



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON

"LA NO OPERANCIA DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA COMO EXCEPCION EN EL DELITO DE VIOLACION PREVISTO EN EL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL."

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MIGUEL ANGEL CISNEROS SANCHEZ

ASESOR: LIC. ROSA MARIA VALENCIA GRANADOS

MEXICO 1997

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta 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.

A MI MADRE.

*Por su apoyo incondicional de toda la vida y porque a través de su motivación se logró mi formación académica. Mi eterno agradecimiento.
7c Zulera.*

*A MI INOLVIDABLE PADRE Y A MI
HERMANO CARLOS.*

Porque aún sin su presencia durante mi formación académica, siempre han estado y estarán en mis pensamientos apoyándome.

A MIS HERMANOS.

Porque al crecer con ustedes fue uno de los mejores momentos de mi vida.

A MI ESPOSA ALMA.

Por su amor y comprensión.

*A MIS HIJAS VALERIA
Y MONSERRAT.*

Por la ilusión que representan y con la preocupación de construirles un mundo mejor.

A LA LIC. ROSA MARÍA VALENCIA GRALADOS.
Por sus apreciables enseñanzas y dirección
de la presente tesis.

AL LIC. RODRIGO CRUZ HERRERA.
Guía profesional y espiritual.
Por su inapreciable sabiduría que ha influido
en mi vida cotidiana.

AL LIC. ALFREDO CÁVIZ MONTES.
Las más sinceras gracias por su valiosa amistad y
ayuda en la elaboración de este trabajo.

A MIS AMIGOS DE "CRUZ HERRERA
Y ASOCIADOS ABOGADOS" RODRIGO
FERRILANO, LUIS GUILLERMO, PABLO,
RICARDO, Y LETY.
Con especial afecto.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.
Insustituible e inagotable fuente de enseñanza para quienes deseen cultivarse.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO 1

1. ANTECEDENTES DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL .	
1.1. DERECHO ROMANO.....	1
1.2. DERECHO CANONICO.....	4
1.3. DERECHO MEXICANO.....	5
1.3.1. CÓDIGO PENAL DE MARTÍNEZ DE CASTRO DE 1871.....	5
1.3.2. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1912.....	8
1.3.3. CODIGO PENAL ALMARAZ DE 1929.....	9

CAPÍTULO 2

2. CONCEPTOS GENERALES.....	13
2.1. FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION PENAL.....	17

2.2. JURISPRUDENCIA.....	21
2.3. NATURALEZA JURIDICA.....	31
2.4. TITULARES DE LA DECLARACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PERSECUTORIA.....	38
2.5. PRESUPUESTO PARA EL INICIO DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PERSECUTORIA.....	44

CAPÍTULO 3

3. ESTUDIO ETIOLOGICO Y CRIMINOLOGICO DE LA DELINCUENCIA.	
3.1. ETIOLOGIA.....	58
3.2. ASPECTO SOCIOLOGICO-CRIMINAL.....	62
3.3. ASPECTO PSICOLÓGICO-CRIMINAL.....	68
3.4. ASPECTO POLITICO-CRIMINAL.....	75

CAPÍTULO 4

4. PROPUESTAS RESPECTO DE LA NO OPERANCIA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION PENAL EN EL DELITO DE VIOLACION.	
4.1. DEL DELITO DE VIOLACIÓN.....	83
4.2. LA VÍCTIMA DEL DELITO DE VIOLACIÓN..	90
4.3. PROPUESTAS DE REFORMA AL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.....	95
CONCLUSIONES	97
BIBLIOGRAFIA.....	101

INTRODUCCIÓN.

Es de todos conocido que en el Derecho nunca está dicha la última palabra, porque siendo un conjunto normativo de la convivencia social, para que esta se realice armónicamente, con certidumbre de obligaciones y derechos subjetivos, está sujeto al incesante cambio de la vida social misma, que jamás se detiene, tan solo permanecen las formas lógicas y estructurales, porque obedecen a principios universales, pero dentro de ellas se contienen las disposiciones o normas prácticas que son las que varían con el tiempo, con las circunstancias, con la densidad de cultura del pueblo y por ende, hay una evolución perpetua de las instituciones jurídicas.

Ahora que se habla ya del Derecho Penal del siglo XXI y a unos pasos de su inicio, se hacen ya evaluaciones de lo que hasta ahora ha evolucionado, pero procede también hacer un balance de lo que es y ha sido la dogmática penal mexicana respecto de la figura de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad penal, y su acercamiento a una excluyente de culpabilidad para ver si ha cumplido con las expectativas para las que fue creada dicha figura y para determinar si se ha mantenido a tono con los avances y crecimiento que la sociedad ha experimentado y ver si de alguna manera ha influido para su evolución o progreso o para su involución o retroceso, es decir, si ha influido o no en las decisiones político criminales, o se ha mantenido ajena a

ellas y así también proyectar al futuro los cambios y reformas necesarias a la ley sustantiva que la regula.

En esta tesis, que implica hacer un recorrido retrospectivo, y en esa proyección al porvenir, que obliga entre otras cosas a hacer un poco de futurología, habrá que considerar diversos aspectos en un trabajo de esta naturaleza, que si bien pretende ser descriptivo no busca ser agotador.

Entre los aspectos que no se puede prescindir hacer mención de ellos, se encuentran las cuestiones doctrinarias o corrientes de pensamiento tanto de índole extrajurídica como jurídica, de las cuales el Derecho Penal se encuentra profundamente impregnado.

Por otra parte, a diferencia de otras disciplinas cuya proyección puede hacerse casi matemáticamente con sólo pequeños márgenes de error, en las relativas al Derecho, y en concreto al Derecho Penal, plagadas de consideraciones espirituales en donde se toman en cuenta los valores más importantes del ser humano; y lo propio puede decirse con relación a la justicia penal, pues ella también es manifestación del hombre.

El hacer un estudio dogmático sobre la prescripción de la acción penal y proponer las reformas correspondientes respecto del delito de violación, es valorar desde un particular punto de vista, que no obstante que procura ser objetivo, no está exento de rasgos y posiciones ideológicas del suscrito, pues es esa ideología la que orienta las propuestas en esta tesis en busca de una impartición de justicia más dinámica, crítica, y comprometida con los mejores fines e ideales político criminales.

El estudio que realizaremos de la prescripción de la acción penal con respecto al delito de violación tiene su base en la teoría del delito, ubicando el instituto de la prescripción en el Derecho Penal Sustantivo y no así en el Derecho Penal Adjetivo.

El enfoque de nuestras propuestas va encaminado a no reconocer que en ciertos casos el poder casi absoluto del Estado se limita con el simple transcurso del tiempo, trayendo consecuencias nefastas frente a la víctima y a la sociedad quien es a fin de cuentas la titular de la seguridad jurídica.

Al efecto proponemos la no operancia de la prescripción de la acción penal como excepción en el delito de violación contemplado en el Código Penal vigente para el Distrito Federal, para lo cual abordamos en el primer capítulo lo relativo a los antecedentes históricos de la institución de la prescripción para poder concebir con claridad cual fue el verdadero espíritu que dio origen a su creación y así poder estar en aptitud de valorar con más exactitud y un mejor criterio su operancia en la actualidad, no sin antes informarnos respecto de las distintas etapas por las que atravesó en nuestro derecho mexicano hasta antes de llegar al Código Penal que nos rige en la actualidad.

En un segundo capítulo manejamos únicamente conceptos generales, es decir, estudiamos dogmáticamente a la figura de la prescripción de la acción penal en nuestro código sustantivo vigente, estudiando, entre otras cosas, su naturaleza jurídica, su fundamento y asimismo lo que nos dice la Corte al respecto; desprendiéndose de dicho estudio el espíritu que llevo al legislador para consentir su aplicación hasta nuestros días

En un tercer capítulo y con la finalidad de desvirtuar y debatir la posición del legislador para la implantación y consentimiento de la prescripción de la acción penal y con la finalidad de estar en condiciones de hacer las propuestas de reforma conducentes, estudiamos el verdadero perfil de la delincuencia actual desde el punto de vista etiológico y criminológico para que nos conlleve a descubrir que en realidad el delincuente actual y nato no comulga con lo preconizado por el legislador para mantener viva la figura de la prescripción.

En un cuarto capítulo abordamos concretamente el delito de violación y el papel que juega la víctima de tan atroz ilícito para estar en aptitud de hacer nuestras propuestas de reforma al respecto.

Por lo anterior, estimamos que el presente trabajo es un esfuerzo que deben continuar las generaciones venideras para que sean tomadas en cuenta por el legislador y por ello contribuimos a buscar una mejor impartición de justicia y una mayor atención a la materia de la victimología, y además abatir en todo lo que se pueda el fenómeno de la delincuencia y la inseguridad que día con día padecemos los habitantes de esta urbe: **!YA BASTA DE TANTA INSEGURIDAD SEÑORES CONGRESISTAS;**

CAPÍTULO 1

1. ANTECEDENTES DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

1.1. DERECHO ROMANO.

Parece como la más acertada e indiscutible la idea en el sentido de que la primera fórmula conocida acerca de la prescripción penal y sus efectos deriva de la ley Romana conocida como "*Lex Iulia de Adulteris*", toda vez que en ella ya se consignaba un término de cinco años para que operara la prescripción en ciertos delitos, tales como el adulterio, estupro (llamado entonces *stuprum*) y el lenocinio.¹

En la cultura Griega, en tiempos de Demóstenes, ya se conocía la Institución de la Prescripción, ignorándose en la actualidad sus alcances y características, pues es poco lo que se conoce de ella en el ámbito de la cultura Helénica, pues se presume su existencia tomando en consideración un texto respecto de una acción intentada por Esquines en contra de Demóstenes en la

¹ Cfr. Luis Vera Barros, *La Prescripción Penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1980, pág. 6, nota 35.

que se presume que por el simple transcurso del tiempo la acción intentada careció de fundamento, estimándose que al absorber Roma la tradición Helénica, la codificación Romana la haya institucionalizado y sistematizado al grado de aparecer en la "Lex Iulia de Adulteriis", para posteriormente ser incluidos determinados delitos en las reglas de la prescripción, siendo hasta la época de Diocleciano y Maximiliano (entre 302 y 294 a.c.) en la que se admite la prescripción de la perseguibilidad de los delitos, con ciertas excepciones, siendo éstas las que se refieren a términos de prescripción de cinco años con base en la "Lex Iulia de Adulteriis", y otras relativas a delitos imprescriptibles tales como el parricidio. En esta época la regla general establecía un término de prescripción de veinte años.²

En este período referido destaca la circunstancia de que todas las referencias a la figura de la prescripción se relacionan únicamente con la acción persecutoria sobre el autor de un ilícito, sin hacerse referencia alguna a la prescripción de la pena ya impuesta.

Al respecto, afirma Manzini que *"El Derecho Romano no admitía la prescripción de la pena ya infringida, ya que la razón misma de la prescripción de la acción penal era la de castigar, con pérdida de derechos, la negligencia, o la malicia del acusador privado, quien no acudía o lo hacía extemporáneamente ante la justicia del Estado"*.³

² Cfr. Sergio Vela Treviño, *La Prescripción en Materia Penal*, 2a. ed., Mexico, Ed. Trillas, 1990 (reimp. 1995), pág. 31.

³ *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Ediciones Ediar, Buenos Aires, 1950, pag. 138.

De los antecedentes de la Legislación Romana señalados con anterioridad se colige que los lineamientos ya sistematizados de la prescripción variaban en cuanto al tiempo atendiendo a la gravedad del delito, ya que los términos fluctuaban desde los cinco años tratándose de adulterios, estupro o lenocinios; hasta los veinte años cuando se trataba de "crimina pública", y llegando incluso a establecer la imprescriptibilidad en delitos considerados en ese entonces como de elevada gravedad, tales como el parricidio, la suposición de parto y la apostasía (deserción de la Religión Cristiana).

