a encontrar con que determina la suerte del procedimiento penal dándole una forma de terminación anómala, esto es, decretando la absolución del procesado, siempre que éste sujeta a este, y en caso contrario, si el inculpaado permanece sustraído a la acción de la justicia, la declaración surte precisamente el mismo efecto.

De ese modo es que tenemos necesariamente la aparición de dos hipótesis que por cierto han sido tratadas con mayor detenimiento en otros puntos de este trabajo, sólo que a fuerza de ser explícito en la exposición, aquí haré mera alusión a la repercusión que en el proceso se presenta:-

#### **1.-Cuando el indiciado se encuentra sometido a un procedimiento.**

En este caso, se significa el hecho de que el acusado de un delito se encuentre sometido a un procedimiento penal, aquí sin importar el estadio procesal, el órgano jurisdiccional esta facultado plenamente para declarar la prescripción oficiosamente. Si el acusado sometido se sustrae a la acción de la autoridad, a partir de ese momento comenzarán a correr los términos para la prescripción.

Transcurrido el plazo legal -según de la hipótesis de que se trate- y como el procedimiento no siguió su cauce, el órgano judicial tendrá que decretar la prescripción, en cuyo caso el efecto natural y ordinario no puede ser otro que dar por fenecida la potestad represiva del Estado, sólo que con el carácter de sentencia absolutoria.

Ciertamente, la sentencia cualquiera que éste sea su sentido implica la declaración de la autoridad que resuelve un conflicto acogiendo o rechazando la pretensión de las partes, sin embargo, aquí, estamos en presencia de un fenómeno curioso, se cita la absolución de quien ni siquiera pudo ser enjuiciado, es como lo dirían otros tratadistas una ficción del derecho.

Por eso, en mi proposición normativa estamos haciendo referencia a lo que me parece más acertado, hablar de "extinción de la potestad punitiva" y de "extinción de la potestad para ejecutar sanciones", lo que puede ser advertido con más detenimiento en la fase de conclusiones.

2.-Cuando el sujeto indiciado permanece sustraído a la acción de la justicia.

Para este supuesto, esa falta de sometimiento al designio de la autoridad da exactamente el mismo efecto desde el punto de vista procesal, y no puede ser otro que, el dictado de una sentencia absolutoria.

A mi juicio la redacción utilizada por el legislador es desafortunada, porque como dije la sentencia importa la declaración judicial, y si se esta ajeno a la labor punitiva de la autoridad no puede haber alusión al término "sentencia", creo, lo más correcto sería hablar de ello a nivel de una causa de sobreseimiento, que por cierto, es también una forma anómala de terminación del procedimiento, solo que más correcta su concepción cuando no se esta nunca en el supuesto de haber permanecido sub-júdice.

Como más adelante se vera, es la razón por la que en la etapa de conclusiones me refiero a "extinción de la responsabilidad" en términos genéricos.

#### **4.- SISTEMÁTICA PARA EL ESTUDIO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y LA SANCIÓN**

El Derecho Penal se desarrolla entre dos extremos, que son el hecho que la vida y movimiento y la sanción que al incumplirse agota en su última instancia los fines del Derecho punitivo; sin hecho que sea interesante, toda la maquinaria de que el estado dispone para saber lo que es y lo que no es un delito, ni siquiera altera su inmovilidad; sin sanción para quién sea considerado como delincuente, daría la impresión de un Derecho Penal mutilado o inconcluso. Con razón ha dicho Maggiore que "el delito y la pena son los dos polos entre los cuales se mueve el Derecho Penal. Su división científica tiene pues, el valor de una misma dicotomía."(52).

Toda la primera parte de este trabajo ha tenido una visión general en la que hemos pretendido encontrar el contenido, a diferentes niveles, de la prescripción en materia penal; ahora hemos de abordar los fenómenos de la aplicación de la prescripción a los casos concretos, pero sin omitir por esa concreción los principios que fundamentan al instituto de la prescripción. Para ello tenemos que adoptar un sistema que, si queda claramente expuesto desde el inicio de esta parte nuestro estudio, hará más inteligible el punto de vista que sostenemos.