Encontramos en este subcapítulo de antecedentes el primer sustento de las reformas propuestas por el suscrito a la Institución de la Prescripción en Materia Penal, ello atento a que se desprende fehacientemente que la "*Ratio Legis*" de la codificación Romana de la Prescripción Penal era la de regular la misma de acuerdo a la gravedad de los delitos, no siendo creada para efectos de coadyuvar con la impunidad ni favorecer el proteccionismo desmedido de la delincuencia de ese tiempo, ya que trasladándonos a nuestra época actual ésta delincuencia se ha convertido en un virus lacerante para nuestra sociedad, pues, como se puede observar, en el período Romano se atendía a la gravedad de los delitos sin tomar en consideración las tesis que en la actualidad son las que sustentan la implantación y regulación en México de esta figura, teorías tales como las de aspecto procesal referentes al desvanecimiento de las probanzas; al supuesto olvido que tiene la víctima del delito que fue inferido en su agravio, entre otras, mismas que resultan poco convincentes para el suscrito, tal y como se intentará demostrar posteriormente.

1.2. DERECHO CANÓNICO.

El Derecho Canónico, basado en la teología que da pie a la Iglesia Cristiana, no reconoció la prescripción de la pena ya impuesta, haciéndolo solo respecto de la acción para perseguir los delitos, los cuales incluso eran asociados con el pecado, tornándose el delito en algo espiritual.

La prescripción operaba fijándose un término de veinte años para la prescripción de la acción persecutoria, pudiendo ser considerado este término como el máximo implantado, salvo los casos de imprescriptibilidad para los delitos públicos o privados.

En resumen, todas las legislaciones penales de la Edad Media en las cuales influyó el Derecho Romano, incluyeron disposiciones relativas a la prescripción de la acción persecutoria, fijándose los términos tomando como sustento la gravedad de ciertos delitos, incluso para determinar su imprescriptibilidad, observándose esta tendencia hasta el siglo XVII, ya que al resurgir el dominio del Derecho Romano, la prescripción de la acción fue admitida generalmente con un período establecido para su operancia de veinte años, reduciéndose éste para delitos menores, siendo la Ordenanza de Luis XIV, en 1670, la que declaró como imprescriptible el delito de homicidio provocado con motivo de duelo, superándose las excepciones referidas en Francia hasta 1791,

en la cual la prescripción de la acción pública se aplica a todos los delitos, excepto los casos de lesa gravedad, para los cuales atendían casos de imprescriptibilidad, derogándose completamente ésta última que se aplicaba para casos de delitos considerados graves.⁴

1.3. DERECHO MEXICANO

1.3.1. CÓDIGO PENAL DE MARTÍNEZ DE CASTRO DE 1871

En el año de 1871, con el entonces Presidente Benito Juárez se decretó la institución del Código Penal que posteriormente sería conocido con el nombre de Martínez de Castro, quien fungió como Presidente de la Comisión Redactora del citado Código Penal, el cual contenía las ideas más avanzadas en esa época en dicha materia, sosteniendo la tesis respecto de la prescripción penal de que todas las acciones derivadas de algún delito eran prescriptibles, sin considerar la imprescriptibilidad como excepción, ya que se argumentó en la Exposición de Motivos que las acciones y las penas ya no eran ejemplares transcurrido cierto tiempo, toda vez que el escándalo y la alarma que el delito producía se disipaba por el simple curso del tiempo.

⁴ Cfr. Francisco Carrara, *Programa de Derecho Criminal, parte general*, Vol. II, Editorial Temis, Bogotá, 1957, pág. 180.

Bajo ese argumento la prescripción se reglamentó en función de la gravedad del delito, permitiendo que pasado cierto tiempo fuese declarada la prescripción de la acción correspondiente, considerada como un sentimiento piadoso en favor del infractor, sobre el cual había pesado una constante amenaza de verse privado de su libertad.

El Código Martínez de Castro preconizaba en su artículo 268 lo siguiente:

"Las acciones criminales que se puedan intentar de oficio se prescribirán en los plazos siguientes:

I. En un año si la pena fuere de multa, o arresto menor.

II. En doce años las que nazcan de un delito que tenga señalada por pena la capital, o las de inhabilitación o privación.

III. Las demás acciones que nazcan de un delito que tenga señalada una pena corporal, la de suspensión o destitución de empleo o cargo o la de suspensión en el ejercicio de algún derecho o profesión, se prescribirán en un término igual al de la pena, pero nunca bajará de tres años".

El anterior numeral se refiere a los delitos perseguibles de oficio, en contraposición con los que sólo podían ser perseguidos a petición de parte, conteniéndose estos últimos en el artículo 272 que a la letra decía:

"La acción penal que nazca de un delito que sólo puede perseguirse por queja de parte, se prescribirá en un año, contado desde el día en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente. Pero si pasaren tres años sin que se intente la acción se prescribirá ésta, haya tenido conocimiento o no el ofendido".

Es menester hacer mención a la disposición contenida en el artículo 267 que en forma expresa desechaba la imprescriptibilidad de la acción:

"Las acciones preventivas de delitos cometidos antes de promulgarse este Código y que entonces eran imprescriptibles, dejan de serlo. Los términos para su prescripción serán los que señala este Código, y se contarán desde el día en que comience a regir".

Cabe hacer notar que dicho cuerpo legal que nos ocupa fue el primero de la época del México Independiente, toda vez que las anteriores codificaciones eran de origen español y en ellas se contemplaba la imprescriptibilidad de los delitos, estableciéndose la prescripción en este primer Código Mexicano como fue expuesto con anterioridad eliminando por completo la imprescriptibilidad que regía en la época colonial.

1.3.2. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1912

En el transcurso durante el cual estuvo en vigor el Código Martínez de Castro se pretendió reformar sus principios fundamentales para ajustarlos a la época de principios de siglo, formándose al respecto una comisión encabezada por el Licenciado Miguel S. Macedo, comisión que inició sus labores de revisión en el año de 1903 para proponer las reformas pertinentes. A pesar de los problemas políticos de esas época y que culminaron con el movimiento armado de la Revolución Mexicana, la comisión trabajó continuamente, concluyendo en 1912 sus estudios y proposiciones concretas.

Referente a la figura de la prescripción se proponía una nueva redacción del artículo 262 del Código Penal de 1871 que decía: "*Por la prescripción de la acción penal, se extingue el derecho de proceder contra los delincuentes*"; precisando con claridad el fenómeno de la prescripción de la acción persecutoria sin limitante alguna, proponiéndose de igual manera la desaparición del artículo 267 del mismo ordenamiento legal, con la finalidad de que por los entonces 34 años de vigencia del Código de 1871 carecía de fundamento la persistencia de reglas respecto de la forma de computar la prescripción de delitos que antes eran imprescriptibles, en virtud de que el término máximo había ya transcurrido.

Las anteriores propuestas de reforma no llegaron a codificarse en una nueva legislación, continuando vigente el Código Martínez de Castro de 1871, siendo hasta el 5 de octubre de 1929 que mediante el Diario Oficial se publicó un nuevo Código Penal para el Distrito y Territorios Federales el cual fue conocido como Código Almaráz atendiendo al nombre del principal redactor José Almaráz.

1.3.3. CÓDIGO PENAL ALMARÁZ DE 1929.

La institución de la prescripción de la acción persecutoria del Código que nos ocupa se trataba en los numerales 256 al 269, retornándose de nuevo a ciertas imprescriptibilidades, toda vez que el artículo 256 consignaba expresamente que por la prescripción se extinguía el derecho de proceder contra los delincuentes operando conforme al artículo 267 en virtud del simple transcurso del tiempo señalado por la ley, salvo ciertas excepciones.

Los términos para el curso de la prescripción variaban atendiendo a la naturaleza y cuantía de la sanción, estableciéndose un término de seis meses cuando el delito fuera sancionado con apercibimiento, amonestación o extrañamiento; de un año cuando mereciere multa, arresto o ambas sanciones; en el término de la sanción, sin que pudiese ser inferior a cinco años, cuando la sanción fuere corporal, diferente del arresto; en un término igual al de la sanción,

sin que pudiese 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 caso de sanciones de inhabilitación de derechos, empleos, cargos u honores.

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

En el artículo 263 se hacía referencia a los delitos perseguibles por querrela de parte, estableciéndose similares temporalidades a las establecidas en el Código Penal de 1871, es decir, un año contado a partir de que el ofendido tuviera conocimiento del delito y del delincuente y tres años independientemente de la circunstancia relativa al conocimiento del hecho y su autor.

De lo anterior se desprende que el término mínimo para que operara la prescripción era de seis meses y el máximo de diez años, salvo en los casos de acumulación de delitos, ya que en este caso las acciones persecutorias prescribían separadamente y conforme al término señalado para cada uno de ellos atendiendo a lo establecido en el artículo 265.

Como se mencionó con anterioridad en el Código de 1929 se planteaba la imprescriptibilidad respecto de ciertos delitos, tal y como se desprende de lo estipulado en el artículo 260 el cual establecía:

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

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

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

III. Que sea la primera vez que delinquirió;

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

V. Que el acusado no se haya sustraído a la acción de la justicia, ocultándose".

En el Código Penal en comento no se contemplaba nada respecto de la prescripción cuando no se reunían los requisitos consignados en el artículo transcrito líneas arriba, no mencionándose por ejemplo la solución al problema de las prescripciones cuando estando corriendo un término se cometiera un delito diferente; omitiéndose aclarar de igual manera que sucedería si el autor del ilícito tenía antecedentes penales por haber cometido otros delitos, resultando de igual manera la omisión respecto de los casos de excepción a los que se refiere la

fracción IV del artículo 260, es decir, cuando el hecho incriminado era un homicidio, lesiones calificadas, incendio, *violación*, asalto, secuestro o robo con violencia, pues si se da una interpretación textual se desprende que en estos casos no se reunían los requisitos necesarios para que operara la prescripción señalada en el párrafo primero del artículo 260 y por ende, al no haber un tratamiento diverso, se colige que la falta de tales requisitos traía como consecuencia jurídica la operancia de la imprescriptibilidad de la acción persecutoria.

Como se podrá observar, el Código Penal de 1929 retornaba a una época anterior en la cual se contemplaba la imprescriptibilidad de ciertos delitos, pero esta vez en una forma más drástica, ya que independientemente de los delitos imprescriptibles, se establecían requisitos de carácter personal como lo eran la calidad de primodelincuente y la no ocultación del autor del ilícito, situaciones que impedían que operara la prescripción por el simple transcurso del tiempo.

El Código Almaráz no alcanzó los dos años de vigencia pues fue publicado el 5 de octubre de 1929, y abrogado por el que actualmente está en vigor, mismo que comenzó a regir a partir del 17 de septiembre de 1931 sin mencionar lo referente a la figura de la prescripción toda vez que el fundamento de esta se tratará con posterioridad en los capítulos subsecuentes al referirnos a la legislación penal vigente.

CAPÍTULO 2

2. CONCEPTOS GENERALES

Existe en el Derecho positivo Mexicano un obstáculo para castigar el delito, y que nace con el simple transcurso del tiempo sin que la eficacia de la ley penal obre contra el ejecutor del ilícito. Este obstáculo, que anula el derecho que tiene el Estado para castigar al infractor, toma el nombre de prescripción, a la cual el Derecho Civil designa también a la extinción de un derecho inalienable cuando se abandona durante largo tiempo su ejercicio. La mayor parte de las legislaciones penales admiten también dicha institución, ello bajo dos formas a saber: como prescripción de la acción penal y como prescripción de la pena; la primera, de la cual solo nos ocuparemos, puede tener lugar cuando la acción penal está todavía pendiente; la segunda, cuando se extinguió la acción penal con una resolución condenatoria.

Algunos doctrinarios, como Beccaria y Ferri, y con los cuales comulgamos, niegan la legitimidad de la prescripción penal, institución que, según ellos, repugna a la naturaleza de la pena como consecuencia de un hecho ilícito, creándose con ello una peligrosidad extrema para la estabilidad social; dejándose

una puerta abierta a la impunidad y excitando con ello a la perpetración de más delitos.

La esencia de la prescripción no consiste sólo en el transcurso del tiempo, sino en no haberse ejercitado un derecho dado durante un tiempo más o menos largo. Esto ocurre lo mismo en el Derecho civil que en el penal; sin embargo si en el Derecho civil la prescripción está unida a la alienabilidad de algunos derechos, en el Derecho penal no puede presentarse la cuestión de la alienabilidad del derecho de castigar, porque la unión del delito no es algo que esté sometido al capricho humano como suele suceder con los derechos civiles, sino que es el cumplimiento de un deber por parte del Estado. Así es que el fundamento de la prescripción en materia penal debe ser cualquiera relación que tenga un valor jurídico. Este fundamento se halla en haber proporcionado al reo, con el transcurso del tiempo, una prueba de su enmienda; pero hay otra razón admitida por el mayor número de los juristas para la prescripción de la acción penal, ésta se refiere al juicio penal precedente en el cual con el transcurso del tiempo las pruebas de la delincuencia o de la inocencia se han hecho deficientes e imposibles, tomándose inútil para el acusado y perjudicial para el Estado, por razón de tiempo y gasto, situación que en nuestro concepto apreciamos totalmente infundada y desmotivada. Por otra parte, como nos dice Pesina *"se agrega una circunstancia más que argumenta que con el transcurso del tiempo se recuerda menos el delito, y la misma sociedad cambia, al cambiar los individuos que la constituyen"*.⁵

⁵ Op. cit. pág. 684.

Carlos Fontán Balestra manifiesta que el fundamento de la prescripción es el mismo tanto para la no aplicación de la pena, como para impedir que el delito sea perseguido: el olvido y la presunción de enmienda, y con ello la inutilidad de la pena, agregando que mediante el instituto de la prescripción, el Estado renuncia al castigo del culpable, autolimitando su soberano poder de castigar.⁶

Raúl Carrancá y Trujillo apunta que tanto como Beccaria, Bentham, Garófalo y Ferri, entre otros, combatieron la prescripción por atribuirle un peligro para la seguridad social protegiendo a los delinquentes incorregibles, por ende, la escuela positiva veía en la prescripción por el solo transcurso del tiempo, un premio a la habilidad, el engaño, la riqueza u otras circunstancias extrañas a la culpabilidad del sujeto, agregando dicho autor, que la sustentación de la prescripción es el transcurso del tiempo, siendo éste un velo piadoso que cubre la memoria de los hombres.⁷

Miguel Ángel Cortés Ibarra manifiesta que existen causas de carácter extrínseco que destruyen la acción, la sanción o ambas, extinguiéndose, en consecuencia, la responsabilidad penal; encontrándose entre estas formas jurídico-penales, la prescripción, la cual, a diferencia de las excluyentes de responsabilidad penal, no afecta la integridad del delito en su aspecto intrínseco o esencial, sino extrínseco, por especiales razones de orden político y social que afectan al *Ius Puniendi* del Estado.⁸

⁶ Cfr. *Tratado de Derecho Penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1980, pág. 448.

⁷ Cfr. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*, 14a. ed., México, Editorial Porrúa S.A., 1952, pág. 837.

⁸ Cfr. *Derecho Penal Mexicano*, 2a. ed., México, Editorial Libros de México S.A., 1981, pág. 318.

Porte Petit manifiesta que "se podría decir a los partidarios de la prescripción, que si estiman que el transcurso del tiempo sin delinquir nuevamente es una circunstancia reveladora de la ausencia de peligrosidad del delincuente, sujeto que constituye el elemento medular del Código Penal: ¿Por qué no aceptar tal corroboración de tal circunstancia?, exigiendo para la procedencia de la prescripción la comprobación de la ausencia de dicha peligrosidad".⁹

La acción persecutoria tiene por finalidad el castigo del culpable en general, esto es, de todos aquellos que contribuyeron a la realización del delito, la prescripción de la acción penal es causa de extinción objetiva de la misma. Cuando por un delito dado no se ha procedido durante todo el tiempo fijado por la ley para ganar la prescripción, nadie puede ser ya perseguido por la justicia penal, y la acción penal ha desaparecido por completo, como si se hubiera declarado que no había delito ante la ley.

El tiempo necesario para la prescripción de la acción penal tiene por comienzo el momento mismo en que surge la acción penal. Como todo delito da lugar *ipso iure* a la acción penal, esto es, a la necesidad jurídica de un procedimiento encaminado a la punición del culpable, ya que el momento en que la prescripción de la acción comienza es el de la aparición del delito. La prescripción de la acción penal se interrumpe por los actos del procedimiento, los cuales mantienen viva la conciencia y la memoria del delito, la interrupción quita toda su eficacia al tiempo a ella anterior, y el período exigido por la ley debe computarse desde el momento en que cesa el acto interrupción.

⁹ *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, 14a. ed., México, Editorial Porrúa S.A., 1991, pág. 420.

2.1.- FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

Nuestra legislación penal vigente se ocupa de tratar la figura de la prescripción penal en los artículos 100 al 118 del Código Penal, de donde se desprende 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 también conocido como "Ius Puniendi".

El Código Penal tiene distintos ámbitos de aplicación, ya que lo mismo rige respecto de los delitos pertenecientes al fuero común en el Distrito Federal, que para los considerados como federales, o sea, que el mismo ordenamiento tiene aplicación en toda la República tratándose de delitos del orden federal, como en el Distrito Federal respecto de los delitos del fuero común. En virtud de nuestra organización política como Estados Unidos Mexicanos, ciertas materias quedan reservadas a la soberanía de los Estados integrantes de la Federación, pero en cada una de sus respectivas legislaciones penales se regula la institución de la prescripción en materia penal con sus respectivas variantes naturales derivadas del criterio de los legisladores de la localidad, resultando en lo esencial los principios sustanciales idénticos y las diferencias se establecen en orden a la duración de los términos para computar el tiempo transcurrido para que opere la prescripción.

El mandamiento de las normas que regulan la prescripción va dirigido al Estado mismo y al órgano creado para aplicar y hacer efectivo el sistema represivo, ello atendiendo a lo establecido por los artículos 100 y 101 primer párrafo del Código Sustantivo de la materia que dicen respectivamente:

"Art. 100.- Por la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones conforme a los artículos siguientes:..."

"Art. 101.- La prescripción es personal y para ello bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley".

Si asociamos ideológicamente estos dos preceptos, tenemos que el efecto establecido por la ley para la prescripción es la extinción de la acción penal o de las sanciones impuestas, es el simple transcurso del tiempo que la ley señala, estableciéndose un principio general, sujeto en su aplicación a cada caso particular, ya que el tiempo que la ley señala para que se produzcan los efectos mencionados varía según las características que al caso particular corresponda.

La actividad represiva del Estado, sea para la persecución o para la ejecución, está limitada por el simple correr del tiempo, en la inteligencia de que ese tiempo suficiente solo puede estar enunciado en género, ya que en especie será cada caso el que lo determine.

El mandamiento de la norma está dirigido a los órganos que el propio Estado ha creado por medio de su constitución legal para cumplir con la función de perseguir los hechos que puedan llegar a ser calificados como delictuosos y hacer efectivas las sanciones que se hayan impuesto a quienes ya fueron considerados como delincuentes para los efectos legales.

En primer lugar nos referiremos al órgano estatal que tiene la facultad de perseguir los delitos. Este es, de acuerdo con nuestro sistema, el Ministerio Público, titular monopolístico de la acción persecutoria, mismo que obtiene la facultad legal que le proporciona el artículo 21 constitucional al establecer lo siguiente:

"La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél".

El Ministerio Público, sea del fuero común o federal, está regido en su actividad por el conjunto de normas que integran sus respectivas leyes orgánicas, encontrando en ellas el fundamento para la limitación en el cumplimiento de la facultad que tiene de perseguir los delitos. A este respecto, el Ministerio Público del orden común del Distrito Federal se rige por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 15 de diciembre de 1977.

En esta ley, concretamente en la fracción IV del artículo primero se dice que entre las funciones del Ministerio Público esta la de ejercitar la acción penal, significando ello e interpretando dicho numeral a contrario sensu, que el propio Ministerio Público puede abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos en que tal ejercicio no proceda, encontrándose entre dichos casos el que se presenta cuando el curso del tiempo ha hecho aparecer el fenómeno de la prescripción.

Respecto del órgano jurisdiccional como órgano estatal que tiene que hacer efectiva la limitación del Estado a la persecución y sanción del delito y los delincuentes, el Código Penal estipula en el párrafo segundo del artículo 101 lo siguiente:

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

De acuerdo con la redacción legal antes transcrita, la prescripción puede y debe ser estudiada por el juzgador en el momento mismo en que se le invoque o cuando se percate de ella. No existe ningún impedimento especial para que el juzgador aborde las cuestiones relativas a la prescripción, sino que simplemente se estudia y se resuelve en el sentido que sea.

2.2. JURISPRUDENCIA

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, intérprete de nuestra legislación positiva, se ha expresado en este sentido en los siguientes términos:

"PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.- *Para que opere el fenómeno de la prescripción en cuanto a la acción persecutoria, la ley alude al término medio aritmético de la pena, que se ha interpretado como deducible de la individualización legal correspondiente a las entidades delictivas consumadas, pero sin modalidades. La acción penal es la potestad jurídica que el Estado delega en un órgano específico para exigir del poder jurisdiccional una decisión concreta respecto a una relación jurídico-material de Derecho Penal, que en el caso de condena actualiza la pretensión punitiva del propio Estado. La acción penal no puede concebirse sino en relación a un determinado hecho correspondiente a una figura de delito; de ahí que se afirme que del delito surge la acción penal, o más propiamente de la sospecha del delito. Se considera que la prescripción implica la cesación de la potestad punitiva del Estado, al transcurrir un período de tiempo determinado, en virtud de que el propio Estado abdica de su potestad punitiva, por razón de que el tiempo anula el interés represivo, apaga la alarma social y dificulta la adquisición de pruebas respecto a*

"la realización del evento delictivo. La prescripción penal, por la esencia misma del ordenamiento punitivo, opera coactivamente. Es un mandato impuesto por el Estado para que el órgano delegado específicamente, la institución del Ministerio Público, conforme al artículo 21 constitucional, se abstenga de toda acción represiva del delito y para que el órgano jurisdiccional decrete la extinción de la pretensión punitiva; y por ello, se aplica de oficio y en cualquier grado y estado de la causa. Entendida la acción penal como el fundamento y marco de la decisión jurisdiccional y la prescripción como una causa extintiva de la acción de orden coactivo, es lógico concluir que para calcular el término de su operancia, debe atenderse a la pena conminada en abstracto para el delito simple y no a la pena en concreto que habría debido infligirse, computadas las circunstancias objetivas y subjetivas del delito. La acción penal al ejercitarse y mover al órgano jurisdiccional tiene un contenido concreto, pero le compete al órgano decisorio su calificación técnica. El Ministerio Público solo la ejercita por hechos que estima delictivos. En el auto de formal prisión o de procesamiento, deberá el juez natural fijar el tema del proceso y ésta determinación se dictará por el delito que se estime comprobado en forma genérica, sin precisar las modalidades del delito, que son materia de la sentencia definitiva. En tal sentido, si la acción penal, en el acto de consignación, se ejercita únicamente por hechos delictivos y el Juez natural dicta la formal prisión o la sujeción a

"proceso por el delito simple sin considerar sus modalidades y la prescripción atiende al término medio de la pena conminada en abstracto, es obvio que si la extinción de la acción penal por prescripción opera de oficio y en cualquier estado de la causa, no es posible, por ningún concepto, atender a la penalidad aplicable por el delito calificado por modalidades cuya existencia es materia de la sentencia definitiva. Si se atendiera a la penalidad del delito considerado como calificado, ello daría lugar a que la prescripción dependiera del arbitrio del Juez, que tendría que definir en una fase procesal previa circunstancias que le compete decidir en el fallo que pone fin al proceso; y, lógicamente, daría lugar a que se prejuzgase en agravio del imputado, con violación de los principios que norman el instituto de la prescripción de la acción persecutoria".

Amparo directo 8431/63. Mario Valdés González. 17 de abril de 1968. Mayoría de 3 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Precedentes:

Volumen XXXII, segunda parte, pág. 77.

Volumen XLV, segunda parte, pág. 59.

Volumen LXXX, segunda parte, pág. 31.

"PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.- *Para que opere ésta es necesario que el acusado o procesado se encuentre sustraído a la acción de la justicia, pues el legislador toma en cuenta la zozobra, la agitación anímica por la que atraviesa al tener cuentas pendientes con la justicia. Por tanto, no puede correr la prescripción cuando el acusado, aún ignorándolo el Juez de la causa, se encuentra sujeto a otro proceso e incluso recluso en prisión con motivo de "este".*

Directo 1429/1954. Efrén Faire Cerca. Resuelto el 27 de junio de 1958. Por unanimidad de 5 votos. Ponente: Sr. Mtro. Mercado Alarcón, Srío. Lic. Raúl Cuevas.

1a. Sala. Boletín 1958, pág. 395.