Pensamos que la prescripción es un instituto del Derecho Penal sustancial con repercusiones y consecuencias en el campo de lo procesal, que es donde el fenómeno adquiere vida y determinación, es una materia, ésta de la prescripción, que no puede estar desligada de la construcción teórica del delito y tiene que adaptarse a las condiciones de la dogmática imperante, lo cual significa que el estudio de la prescripción de la acción persecutoria debe hacerse conforme a los lineamientos de la teoría del delito.

En este orden de ideas y siguiendo un razonamiento lógico, es necesario

aceptar que para saber si existe o no un delito y en cada caso obtener de la conclusión a la que se llegue las consecuencias que la ley ha señalado, se requiere, antes, que nada. que en el mundo de la realidad haya ocurrido algo que adquiera relevancia y provoque el interés del Derecho Penal; este "algo" al que nos referimos y que va ser motivo de una calificación por la autoridad judicial es el hecho, que tiene que ser valorado de acuerdo con las reglas establecidas para el sistema de enjuiciamiento..

El delito es, para los efectos que ahora interesan, un hecho humano previsto de modo típico por una norma jurídica, por lo que la acción para obtener la calificación correspondiente debemos entenderla referida al hecho en el que intervienen el hombre y que tiene la relevancia penal atendiendo a su tipicidad, o sea, que en el estudio de la prescripción de la acción persecutoria adquiere manifiesta importancia la materialidad de que está revestido el hecho jurídico que establece la relación por la que nace el derecho del Estado para la persecución penal, vinculado al ser humano autor del propio hecho; no es menester para el estudio del fenómeno de la prescripción analizar el hecho con todo su contenido dogmático y referido a los elementos del delito que se hayan reconocido, como la antijuridicidad y la culpabilidad, porque éstos son motivo de una determinación a través de juicios diferentes, uno de valor y otro de reproche, en donde la materialidad del hecho ha sido previamente satisfecha.

La acción para perseguir la calificación de un hecho parte del supuesto de la existencia relevante y lo es, en principio, sólo aquel que por ser un hecho jurídico corresponde a una conducta que, como tal, tiene que ser proveniente del hombre, quien, además, está colocado dentro del campo privativo del Derecho Penal al encuadrarse su conducta en el tipo penal que la describe.<sup>7(53)</sup>.

Así vamos ubicando el estudio de la prescripción de la acción persecutoria dentro de las áreas de la conducta y de la tipicidad, que son las que comprenden al hecho en sí mismo, sin valoraciones ajenas a la materialidad del acontecimiento, que no tiene trascendencia en el campo de

la prescripción.

Ahora bien, el hecho relevante no puede desvincularse de la conducta porque es este elemento del delito el que le da sustantividad a la que habrán de asociarse el resto de los calificativos necesarios para la integración del delito; cuando decimos conducta, obviamente nos estamos refiriendo a la participación en la realización del hecho de un ser humano, ya que el Derecho Penal sólo se aplica a quienes están bajo su imperio y estos son los hombres; pero además, la relevancia del hecho nace de la tipicidad, porque en el tipo se encuentra la valoración de los bienes que el Estado tutela en forma privilegiada y solamente serán relevantes para el Derecho penal los hechos en que intervenga un ser humano y sean subsumibles en la hipótesis abstracta plasmada en el tipo.

Conducta y tipicidad son, en consecuencia, los elementos del delito que fundamentan la acción persecutoria, como potestad del Estado en su facultad represiva y de esto obtenemos la forma adecuada de estudiar la prescripción de la acción persecutoria, referida a hechos relevantes y condiciona a la forma revestida por la conducta y el tipo.

Por otra parte, desde el momento mismo en el que la conducta se manifiesta puede hacerlo adoptando diferentes características: lo normal, que es además lo que sirve de debate para la construcción teórica del concepto de delito, es que se presente una conducta agotada y proveniente de un solo sujeto; pero esto no descarta en forma alguna que en la realidad material la conducta tenga peculiaridades, como ocurre en los casos de los delitos continuados en los que hay una pluralidad de manifestaciones exteriores de una voluntad encaminada a un mismo objetivo, o bien, que haya pluralidad de sujetos actuantes relacionados con el mismo resultado sobrevenido.