En la primera de las dos tesis transcritas se aprecia la amalgama de razones que hace valer nuestro más alto tribunal para dar fundamento a la prescripción; por una parte argumenta que el Estado abdica de su potestad punitiva porque el tiempo anula el interés represivo, que viene a ser parte de lo que es fundamental de acuerdo con la llamada **teoría de la intimidación inexistente**, la cual no compartimos, y que se funda en el criterio de que siendo la pena eminentemente finalista se dice 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 solo la retribución cuantitativa lo que se pretende alcanzar, sino también se busca la intimidación que de igual manera llaman prevención.

Se sostiene en esta teoría que la prevención o intimidación es de dos diversas especies: la especial y la general. 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, situación que estimamos ya no se da actualmente en nuestra sociedad, por el contrario, el delincuente se ha vuelto más temerario, toda vez que en esta época que vivimos no contamos con penas que sean en verdad ejemplares. Respecto de la llamada intimidación general, se dice que obra sobre los miembros de la sociedad, quienes, percatándose de las consecuencias que el delito trae consigo, no incurrir en él por el miedo a la amenaza de la pena, fundamento que de igual manera no compartimos toda vez que como es de todos conocido, en la actualidad se ha visto escandalosamente incrementado el nivel delictivo en la Ciudad de México principalmente.

Otro fundamento para sostener esta teoría, que al igual estimamos fuera de la realidad actual, es el referente a la cuestión de la imposición de la pena, pues se argumenta que cuando por el transcurso de cierto tiempo, y el Estado no ha logrado enjuiciar o ejecutar una pena impuesta sobre un delincuente en particular, la persecución de él, pasado ese tiempo, se convierte ante los ojos de la sociedad en una especie de malvada actitud del poderoso (el Estado) contra el débil (el delincuente) y que 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, razón que consideramos fuera de la realidad en virtud de

que el delincuente actual, en el caso de el violador, es objeto de una repulsa generalizada por parte de la sociedad, al grado de que como nos hemos enterado por los medios masivos de comunicación, que la comunidad a la cual pertenece la víctima del delito de violación ha llegado al grado de hacerse justicia por su propia mano linchando al delincuente al grado de privarlo de la existencia.

Maurach, citado por Vela Treviño, dice que *"el transcurso del tiempo extingue la necesidad expiatoria, limitada siempre a un determinado ámbito temporal, de ahí que en estos casos deje de existir la pena retributiva en su función de relativa o psicológica realización del Derecho. Así mismo, las necesidades de prevención especial, existentes tras la reciente comisión del hecho, puede desaparecer o perder su sentido, pues quien es juzgado por un acto distante y olvidado, no sentirá la aplicación del nudum jus como intimidación, sino como exasperación. De ahí que la limitación temporal, de la perseguibilidad estatal esté en fundamental armonía con la convicción jurídica popular"*.¹⁰

De lo mencionado anteriormente, estimamos que no es así, toda vez que como es sabido, en la actualidad es frecuente que los crímenes más impresionantes y trascendentes no sean olvidados por la comunidad en que ocurrieron y menos aún por los familiares del pasivo, refiriéndonos al delito de violación en concreto, ya que este tipo de delito deja secuelas imborrables en la víctima y más aun cuando ésta es menor de edad o infante, lo que se contrapone con el criterio que sigue esta teoría en el sentido de que cuando el hecho

¹⁰ Idem pág. 43

supuestamente ha sido olvidado, el delincuente pasa también de la memoria social y en aquellos casos en los que el Estado descubre el velo y vuelve presentes los hechos de un pasado remoto, la sociedad se condele del autor del hecho delictivo, considerándolo 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, lo que estimamos infundado pues en la especie no se da esa situación y por ello es que proponemos la tesis relativa a la no operancia de la prescripción de la acción penal en el delito de violación, en espera de que dicha tesis sea extensiva y generalizada a todos los delitos considerados por nuestra legislación como graves, ya que podemos afirmar 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 al propio Estado la limitación para perseguir y sancionar los hechos delictivos, alejándose con ello de que la pena sea verdaderamente ejemplar.

Por otra parte, y en una teoría que se conoce como la *basada en la dificultad de la prueba* que tomó como fundamento el legislador para instituir la figura de la prescripción en nuestro Código Penal, se basa en el hecho de que el simple transcurso del tiempo **dificulta la adquisición de pruebas respecto a la realización del evento delictivo**. Aquí se delinea la idea que se maneja en cuanto a que la fundamentación de la prescripción se ubica en la dificultad de la conservación y obtención de las pruebas, en virtud de que el transcurso de largos períodos 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, situación que supuestamente muchas veces se hace imposible, y que por ello mediante la institución de la prescripción se reduce el peligro de las condenas injustas como ocurre en los casos en los que ha sido posible conservar a través del tiempo el material probatorio que perjudica a un sujeto, pero que en los casos en los que no ha podido conservarse en el mismo tiempo aquel material que lo favorece y con ello no puede probarse o la inocencia o la duda razonable en cuanto a la culpabilidad y responsabilidad del mismo individuo.

De lo mencionado en el párrafo anterior se desprende una inclinación netamente protectora hacia el presunto responsable del hecho delictivo, olvidándose por completo la suerte que corre la víctima del delito, aduciendo una supuesta falta de conservación del material probatorio, argumento que estimamos infundado, ya que refiriéndonos al delito de violación en concreto las probanzas obtenidas desde el momento de la acusación o desde que tiene conocimiento el Ministerio Público son principalmente de carácter clínico y criminalístico, pruebas que pueden ser conservadas durante muchos años.

Binding, citado por Vela Treviño, fue uno de los principales sostenedores de esta idea que consideramos alejada de la realidad actual, sosteniendo dicho autor un criterio muy ajustado al punto de vista del presunto responsable del hecho delictivo, considerando que *"por el transcurso del tiempo más que deteriorarse aquellas pruebas que eventualmente podían servir para fundamentar una condena, desaparecen o se perjudican las que acreditan la inocencia de los acusados".*¹¹

¹¹ Idem. pág. 45.

De la tesis doctrinaria, basada en la dificultad de la prueba, estimamos que además de desequilibrada, está impregnada de un profundo sentido de injusticia al pretender evadir un procedimiento por medio del cual el delito no quede impune y menos aún que el sujeto pasivo sea objeto de la reparación del daño, ya que creemos que el tiempo no borra de la memoria las circunstancias que rodearon a la comisión del delito y además de ello no consideramos cierto que el transcurso del tiempo hace difícil el problema de las probanzas, colaborando dicha teoría y en concreto la figura de la prescripción en que se llene de injusticia el camino de la víctima del delito de violación, quien para obtenerla conforme transcurre más el tiempo tiene menos posibilidades de lograrlo.

En las jurisprudencias citadas en el presente apartado, también se hace referencia a que por razón de la esencia misma del ordenamiento punitivo, la prescripción opera coactivamente, ya que se trata de un mandato que el Estado dirige a uno de sus órganos (el Ministerio Público), para que se abstenga de toda persecución del hecho posiblemente delictuoso, al igual que lo dirige al órgano jurisdiccional para que decrete la extinción de la pretensión punitiva del propio Estado, cuando ha transcurrido el tiempo necesario para la prescripción referida a la sanción. Aquí nos encontramos frente a la *teoría de la seguridad jurídica* derivada del imperio de la norma preexistente y que se funda en el sentido de que por razón de la seguridad que todos los hombres deben tener frente ante el poder del Estado, la prescripción, sea de la acción o de la sanción, está plenamente justificada en los sistemas legales. Se argumenta además que el sentido que el Derecho Penal tiene, más que su importancia sancionadora, es el deber de asegurar el respeto de los bienes jurídicos del presunto delincuente.

Al respecto, opinamos contrariamente que el instituto de la prescripción no es indispensable porque no se logra una plena justicia criminal, amén de que debe hacerse lo posible, al desaparecer su operancia, que el presunto criminal esté indefinidamente sujeto a la zozobra que implica el saber que en cualquier momento puede ser privado de su libertad, resultando los efectos que ese estado produce como ejemplares para que sea tomado en consideración por el resto de los delinquentes.

No puede ser dejada de lado la consideración de que el delincuente es parte, quíerese o no, de un conjunto social; y la sociedad actual es la que resulta perjudicada cuando sus miembros no ven al sistema represivo como algo que les proporcione seguridad y tranquilidad, sino como uno de los medios para promover la impunidad al sostener la figura de la prescripción en nuestro sistema penal.

En nuestra opinión, las relaciones entre el hombre y el Estado deben estar sometidas a una premisa inalterable como es la existencia del Estado de Derecho, o sea, una conformación de todas las relaciones humanas bajo el mandamiento imperativo de la ley, ya que al aplicarla indistintamente y con ejemplaridad se puede alcanzar el verdadero Estado de Derecho que ya es imprescindible en nuestra actual sociedad mexicana, ya que no es concebible ni soportable un Derecho Punitivo sin organización, sin ley, y sin justicia.

2.3. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica del instituto de la prescripción penal, por lo que se refiere a los efectos que produce, se encuentra delimitada como la extinción de las facultades inherentes que tiene el Estado para perseguir los delitos y asimismo para aplicar las sanciones correspondientes al sujeto activo del ilícito.

Lo que no se precisa aún, y que es causa de controversia, es la ubicación de esta semiobsoleta figura jurídica ya sea dentro del ámbito del Derecho Penal o bien, dentro del Derecho Procesal Penal, pues según lo manifiesta Vera Barros, citado por Vela Treviño: *"El estudio de la naturaleza jurídica de la prescripción penal presenta parecida diversidad de opiniones entre los autores, que las observadas en lo que respecta a los fundamentos del Instituto"*,¹² situación que procuraremos dilucidar y precisar conforme a nuestro criterio de acuerdo con nuestra legislación sustantiva y adjetiva vigente, por lo que al efecto veremos las teorías mas frecuentemente sostenidas al respecto, siendo éstas fundamentalmente tres, las cuales consideran respectivamente a la prescripción como parte del Derecho Penal; la que la ubica dentro del Derecho Procesal Penal; y una mixta o ecléctica que considera ambas posiciones.

¹² Idem. pág. 42

2.3.1. **TEORÍA DE LA PRESCRIPCIÓN COMO INSTITUTO DEL DERECHO PENAL.**

Los doctrinarios que sostienen esta teoría parten de la idea de que los Estados organizados tienen el derecho de reprimir ciertos actos que perjudican a sus sociedades, y que este derecho puede ejercitarse de dos formas como son persiguiendo la declaración del delito y del delincuente mediante el ejercicio de la acción penal y por otra parte ejecutando las sanciones impuestas al sujeto activo del delito cuando ya se encuentra de por medio una sentencia condenatoria, y toda vez que este derecho se limita mediante el simple transcurso del tiempo, es decir se afecta el *ius Puniendi* y es razón suficiente por la cual afirman, entre otros autores 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"*.¹³

En este orden de ideas, el Estado pierde por el transcurso del tiempo la potestad de perseguir el delito y en su caso ejecutar la sanción correspondiente, originándose con ello una afectación al *ius Puniendi* que impide al Derecho Penal alcanzar su espíritu, de donde se desprende que la prescripción, de acción o de sanción, implica una afectación a la pretensión ideológica del Derecho Punitivo, al verse impedido para perseguir delitos y ejecutar sanciones como consecuencia de la limitación a su *ius Puniendi*.

¹³ Op. cit. pág. 61.

Vela Treviño apunta: *"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 sanciones legalmente individualizadas para cada caso concreto".*¹⁴

Según manifestaciones de Vera Barros, a quien se le incluye entre los doctrinarios defensores de esta teoría, *"si la prescripción tiene por objeto impedir que se produzca el castigo, no puede obedecer a otra cosa que a la extinción del Derecho a castigar que tiene el Estado".*¹⁵

Estudios realizados por Ernest Beling, según Vela Treviño, al ocuparse específicamente del rubro de la admisibilidad de la persecución penal, entendiéndose esto último no sólo como la actividad del actor (persecución penal en strictu sensu) sino también como el desarrollo de la actividad estatal de protección penal, y al analizar las condiciones de perseguibilidad dice que *"deben eliminarse algunas circunstancias que pertenecen plenamente al Derecho Penal y menciona en concreto a la prescripción".*¹⁶

En síntesis, para los seguidores de esta corriente, si la prescripción implica una limitación a la facultad del Estado para perseguir los hechos delictuosos y ejecutar las sanciones legalmente impuestas, afecta en realidad al ius Puniendi, y como consecuencia, es un fenómeno propio del Derecho Penal.

¹⁴ Idem pág. 44

¹⁵ Idem pág. 62

¹⁶ Ibidem pág. 59

2.3.2. **TEORÍA DE LA PRESCRIPCIÓN COMO INSTITUCIÓN DE DERECHO PROCESAL PENAL.**

El antecedente de la teoría que ahora abordamos se encuentra en la Legislación Francesa que, a diferencia de las otras, incluye y trata las cuestiones relativas a la prescripción en su Código Procesal Penal, cuando lo normal es encontrar esta figura tratada en los Códigos Penales, como ocurre concretamente en México y sus Entidades Federativas, por lo que al efecto Quintano Repollés, citado por Vela Treviño manifiesta 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"*.¹⁷

El argumento esencial para esta posición doctrinal, 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.

Guillermo Sauer, citado por Vela Treviño, afirma categóricamente que *"la Institución de la prescripción no pertenece ya al Derecho Penal Material, puesto que se trata de impedimentos procesales (de persecución y de ejecución) que condicionan medianamente la solución de la querrela penal"*.¹⁸

¹⁷ Op. cit. pág. 83.

¹⁸ Idem. pág. 84

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 Penal. Tenemos a Welzel, citado por Vela Treviño, quien afirma que *"...según la Doctrina actualmente preponderante, la prescripción de la acción tiene un carácter meramente procesal, toda vez que es solo un obstáculo para el proceso"*¹⁹

En similar sentido se expresa Rehinhart Maurach, citado por Vela Treviño, y sostiene que *"...la ley distingue entre prescripción de la acción penal y prescripción de la ejecución de la pena. La primera impide la propia incoación del proceso penal; la segunda se dará en todos aquellos casos en los que la firme sentencia condenatoria no pueda ser ejecutada dentro de un determinado plazo (V. gr. la fuga del condenado). Ambas especies de prescripción se presentan como impedimentos procesales"*, agrega Maurach, combatiendo a quienes sostienen la naturaleza de la prescripción como correspondiente al Derecho Penal Material, que *"...al criterio aún hoy en ocasiones defendido, de que la prescripción como causa de exclusión de la pena, incluso del injusto, pertenece al Derecho Material, se opone la circunstancia de que un hecho no se convierte en punible por el comienzo de la concreta persecución, sino por su absoluta y general conminación penal. Al igual que un delito no puede ser despojado de su carácter injusto por un acto de gracia, no perderá una infracción por el simple transcurso del tiempo la cualidad de su sumisión a una pena. Es pues acertado el criterio puramente procesal mantenido por la opinión dominante"*.²⁰

¹⁹ Ibidem pág. 34

²⁰ Op. cit. pág. 84

Parece ser que el centro mismo del planteamiento acerca de la naturaleza jurídica de la prescripción se encuentra ubicado, conforme a esta teoría que ahora tratamos, en lo que puede entenderse como impedimento procesal, ya que de ello dependerá la solución doctrinaria aceptando o rechazando la postura que parece ser considerada como la tesis dominante, según los autores alemanes especialmente.

Los impedimentos procesales no son situaciones de hecho sino de estricto Derecho, y surgen como consecuencia de una limitación especial a un poder general; si el Estado tiene el deber-poder de perseguir y sancionar los delitos, eso constituye su facultad en género; si el propio Estado se limita su ejercicio soberano, como en los casos del requisito de querrela para iniciar la persecución, o de la prescripción misma, está creando un conflicto de normas sustanciales con repercusión en lo procesal.

La tesis procesalista esta especialmente referida a la prescripción de la acción, con pocos argumentos respecto a la prescripción de la sanción, con lo que se ve mermada la naturaleza procesal de la prescripción por que la sanción supone la conclusión del procedimiento y no se podría sostener que hay algo que impide realizar lo ya concluido.

2.3.3. TEORÍA MIXTA QUE CONSIDERA A LA PRESCRIPCIÓN COMO INSTITUTO DE DERECHO PENAL Y DE DERECHO PROCESAL PENAL.

Esta teoría toma como base la 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, resultando necesario hacer la distinción entre ambas señalando que por el transcurso del tiempo desaparece la pena ya sea porque el transcurso del tiempo excluye la posibilidad de la persecución penal (prescripción de la persecución penal), o bien, porque el transcurso del tiempo excluye la posibilidad de ejecutar la pena impuesta por sentencia firme (prescripción de la ejecución de la pena).

Establecida la distinción anterior, esta corriente sostiene 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. De igual manera consideran que si la institución de la prescripción pertenece al Derecho Sustantivo, en cuanto afecta a la acción penal en sí, no pertenece menos al Derecho Procesal, en cuanto que impide el ejercicio de la propia acción, agregando que la prescripción, como todas las causas de extinción de la acción y de la pena, es un instituto mixto, aunque predominantemente de fondo.

En esta teoría predomina la intención de separar las dos clases de prescripción dotándolas de una diferente naturaleza y de ahí su carácter mixto. Es indudable que la forma en que opera la prescripción es distinta, según cada caso, ya que mientras en la prescripción de la acción se impide o se paraliza el procedimiento tendiente a la calificación del hecho determinado y de su autor, en el otro caso, o sea, tratándose de la prescripción de la ejecución de la sanción impuesta, el procedimiento penal ha quedado previamente concluido con la sentencia ejecutoriada, y lo que se impide por el fenómeno de la prescripción es la ejecución de la consecuencia de la sentencia en la persona del delincuente.

2.4. TITULARES DE LA DECLARACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PERSECUTORIA

La acción penal es uno de los conceptos fundamentales en materia de procedimiento penal; deseando destacar dos cuestiones por su estrecha relación con el tema de la prescripción: la primera es que la acción penal es un monopolio que nuestra Carta Magna, en su artículo 21, ha puesto en manos del Ministerio Público; y la segunda es que sin acción penal ejercitada por su titular monopolístico, los tribunales penales encargados de administrar justicia penal en los casos concretos, no tienen posibilidad alguna de llevar a cabo su función jurisdiccional.

La fijación de éstas cuestiones nos permite abordar el tema de la titularidad de la declaración de prescripción de la acción penal, planteando la posible titularidad atendiendo a que la acción persecutoria aún no haya sido ejercitada o considerando que ya se realizó el acto que implica el ejercicio de la propia acción persecutoria.

Existe una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se refiere a las etapas por las que pasa la acción y la cual resulta clara respecto de lo que tratamos en el presente apartado y que a la letra dice así:

"ACCIÓN PENAL.- *Durante el proceso la acción pasa por tres etapas: de investigación, durante la cual se prepara su ejercicio; de persecución, en que ya hay ejercicio ante los tribunales; y de acusación en que la exigencia punitiva se concreta*.

Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XXXVI, página 9, A.D. 746/60. Luis Castro Malpica.

Como es manifiesto en la tesis antes transcrita, tenemos que hacer referencia a dos etapas: una durante la cual se prepara el posible ejercicio de la acción y otra en la que ya surtió su propio ejercicio.

En tal virtud, si reconocemos que el titular monopolístico de la acción penal lo es el Ministerio Público y que a él mismo corresponde por mandamiento constitucional la investigación de los hechos con apariencia de delitos y la

persecución de ellos para efectos de su calificación final por la autoridad judicial, es claro que todo lo que en exclusividad le es propio al Ministerio Público como entidad en esta etapa, sea motivo de titularidad de su parte para realizar las declaraciones que procedan, siempre que la ley no las haya dado expresamente a una autoridad diferente.

Por ende, se desprende que durante la llamada etapa de investigación, o de averiguación previa cuando aún no se ha ejercitado la acción penal, el Ministerio Público es el titular del derecho para declarar la prescripción de la acción persecutoria.

El Ministerio Público no es una institución encargada por la ley únicamente de ejercitar la acción penal ante los tribunales competentes ya que en ocasiones, a pesar de ser el monopolista de la acción persecutoria, el Ministerio Público no la ejercita, porque encuentra alguna limitación o impedimento legal, o porque razones de orden político hacen aconsejable que no se realice el acto formal del ejercicio de la acción penal.

Durante toda esa etapa en la que el Ministerio Público es la autoridad que investiga y persigue los hechos aparentemente delictuosos, no existe intervención alguna de autoridad diferente, y los medios para controlar la actividad del propio Ministerio Público no rebasan, sino por excepción, su esfera interna, toda vez que es poco lo que una autoridad judicial puede hacer ante la representación social si no se ha ejercitado la acción persecutoria, situando entre las razones por la cual la acción penal puede dejar de ejercitarse, la aparición de la figura de la prescripción.

En etapa de averiguación previa el Ministerio Público investiga y reúne los elementos para acreditar la existencia de un hecho presuntamente delictuoso e imputable a un sujeto determinado; al proceder a formular la consignación, analizando como debe de ser el momento consumativo, se puede encontrar con que ha corrido ya el término necesario para la operancia de la prescripción de la acción. Como consecuencia, no solamente se abstiene de la consignación, sino que resuelve en orden a la prescripción, porque es el titular de tal facultad en esa etapa indagatoria.

Estimamos conveniente citar un fundamento legal expreso para esta facultad de determinación, así encontramos que en materia federal el artículo 137 fracción III del Código adjetivo de la materia consigna que:

"El Ministerio Público no ejercerá la acción penal...III. Cuando esté extinguida legalmente:...", y entre las causas de extinción legalmente establecidas se encuentran entre otras, la prescripción. Comprobándose con ello la titularidad referida a la materia federal. Por lo que hace al orden común, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en su artículo 1º, fracción IV, indica que es facultad del Ministerio Público ejercer la acción penal cuando proceda y que, a contrario sensu, tiene la facultad de abstenerse de tal ejercicio de la acción penal cuando ello no proceda; encontrando entre las causas de improcedencia del ejercicio de la acción persecutoria a la prescripción.

Esta facultad propia en titularidad del Ministerio Público, no implica una invasión a la esfera de facultades del órgano jurisdiccional en cuanto se refiere a la calificación de los hechos como delictuosos. La prescripción de la acción persecutoria nada resuelve en orden a lo delictuoso o no delictuoso de los hechos; simplemente impide la calificación de ellos en orden al delito. Ello adquiere importancia para los casos que pueden presentarse en los que ante una declaratoria de prescripción de la acción persecutoria, se piense en la imposibilidad de obtener una calificación de los hechos en orden a su ilicitud. La existencia de un impedimento, que en el caso que nos ocupa es la prescripción, para lograr la declaración de existencia del delito y de delincuente, sólo tiene significación en la materia penal, separándose definitivamente los efectos civiles y penales de la antijuridicidad, no obstante de tener la misma fuente de origen.

Cuando el Ministerio Público declara la prescripción de la acción persecutoria lo único que hace es resolver dentro de la esfera privativa del Derecho penal, impidiendo con su declaratoria que ciertos hechos puedan ser calificados por los jueces en lo que se refiere a su especie delictuosa; pero esos mismos hechos, vistos a través de un sistema normativo distinto al penal, pueden ser calificados para obtener diferentes consecuencias de Derecho.

Una vez que el Ministerio Público ha actuado ante los jueces, ejercitando la acción penal y abriendo con ello la actividad jurisdiccional, abdica de su titularidad para resolver en orden a la prescripción de la acción persecutoria. Al convertirse en parte en el procedimiento penal deja ya de tener la facultad que antes le era propia y pasa en exclusividad a los jueces, cuya facultad

para resolver en lo referente a la prescripción de la acción persecutoria cubre la etapa que se inicia a partir del conocimiento que tiene el Juez de los hechos al recibir la consignación que hace el Ministerio Público y culmina cuando cesa la jurisdicción del propio órgano encargado de administrar justicia al dictarse la resolución definitiva.