Esto tiene que ser también considerado en un sistema de estudio de la prescripción y así lo haremos.

Todo lo que expongo en los párrafos precedentes está relacionado con la forma de presentación de los delitos; pero independientemente de ello hay que considerar que si la prescripción funciona en razón del curso del tiempo, es imprescindible conocer la forma como la ley determina la computación del factor temporal, porque esta es una cuestión directamente relacionada con la presentación del hecho en el mundo exterior.

También habrá de mencionarse que la propia ley establece causas que impiden el inicio del curso del tiempo o que interrumpen, para los efectos de la prescripción, lo que obliga a incluir estos aspectos en la sistemática del estudio de la prescripción de la acción persecutoria.

Además, en ciertos casos especialmente valorados por el legislador, un hecho es perseguible tan sólo cuando la parte afectada (ofendido) así lo pide al órgano estatal que tiene encomendado el ejercicio de la acción persecutoria, en contraposición con el principio general de perseguibilidad de oficio; estos casos merecen un estudio detallado que será incluido en este trabajo, tomando en consideración que tienen una regulación especial en la codificación vigente.

**CITAS BIBLIOGRAFICAS.**

**CAPITULO CUARTO.**

50).- Soler Sebastián., Ob. Cit. Pág. 320.

51).- Soler Sebastián., Ob. Cit. Pág. 370.

52).- Vela Treviño., Ob. Cit. Pág. 315.

53).- Vela Treviño., Ob. Cit. Pág. 321.

## **CONCLUSIONES.**

## CONCLUSIONES.

Nuestra actual legislación punitiva enmarca la institución jurídica de la prescripción dentro del título quinto y que denomina "Extinción de la Responsabilidad", a mi juicio y después de la exposición de este trabajo monográfico, resulta de mejor técnica jurídica y por supuesto legislativa, cambiar esa denominación para llamarla ahora "Extinción de la Pretensión Punitiva y la potestad de ejecutar las penas".

Así sería, porque el término "responsabilidad" resulta ser un pleno sinónimo de lo que bien puede identificarse como la "culpabilidad", que es un elemento del delito. Luego entonces, hablar de "pretensión punitiva" es hacer alusión a esa potestad represiva del Estado de la que tanto hicimos referencia en el transcurso de esta investigación.

La representación actual se encuentra contemplada de esta forma en nuestro código Penal:

### TITULO QUINTO.

#### "Extinción de Responsabilidad"

#### CAPITULO I.

Artículo 110. (Vigente).- La muerte del delincuente extingue la acción penal; también las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño y la de decomiso.

Mi propuesta normativa quedaría redactada de la siguiente manera:-

## TITULO QUINTO.

## "Extinción de la Responsabilidad."

## CAPITULO I.

## REGLAS GENERALES.

ARTICULO 110.- (Causas de extinción). Son causas de extinción de la pretensión punitiva y de la potestad a ejecutar las penas; el cumplimiento de la pena; muerte del inculcado o sentenciado; reconocimiento del sentenciado; perdón del ofendido en los delitos de querrela; rehabilitación; indulto y prescripción.

Después particularmente en lo que nos interesa, esto es, en el capítulo VII relativo a la prescripción, quizás con mayor fortuna que la redacción actual, sería lo que a continuación cito:-

"ARTICULO 118.- La prescripción es personal y para que opere bastará el simple transcurso del tiempo señalado en la ley.

La extinción de la pretensión punitiva y de la potestad a ejecutar las penas, se resolverá de oficio o a petición de parte, en cualquier etapa del procedimiento.

La extinción de la pretensión punitiva será resuelta por el Ministerio Público durante la averiguación previa o por el órgano jurisdiccional en cualquier etapa del procedimiento.

La extinción de la potestad de ejecutar las penas corresponde al órgano jurisdiccional."

Por otra parte una corrección al artículo 124 del Código Penal relativa al cómputo de la prescripción para los delitos perseguibles por querrela-. Lo que así quedaría:-

Artículo 124. (Vigente).- La acción penal que nazca de un delito que sólo pueda perseguirse por querrela, prescribirá en dos años, pero una vez presentada se aplicarán las demás disposiciones de este capítulo.