La prescripción opera de oficio y los jueces pueden hacerla valer en cuanto tengan conocimiento de ella, significando esto que en el momento mismo en el que por cualquier medio de convicción el juez se percate de que ha corrido el término necesario para la prescripción en el caso particular que esté conociendo, debe decretar los efectos extintivos de ella, sin someterse a formalidad alguna ni a tramitación especial, ya que su obligación no está sujeta a promoción de parte interesada, no existiendo limitación alguna para que dentro de la etapa señalada el juez pueda resolver sobre la prescripción de la acción persecutoria, cabiendo la posibilidad de que la estudie en el momento procesal en que recibe la consignación, sea con detenido o sin él, al obsequiar o negar un pedimento de orden de aprehensión, o de comparecencia, al dictar una resolución de término constitucional o en cualquier etapa durante el período de instrucción y, finalmente, al dictar sentencia definitiva, refiriéndonos en este caso al juez natural o de primera instancia; pero también el Tribunal de Alzada puede resolver al conocer y tramitar cualquier recurso del que le haya sobrevenido la jurisdicción necesaria y de igual manera pudiendo ser titulares de dicha facultad las autoridades judiciales federales que conozcan de amparos directos o indirectos.

La posible declaración de prescripción de la acción persecutoria no tiene más que la limitación que le da la vida misma de la acción, es decir, que no se haya dictado una sentencia firme sobre el caso particular que no permita ya ninguna modificación posterior por una autoridad judicial competente. Una vez que haya una sentencia ejecutoriada, nadie puede alterar la resolución judicial y la pretensión punitiva queda agotada. Mientras exista la posibilidad de un recurso, o en su caso un juicio de amparo, no hay tal sentencia ejecutoriada y por ende, un juez puede declarar la operancia de la prescripción en el caso concreto.

Cabe destacar que el artículo 443, fracción II del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal sostiene que son sentencias irrevocables y por tanto causan ejecutoria las que se dicten en segunda instancia, lo que en la especie no acontece, toda vez que las sentencias de segunda instancia permiten el planteamiento del juicio de amparo conforme a los artículos 103 y 107 de la Constitución, lo que significa que una resolución de segunda instancia y las cuestiones que en ella se hayan tratado y resuelto pueden ser modificadas en el juicio de garantías, ratificando con ello la facultad de los jueces para resolver en orden a la prescripción de la acción persecutoria.

2.5. PRESUPUESTO PARA EL INICIO DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PERSECUTORIA.

El inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria surge contemporáneamente con el nacimiento del derecho del Estado a la persecución. El tiempo necesario para que la prescripción de la acción persecutoria produzca

sus efectos lo determina la penalidad probable según el delito de que se trate. Al efecto, el artículo 118 del Código Penal vigente para el Distrito Federal dice que:

"Para la prescripción de las acciones penales se tendrá como base el término medio aritmético de las sanciones, según el delito de que se trate".

Nuestra legislación penal establece para cada delito una sanción que, cuando es privativa de libertad, es consignada entre un mínimo y un máximo de duración, quedando al arbitrio del juzgador la individualización correspondiente en caso de condena; pero siempre sin posibilidad de hacerlo fuera de los límites previamente señalados. Para los efectos de la prescripción de la acción persecutoria y atendiendo a lo dispuesto por el artículo 118 antes transcrito, la mecánica de precisión del tiempo necesario se realiza sumando el mínimo y el máximo de la pena probable y dividiendo entre dos el resultado de la suma. Lo que arroje tal división será lo que en tiempo se requiere para que prescriba la acción persecutoria.

Por ejemplo, el artículo 265 del Código Penal vigente que tipifica el delito de violación contiene una punibilidad que va de ocho años mínimo a catorce años máximo de prisión, lo que significa que sumando ambos factores arroja un total de veintidós años, mismos que dividimos entre dos para obtener la media aritmética que nos da un resultado de once años.

De lo anterior se colige que el tiempo necesario para que opere la prescripción de la acción persecutoria, tratándose del delito de violación, es de once años, contados a partir del día en que haya sucedido el hecho típico, o lo que es igual, a partir del nacimiento del derecho del Estado para perseguir un hecho determinado.

La anterior es la que puede considerarse como la regla general en materia de prescripción de la acción persecutoria y ella pone de relieve la importancia que tiene la correcta ubicación del hecho en cuanto a su clasificación en orden a la conducta, al resultado y al tipo, ya que de una adecuada valoración jurídica del hecho se habrá de obtener invariablemente el conocimiento del delito de que se trate para que, asociado a la pena señalada y siguiendo la mecánica antes señalada, se esté en aptitud de saber el lapso que la ley requiere para que surta sus efectos el fenómeno de la prescripción.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio expuesto con anterioridad como podrá observarse en las siguientes jurisprudencias que al efecto transcribimos:

"PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.- *La prescripción de la acción penal en delitos con sanción privativa de libertad opera en términos generales, en función de la penalidad fijada a la entidad delito por el legislador (individualización legal) y no atendiendo a la sanción señalada al delincuente (individualización judicial)".*

Directo 3836/1958. Antonio Munguía Nuño. Resuelto el 9 de octubre de 1958 por unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Mercado Alarcón. Srio. Lic. Rubén Montes de Oca. 4a. Sala. Boletín 1958, página 654

"PRESCRIPCIÓN.- *El derecho que implica la prescripción de la acción penal es de que ésta no se ejercita o no surte efectos en razón del tiempo transcurrido desde la comisión del delito; por tanto, la penalidad a que debe atenderse para decidir si ha prescrito o no una acción penal, es la que fija la ley pena como correspondiente en abstracto, en modo alguno a la penalidad concreta que se llegue a imponer".*

Sexta Época. Segunda Parte. Volumen LVIII, página 55, D. 4562/64. Gabriel Tarula Barrera. 5 votos.

La regla que proviene del término medio aritmético es útil para determinar, en general, el lapso necesario para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria; sin embargo, existen varias excepciones que a continuación detallaremos:

1a). Cuando la semisuma de la sanción probable establecida para el delito de que se trate arroje un resultado inferior a tres años no se aplica la regla general, sino la especial contenida en el Artículo 105 del Código Penal, que dice:

"La acción prescribirá en un plazo igual al tiempo de la sanción corporal que corresponda al delito, pero en ningún caso podrá bajar de tres años".

Como es visible, la ley está señalando en forma expresa que nunca el plazo total de la prescripción podrá ser inferior a tres años, con lo cual crea una excepción a la regla consignada, toda vez que cuando la semisuma de la pena probable de un resultado inferior a tres años, éste último término debe ser el determinante para señalar el curso total de la prescripción.

Aparentemente hay una contradicción entre los artículos 105 y 118 ya transcritos, ya que mientras el primero se refiere a un plazo igual al tiempo de la acción corporal que corresponda al delito, el segundo consigna que la base para el cómputo la da el término medio aritmético de las sanciones según el delito de que se trate. Esta situación de confusión la ha resuelto nuestro máximo Tribunal con las jurisprudencias antes transcritas y complementadas con las siguientes:

"PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.- *En cuánto al término de la prescripción de la acción persecutoria, la ley alude al término medio aritmético de la pena, que se ha interpretado como no deducible de la individualización judicial sino de la individualización legal correspondiente a las entidades delictivas consumadas, pero sin modalidades".*

Sexta Época, Segunda Parte, Volumen XXV, página 88, D.552/59. Clemente Holguín Carmona. Mayoría de 3 votos. Volumen XLV, página 59. D. 8793/60. Santos Rodríguez Marvel. Unanimidad 4 votos.

"PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.- *Para que opere la prescripción de la acción penal, es preciso que transcurran como mínimo tres años y como máximo el término medio aritmético de las penas corporales aplicables, contándose a partir del momento en que el delito se consumó, sin que produzca efecto favorable la declaración a posteriori del daño reduciendo el monto del daño patrimonial por haber recibido un abono, al constatarse que el tipo delictivo estaba agotado en sus elementos conformadores desde antes de la denuncia".*

Amparo Directo 1679/53. Promovido por Lorenzo Anaya Apodaca. Unanimidad de 4 votos, ausente el señor Ministro Olea y Leyva. Fallado el 24 de agosto de 1955. Ministro Ponente: Lic. Agustín Mercado Alarcón. Srío. Lic. Rubén Montes de Oca. 1a. Sala. Informe 1955, página 64.

Son muchos los delitos que tienen señalada una pena que en su media aritmética da un resultado inferior a los tres años y todos ellos quedan sometidos al régimen de prescripción de la acción para perseguirlos en esta excepción a la regla general. El inicio del curso de la prescripción en estos casos lo determina el nacimiento del derecho a la persecución por parte del Estado, o sea, a la satisfacción de la relación conducta-tipicidad y concluye en el término de tres años.

2a). La siguiente excepción aparece cuando no hay posibilidad de aplicar los artículos 105 y 118 porque para el delito de que se trate no existe, en abstracto, una sanción corporal o restrictiva de la libertad personal.

Como lo hemos señalado, en general, el lapso necesario para que produzca sus efectos la prescripción de la acción persecutoria lo determina el término medio aritmético de la sanción o pena privativa de la libertad (artículo 118), pero nunca podrá ese término ser inferior a tres años (artículo 105). Existe definitivamente un condicionamiento entre el término medio aritmético de la pena y el curso total de la prescripción. El Código Penal contiene delitos cuyas penas no son privativas de la libertad o lo que es igual, que implican, en principio, la imposibilidad de determinar el curso de la prescripción en función del tiempo de la pena probable, resolviendo estos casos nuestra ley a través del artículo 104 de la ley en comentario y que a la letra reza:

"La acción penal prescribe en un año, si el delito solo mereciere multa. Si el delito mereciere, además de esta sanción, la corporal o fuere alternativa, se atenderá en todo caso, a la prescripción de la pena corporal, y lo mismo se observará cuando corresponda alguna otra sanción accesoria".

Interpretando el precepto transcrito, se desprenden dos diferentes hipótesis, la segunda de ellas con variantes. En primer término, aparecen los casos de prescripción de la acción persecutoria tratándose de delitos que tienen la multa como única sanción. En esta hipótesis, el curso total de la prescripción es de un año que empieza a contarse a partir de que el hecho de que se trate sea perseguible por la satisfacción de la relación conducta-tipicidad; en todo caso de esta clase de delitos hay una excepción a la mencionada regla general puesto que se carece de la base aportada en función del tiempo de la pena probable, sino simplemente la prescripción produce sus efectos al año de que sea perseguible el hecho.

En la segunda hipótesis que aborda el artículo 104 citado, tenemos los casos en que el delito de que se trate tenga señalada, además de la sanción de multa, una corporal; por lo que estimamos que habiendo una pena corporal tales casos se regirán por la regla general relativa a la media aritmética de la sanción prevista tal y como lo ordena el artículo 118 in fine; resultando por otra parte que sí ese término medio aritmético aparece, el principio que se aplica es el contenido en el artículo 105, es decir, el de tres años.

Lo anterior se refiere a una de las variantes de la segunda hipótesis que contiene el artículo 104 de referencia, resultando que puede presentarse además de ella otra variante con la situación de las llamadas penas alternativas, que son aquellas en que la ley utiliza la disyuntiva "o" al establecer la pena probable y deja al arbitrio del juzgador la individualización de una u otra de las penas señaladas.

En estos casos, si en la alternatividad propuesta por la ley se consigna una pena corporal, el lapso necesario para el curso total de la prescripción debe ser determinado en función de la pena corporal, debiéndose tomar en cuenta que todos los casos en que exista alternatividad en la punición abstracta señalada por la ley son de delitos que no pueden ser considerados graves y que tienen, por lo mismo, una pena corporal o de prisión de duración reducida, por lo que no resulta aplicable el término medio aritmético que menciona el artículo 118 y, en consecuencia, quedan sometidas a la prescripción de tres años de curso total.

Finalmente, en cuanto a variantes contenidas en la segunda hipótesis del artículo 104, tenemos la que corresponde al enunciado con que concluye el precepto cuando dice "*...y lo mismo se observará cuando corresponda alguna otra sanción accesoria*". Lo anterior aparece un tanto confuso, toda vez que en nuestro derecho positivo no se aclara cuáles son las sanciones que pudieren ser designadas con el calificativo de accesorias, pudiendo ser éstas las enunciadas en el artículo 21 del código sustantivo de la materia, excluyéndose las sanciones de multa y de prisión ya que éstas dos se consignan en el numeral 104, significando con ello que los hechos que no tengan como única sanción la de multa, sino que incluyan la pena corporal (aún alternativamente), u otra diferente (accesoria), prescriben en cuanto a la acción para perseguirlos en la media aritmética correspondiente, o en tres años según sea el caso concreto que se presente.

Una vez que el hecho ha ocurrido y que este es ya perseguible, la prescripción de la correspondiente acción persecutoria sólo continuará su curso cuando se presenten una u otra de las siguientes condiciones: que el Estado, pudiendo y debiendo ejercitar la acción penal no lo haga dentro de los límites temporales del caso particular, o bien, que habiendo realizado el acto procesal de ejercicio de la acción penal, no logre el propio Estado que el o los sujetos queden sometidos a la jurisdicción de los tribunales. Cuando ocurre lo anterior, aparecen satisfechas las condiciones necesarias, posteriores al hecho, para que la prescripción de la acción persecutoria siga su curso; a contrario sensu, si el Estado lleva ante los Tribunales su pretensión punitiva buscando que un hecho y sus autores sean finalmente calificados como delinquentes y ello lo hace pidiendo

y logrando el sometimiento del o los sujetos a la jurisdicción, el curso de la prescripción que ya se habla iniciado se ve coartado (no interrumpido) sin posibilidad de una nueva computación del tiempo, salvo cuando el sujeto se sustrae a la jurisdicción.

El sistema procesal penal mexicano está regido por la idea fundada a nivel constitucional del monopolio de la acción persecutoria en favor del Estado, siendo dos los preceptos que permiten sostener tal afirmación, el 17 y el 21 de nuestra Carta Magna.

Dice el artículo 17:

"Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los Tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia prohibidas las costas judiciales".

De este numeral se obtiene la prohibición dirigida a los particulares de hacerse justicia por sí mismos y la obligación, como consecuencia, de acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos; en materia penal, sin embargo, el hecho de acudir ante los Tribunales no es algo que el particular ofendido o agraviado pueda hacer directamente, sino que la propia ley establece que tal acto tiene que ser realizado por el Ministerio Público, ordenándolo así el artículo 21 constitucional que dice:

"La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando de aquél".

La Suprema Corte de la Nación, en jurisprudencia, ha sostenido lo siguiente:

"ACCIÓN PENAL.- Su ejercicio corresponde exclusivamente al Ministerio Público, de manera que, cuando él no ejerce esta acción, no hay base para el procedimiento; y la sentencia que se dicte sin que tal acción se haya ejercido por el Ministerio Público, importa una violación de las garantías consagradas en el artículo 21 constitucional".

Quinta Época.

Tomo VII, página 262, Revuelta Rafael.

Tomo VII, página 1503, Tellez Ricardo.

Tomo IX, página 187, Hernández Trinidad.

Tomo IX, página 567, Ceja José A.

Tomo IX, página 659, Carrillo Daniel y Coag.

En las condiciones expuestas podemos afirmar que en materia penal, mientras el Ministerio Público no haga uso de esa facultad exclusiva de acudir ante los Tribunales en ejercicio de la acción persecutoria, los propios Tribunales están impedidos para resolver acerca de si un hecho determinado y quién o quiénes en él hayan intervenido son, respectivamente, delito y delincuente. Al mismo tiempo puede también afirmarse que si el Ministerio Público no utiliza su facultad, el inicio del curso de la prescripción que habla

partido desde el nacimiento del derecho para ejercitar la persecución correspondiente, continúa corriendo hasta su total agotamiento, que implica la actualización de los efectos extintivos que trae consigo la prescripción de la acción persecutoria.

Durante ciertas etapas procedimentales la acción persecutoria no sale de la esfera del Ministerio Público, quien como titular monopolístico de ella, tiene necesidad de realizar una serie de actos para poder llegar ante los Tribunales en el ejercicio de la facultad que el artículo 21 constitucional le confiere. En este sentido la Corte sostiene el siguiente criterio:

"ACCIÓN PENAL.-Durante el proceso la acción pasa por tres etapas: de "investigación, durante la cual se prepara en ejercicio; de persecución, en que ya "hay ejercicio ante los Tribunales; y de acusación, en que la exigencia punitiva se "concreta".

Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. 2a. Parte, Volumen XXXIV, página 9, A.D. 746/60. Luis Castro Malpica.

De acuerdo con lo anterior, existe un lapso en el que la acción penal, sin haber salido de la esfera de atribuciones del Ministerio Público, se encuentra en etapa de preparación para satisfacer los requisitos que señala el artículo 16 constitucional, preparando aquí el Ministerio Público el posible ejercicio de la acción persecutoria a partir del momento en que tiene conocimiento de la

existencia de un hecho que amerita su interés como titular de la acción penal y continua con esa función de preparación hasta que decide hacer uso de su derecho a perseguir los delitos, para lo cual acude ante el órgano jurisdiccional deduciendo su pretensión y ejercitando su derecho. Si como se ha mencionado, el inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria es contemporáneo con el nacimiento del derecho estatal a la persecución, es manifiesto que entre el hecho que ocurre y la acción que se ejercita, corre un lapso que en algunos casos puede ser el suficiente para que opere el efecto extintivo de la prescripción de la acción persecutoria, atendiendo a que el fenómeno del curso del tiempo depende de la naturaleza propia del hecho y no del conocimiento que de él tenga el Ministerio Público, ello de conformidad con el artículo 104 del Código Penal, haciendo notar con esto que independientemente de que el Ministerio Público se entere del hecho, la prescripción ya ha empezado a cubrir el lapso para su operancia extintiva, toda vez que el derecho del Estado a la persecución existe, sepa o no el Ministerio Público de la realización del hecho.

Rivera Silva opina que "el Estado como representante de la sociedad organizada vela por la armonía social y lógico resulta conceder al Estado autoridad para reprimir todo lo que intente (sic) o conculque la buena vida gregaria y que al amparo de esta autoridad es indiscutible que en cuanto se comete el hecho delictivo surge el derecho-obligación del Estado para perseguirlo; mas para que el propio Estado pueda actuar, resulta obvio que debe

*tener conocimiento del hecho e, investigando éste, llegar a la conclusión de que es delictuoso, para de esta manera ejercitar su derecho ante la autoridad judicial, reclamando la aplicación de la ley."*²¹

En el caso antes planteado la situación de ignorancia del Ministerio Público o del Estado, tienen como causa la intención de ocultamiento de parte del o los autores del hecho típico y nada hay que pueda imputarse al órgano persecutor a título legal o como incumplimiento de una obligación.

²¹ *El Procedimiento Penal*, Ta. ed., Editorial Porrúa S.A., Mexico, 1975, pág. 141.

CAPÍTULO 3

3. ESTUDIO ETIOLÓGICO Y CRIMINOLÓGICO DE LA DELINCUENCIA.

3.1 ETIOLOGÍA.

La palabra etiología proviene del griego *action*, causa, y *logos*, tratado, es decir, el estudio de las causas. La palabra delincuencia deriva del latín *delinquentia*, que se refiere al conjunto de delitos. El delito debe entenderse como un acto de conducta específico que daña a alguien y viola las normas mínimas de convivencia humana y que están garantizadas por los preceptos contenidos en las leyes penales al describir éstas los tipos de conducta que la ley reprueba y castiga. A su vez, la palabra causa es usada para significar lo que se considera como fundamento u origen de algo.

Luego, *"la etiología de la delincuencia es el estudio de la totalidad de causas o factores que originan el conjunto de delitos como hecho delictivo"*.²²

²² Sells Quiroga, Héctor.- *Sociología Criminal*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa S.A., 1977, pag. 69.

Así, causa es el objeto, concepto o hecho que actúa como condición necesaria de un fenómeno posterior y sin el cual no aparecería nunca éste, lo que demuestra una relación necesaria entre uno y otro.

Solls Quiroga entiende por causa de la conducta y por ende de la delincuencia, *"la acción que un factor determinado ejerce junto con otros más de diversas clases, sobre los individuos que al realizar su conducta obedecen en parte a la acción de ellos y en parte a su propia iniciativa y voluntad, en intención equilibrada o no"*.²³

Existe una división de las causas: endógenas y exógenas, subdividiéndose las primeras en somáticas, psíquicas y combinadas; y las segundas se subdividen en físicas, familiares, y sociales.

Todos los factores o causas actúan forzosamente a través de la personalidad del sujeto, ya como acción sobre el conglomerado o dirigido específicamente al individuo, puesto que la personalidad es una unidad somato-psico-social.

Solls Quiroga sostiene que *"cuando una causa hace su aparición influyendo sobre un sujeto, facilita la sucesión de otras causas más que finalmente desembocan en el delito, y asimismo la combinación de causas de la criminalidad que actúan en constelación es variable en tiempo, espacio y modo y ello hace cambiar también su acción y los resultados"*.²⁴

²³ Idem. pág. 75

²⁴ Ibidem pag. 83

La criminología contiene un capítulo de suma dificultad y controversia mismo que le dio el origen científico, y es el relativo a la causalidad del delito, entendido como un hecho natural, es decir, ya no solo como desviación o alteración ética del comportamiento humano, apareciendo el interés por conocer las verdaderas raíces de la delincuencia como principio de la política de la defensa social, de la legislación penal y de la administración de justicia. Este interés considera en una primera etapa el estudio de la criminalidad teniendo como soporte del ilícito el libre albedrío del sujeto activo como un acto deliberado y reprochable, pensado y querido que amerita una reacción escarmentadora y retributiva.

En otra etapa, que inició en la segunda mitad del siglo XIX, el estudio de la criminalidad pasó a participar de la condición de otros hechos humanos que los son de la sociedad y de la naturaleza, considerando los positivistas la determinación de la conducta en base al fatalismo del comportamiento, elevando con ello la figura del delincuente.

Sergio García Ramírez manifiesta que *"la pena, ahora, no podría resumirse en la punición adecuada a la gravedad y torpeza de la conducta querida, debía trascender los hechos, que eran síntomas del peligro, y avanzar sobre la raíz del comportamiento"*.²⁵

²⁵ *Justicia Penal*, 1a. ed., Editorial Porrúa S.A., México, pág. 188.

Los estudios sobre etiología criminal han caminado sobre diversas etapas, iniciándose al amparo de la antropología como aspecto dominante, ello bajo las ideas de Lombroso, quien creyó haber aislado al delincuente nato como un loco moral, atávico y epiléptico, identificable morfológica y psicológicamente, avanzando dichos estudios hasta llegar a una nueva expresión de la corriente antropológica Lombrosiana, pero ahora sobre los estudios genéticos, argumentando los investigadores de esta materia que el fenómeno cromosómico X y Y se ha asociado con la estatura, la personalidad antisocial, la menor inteligencia y ciertas tendencias hacia los trastornos psicopáticos, desarrollándose también en nuestro país estudios sobre esta corriente entre los adultos delincuentes deficientes mentales y los menores infractores, resultando insuficientes los resultados arrojados al respecto, requiriéndose de mayor abundamiento.

La endocrinología formó parte de otra época de la controversia etiológica, argumentándose que las hormonas regulan los actos de la vida normales y anormales, así, el trastorno endocrino puede alterar íntegramente al individuo y conducirlo a realizar conductas antisociales.

Si la característica del Derecho Penal contemporáneo reside en la individualización del criminal, tanto para la medición como para la ejecución de las consecuencias jurídico-sociales del delito, no puede la autoridad judicial, ni el legislador, ni el ejecutivo, dejar de explorar la etiología de la criminalidad para estar en aptitud de poner remedio en estos tiempos que vivimos y con ello actualizar el poder y la obligación que tiene el Estado para con la sociedad que clama una eficiente tutela en sus bienes jurídicos que son transgredidos por una criminalidad incesante e irrefrenable.

García Ramírez señala que *"es común y desacertado decir que el procedimiento penal se funda y concreta, legalmente, en la investigación de los hechos y de la participación en ellos del individuo, toda vez que se instala también el conocimiento de la personalidad del delincuente en una sumaria identificación antropométrica y biográfica, obligada por una indagación etiológica y que afecta a la intensidad de la medida"*.²⁶

De lo anterior inferimos que existe un nulo interés en indagar en la etiología, pero ahora sobre el fenómeno de la victimología, ya que no es considerada su importancia y concretamente sobre la víctima del delito de violación.

3.2. ASPECTO SOCIOLÓGICO-CRIMINAL.

Solls Quiroga señala que *"la Sociología Criminal es la rama de la Sociología general que estudia el acontecer criminal como fenómeno colectivo, de conjunto, tanto en sus causas como en sus formas, desarrollo, efectos y relaciones con otros hechos sociales"*.²⁷

Entre los hechos que en las colectividades humanas dañan, disocian o violan leyes o normas, hay una clase especial denominada delincuencia o criminalidad, que habitualmente es concebida como la que tiene más graves

²⁶ Op. cit. pág. 83

²⁷ Op. cit. pág. 8.

consecuencias. En virtud de ello estos hechos son tipificados penalmente y perseguidos por el Estado, y por ende, deben ser tomados en cuenta por la Sociología Criminal.