“ARTICULO 124.- La pretensión punitiva que nazca de un delito que sólo pueda perseguirse por querrela, prescribirá a dos años, contado a partir del día en que quienes pueden formular la querrela tenga conocimiento del delito y del delincuente.

Pero si satisfecho ese requisito inicial ya se ha decidido la pretensión punitiva ante los tribunales, se observarán las reglas señaladas en la ley para los delitos que se persiguen de oficio.”

Finalmente, una precisión al dispositivo 131 de la ley punitiva vigente, para quedar como sigue:-

Artículo 131. (Vigente).- La prescripción de las sanciones privativas de libertad sólo se interrumpe aprehendiendo al reo, aunque la aprehensión se ejecute por otro delito.

“ARTICULO 131.- La prescripción de la potestad de ejecutar las penas privativas de libertad sólo se interrumpirá, por la aprehensión o reaprehensión del sentenciado.

Se interrumpirá por cualquier acto de autoridad competente para hacerlas efectivas, y comenzará a correr de nuevo al día siguiente del último acto realizado.”

A juicio de la sustentante, esta es una redacción que acoge las doctrinas predominantes y que ajusta esta constitución jurídica como lo es la prescripción al modernismo dogmático del Derecho Penal.

Queda ahí la propuesta, para la sana crítica y la discusión.

## BIBLIOGRAFIA.

## TEXTOS.

- 1).- Bauman Jügen., Derecho Penal Conceptos Fundamentales y Sistema., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.
- 2).- Beccaria Cesare., De los Delitos y de las Penas., Ediciones Jurídicas Europa-América., Buenos Aires, Argentina, 1958, Pág. 141.
- 3).- Beristáin Antonio., Medidas Penales en Derecho Contemporáneo., Editorial Reus, Madrid, 1974.
- 4).- Cuello Calón Eugenio., Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Ediciones Bosch, Barcelona, 1988, Pág. 727.
- 5).- Giuseppe Bettiol., Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis. Bogotá, 1965.
- 6).- Goldschmidt James., Derecho Judicial Material., Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1979.
- 7).- Jiménez de Asúa., Tratado de Derecho Penal., Tomo II, 2da. Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina.
- 8).- Jiménez Huerta Mariano., Derecho Penal Mexicano., Parte Especial, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 1988.
- 9).- Jiménez Huerta Mariano., Panorama del Delito., Editorial Porrúa, México, 1987.
- 10).- Manzini, Tratado de Derecho Penal., Tomo V, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina.
- 11).- Mezger Edmundo., Derecho Penal., Parte General, Ediciones Bosch, Tomo I, 15va. Edición, Barcelona España, 1978.
- 12).- Mezger Edmundo., Tratado de Derecho Penal., Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona España, 1986.
- 13).- Ortolán, Tratado de Derecho Penal., Librería de Leocadio López editor, Madrid, 1985.
- 14).- Pavón Vasconcelos Francisco., Manual de Derecho Penal Mexicano., Parte General, 2da. Edición,

Editorial Porrúa, México, 1987.

15).- Porte Petit., Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal., Ediciones del Autor.

16).- Ranieri Silvio., Manual de Derecho Penal., Parte General, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1975.

17).- Reinhart Maurach., Tratado de Derecho Penal., Tomo III, Ediciones Ariel, Barcelona España, 1972.

18).- Rodríguez Mourullo., La Omisión de Socorro en el Código Penal., Editorial Tecnos, Madrid, España, 1976.

19).- Soler Sebastián., Derecho Penal Argentino., Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1981.

20).- Vela Treviño Sergio., La Prescripción Penal., Editorial Trillas, 2da. Edición, México, 1990.

21).- Vera Barros., La Prescripción Penal en el Código Penal., Editorial Bibliográfica, Buenos Aires Argentina, 1960.

#### OTRAS FUENTES.

1).- Exposición de Motivos del Código Penal de 1871, Librerías La Ilustración, Veracruz, México.

2).- Guiza Alday Francisco Javier., Código Penal del Estado de Guanajuato, Ediciones Atenas, Celaya, Gto., México, 1993.