En materia tan delicada como es calificar penalmente la conducta de una persona, hay normas de orden público que toman cuerpo en las leyes punitivas y procesales y que se realizan a través de los órganos y de los funcionarios que se suponen más ilustrados del poder público, o sea, en conjunto, el Poder Judicial.

La Sociología Criminal se ocupa de los hechos y de su clasificación de los criminales conjuntamente, es decir, se ocupa de los hechos y del concepto de delictuosos que les ha sido aplicado concretamente por las leyes penales al tipificarlos y por la comprobación que hicieron las autoridades respectivas de los órganos capacitados para ello. El delito es entonces, un concepto que se aplica para calificar hechos concretos de una sociedad.

Solis Quiroga apunta, citando a Robert G. Caldwell, que *"el delito puede tener dos elementos: el acto u omisión criminales y el elemento mental, identificándose con ello dos factores conocidos en el ámbito penal como son el acto típico y la culpabilidad"*.²⁶

²⁶ *Idem*, pág. 39.

Para la Sociología Criminal es muy importante el acto típico, porque representa el daño causado tanto a la víctima como a la sociedad en un momento determinado; y la culpabilidad, que generalmente existe en cualquiera de sus formas, corresponde al factor capacidad penal, imputabilidad, a la existencia de la intención criminal, a la comprobación respectiva que da lugar a la reprobación en la sentencia condenatoria y a la respectiva punición.

En el Índice criminal actual se aprecian hechos que son perseguidos por la autoridad y otros que no corren la misma suerte; entre estos últimos hay desde amenazas hasta el homicidio, pasando por el robo, la violación, fraude, etc., sin que se lleve un proceso formal. Entre las razones por las cuales no se desarrolla la actividad persecutoria podemos mencionar las siguientes:

I.- En los hechos menores los ofendidos saben que para denunciar o acusar deben perder muchas horas ante las autoridades competentes, además de las molestias causadas a testigos y otras personas.

II.- En México existe la costumbre de ciertos funcionarios y empleados de exigir o recibir gratificaciones, sea por hacer o no justicia, agregándose ello al menoscabo ocasionado por el delito directamente.

III.- Por ambiente de desconfianza contra las autoridades persecutorias, toda vez que obedecen a influencias políticas, a los estímulos de dinero o a la amistad.

IV.- Existen, ante los hechos delictivos colectivos, ocasiones en que el Estado prefiere no ejercer la persecución penal, sino enfrentarse a los problemas sociales que ello trae como consecuencia, resolviéndolos poniendo en práctica diversas medidas políticas para calmar los encendidos ánimos de la sociedad, terminando de esa manera dichos conflictos, creando con ello un sentimiento de inseguridad general aunado a una falta de credibilidad y como consecuencia la necesidad de hacerse justicia por su propia mano, lo que a su vez aumenta el número de delitos.

V.- Excepcionalmente son perseguidos hombres poderosos o adinerados y cuando ello se da es por presión de la prensa y la opinión pública, o a que el ofendido cuenta con poder económico y apoyo suficiente para sostener la causa.

VI.- Por autolimitación del Estado, esto es, cuando se presenta el fenómeno de la prescripción penal que es el caso que nos ocupa, quedando liberado el delincuente de toda sanción y por ende quedando impune el delito ocasionado al sujeto pasivo.

En el mismo orden de ideas, cuando se llega a aplicar una pena al delincuente, más que tener un valor positivo resulta lo contrario, toda vez que daña al criminal al perfeccionarlo en el delito mediante su trato diario con otros delincuentes, además de perjudicar al Estado porque éste lo sostiene a su costa y al purgar su condena la sociedad recibe un mal producto tendiente a reincidir, porque en el encierro ha acumulado emociones negativas y ha provocado la

adquisición de técnicas delictuosas que van a recaer en nuevas víctimas cuando el presidiario obtenga su libertad y esta sea mal controlada por las autoridades sin el debido seguimiento al tratamiento de que fue objeto durante su internación, amen de que como es de todos conocido, existe una nula rehabilitación.

Estimamos que no se toma en cuenta verdaderamente la opinión de los juristas independientes respecto de las causas que influyen en el aumento de la criminalidad para que esta sea combatida con eficacia, y el Estado al no hacerlo, incurre en una actuación inadecuada al no aplicar medidas más profundas en materia de política criminal, provocando con ello la perversión del delincuente al actuar el Derecho Penal aisladamente y un desconocimiento total del Poder Legislativo para actuar en consecuencia, amen de que se han descuidado los sistemas preventivos y de tratamiento a la delincuencia en reclusión, y olvidándose por otra parte la materia de la victimología, trayendo todo lo anterior como resultado negativo que es del dominio público un incremento desmedido en el Índice delictivo que ha invadido todas las esferas sociales, escolares y familiares.

Creemos que el deseo de disminuir la criminalidad ha fracasado rotundamente por no tomarse en cuenta en su totalidad dicho fenómeno y por una falta de profundidad en su estudio el cual debe abordarse desde el punto de vista criminológico y un adecuado estudio etiológico criminal, toda vez que en la conducta delictiva, como manifestación psicosocial, influye una complicada gama causal, pudiéndose estudiar con la técnica estadística para poder cuantificar los fenómenos delictivos desde diferentes ángulos como son el sociológico,

psicológico, biológico, geográfico, económico, etc., implicando con ello un esfuerzo científico en el cual el legislador debe tomar en consideración la colaboración de personas con las diversas formaciones profesionales en las materias citadas.

Siendo el delito un acto de conducta, independientemente del juicio sobre si es delictuoso y de su posterior calificación legal, está sujeto a la acción de causas que la influyen y obedece a ciertos estímulos o interacciones que son percibidos e interpretados por el sujeto, dando lugar a las más diversas reacciones, pues si bien es cierto que no puede predecirse con certeza si un individuo delinquirá , también lo es que existen ciertas condiciones que pueden conducirlo con mayor probabilidad hacia el camino de la delincuencia, pues todo va introyectándose en el individuo a través de sus experiencias intrafamiliares primero y extrafamiliares después, pudiendo traer como consecuencia su frustración y como consecuencia de ello su inseguridad, ansiedad y agresividad.

Estimamos que en virtud de que el fenómeno de la delincuencia en la actualidad ya no es simplemente de robo, homicidio o violación entre otros delitos, sino que ha adquirido magnitudes de crimen organizado, las leyes penales deben ser objeto de nuevas revisiones para que en verdad las penas sean ejemplares, así como reforzar las labores de prevención social contra la criminalidad, y no olvidar la materia de la victimología, pues esta tiene un rezago muy notorio ante otras materias del Derecho Penal.

Con todo lo expuesto con anterioridad podemos afirmar de acuerdo a nuestro criterio, que actualmente el legislador no profundiza en los fenómenos sociológicos, creyendo que con el solo hecho de expedir al vapor leyes penales o reformarlas, se impedirá el incremento delictivo, ya que dichas leyes por no estar respaldadas con los hechos reales caen en desuso y son totalmente inoperantes, y si la ley no es base segura de una buena administración de justicia, seguirán aumentando las tasas de criminalidad porque la sociedad se hará justicia por su propia mano como ya es de todos conocido que ha sucedido en nuestro país.

3.3. ASPECTO PSICOLÓGICO-CRIMINAL.

Los estudios de la Psicología profunda que dieron a la luz el mundo del inconsciente, imperativo y eficaz, dieron un nuevo curso visible sobre la determinación de la conducta.

Sergio García Ramírez hace hincapié en que *"el aparato psíquico quedo dividido en el Yo, Superyo y Ello, y la conciencia, a la que antes se le asignara un predominio sobre la actuación del individuo, cedió el papel de protagonista de la conducta al Ello y al Superyo en su propia confrontación de capacidades y urgencias"*.²⁹

²⁹ Op. cit. pág. 191.

La Psicología profunda aportó los elementos para la construcción de la teoría del Superyo criminal y auspició el examen científico de las subculturas criminales que ahora ocupan un lugar importante en la explicación del delito.

La Psicología Criminal trata de averiguar, de conocer que es lo que induce a un sujeto a delinquir y que significado tiene esa conducta para él y por que la idea de recibir un castigo no lo atemoriza y no le hace renunciar a desplegar sus conductas criminales. La tarea psicológica consiste en aclarar su significado en una perspectiva histórico-genética, llevándose al efecto un análisis completo del delincuente requiriendo para ello un trabajo interdisciplinario que permita exponer el habitat de los individuos, de su familia y sus diferentes procesos culturales.³⁰

Una conducta agresiva es la expresión de la psicopatología particular del delincuente, de su alteración psicológica, transgrediendo dicha conducta las normas sociales. A nivel psicológico toda conducta se halla determinada por múltiples causas complejas, siendo de las causas más importantes la que se basa en que la conducta delictiva está motivada especialmente por las innumerables frustraciones a sus necesidades internas y externas que debió soportar el individuo, es decir, el delincuente proyecta a través del delito sus conflictos psicológicos.

La conducta delictiva es por ende, una defensa psicológica que utiliza el sujeto como medio para no caer en la disgregación de su personalidad.

³⁰ Cfr. Marchiori, Hilda.- *Psicología Criminal*, 1a. ed., México, Editorial Porrúa S.A., 1975, pág. 1.

De lo anterior, deducimos que el delincuente es un individuo enfermo, pero debemos tomar en cuenta como considera la sociedad al individuo que delinque para darnos cuenta si estamos alejados de este enfoque, toda vez que la sociedad actúa de una manera condescendiente con respecto a la conducta delictiva y esta actitud no solo es inherente al órgano jurisdiccional sino también a todos los aspectos referentes a la pena en sus fases legislativa, judicial y administrativa.

El hombre no viola porque nació violador, sino que al igual que el enfermo mental realiza su conducta como una proyección de su enfermedad, mientras que el hombre normal consigue reprimir las tendencias criminales de sus impulsos y dirigirlos en un sentido social, el criminal fracasa en esta adaptación, es decir, que los impulsos antisociales presentes en la mente de un hombre normal son realizadas activamente por el delincuente.

Hilda Marchiori, citando a Freud, destaca que *"este autor explica que su labor de análisis le dio como resultado que las conductas delictivas eran cometidas ante todo porque se encontraban prohibidas y porque a su ejecución se enlazaba para su autor, un alivio psíquico, no así un arrepentimiento, y afirmaba que el sentimiento de culpa existía antes del delito y no procedía de él, por el contrario, el delito es el que procedía del sentimiento de culpabilidad, designando a estos sujetos con el nombre de delincuentes por sentimientos de culpabilidad, en este caso el delincuente por un lado cometía un delito por sus sentimientos de culpa y por el otro, el castigo que el delito ocasiona satisfacía su necesidad de autocastigo que el sujeto experimenta inconscientemente, y al*

*referirse Freud a los delincuentes que cometen delitos sin sentimientos de culpa, señala que estos no han desarrollado inhibiciones morales o crean justificada su conducta por su lucha contra la sociedad, en efecto, afirma Marchiori, Freud se refería a lo que actualmente conocemos por personalidades psicopáticas."*³¹

En todo ser humano permanecen siempre vivos los deseos infantiles, sus tendencias sádicas, agresivas, así como sus deseos sexuales primitivos y perversos, formando todo ello el inconsciente y así permanecen en la vida del adulto, el Yo las destierra de la esfera de la conciencia pero debido a su energía tienen una tendencia a irrumpir a través del sistema de represiones del Yo, fallando en ocasiones el mecanismo de defensa para dominar los instintos y de ese modo se producen las acciones agresivas y delictivas.

Nuestro autor señala entre las características del delincuente dos rasgos esenciales: un egocentrismo ilimitado y una intensa tendencia destructora, siendo común a ambos y premisa de sus manifestaciones el desamor, la falta de valoración afectiva de los objetos humanos, agregando Freud que *"en los hombres existe una disposición al odio y la agresividad, y que el estudio psicoanalítico de delincuentes y no delincuentes ha enseñado que todos los individuos traen consigo al nacer, como herencia filogenética, tendencias e impulsos considerados como antisociales y criminales y que posteriormente son reprimidos y orientados por medio de la educación para conseguir una adaptación social positiva, realizándose este proceso en los primeros años de vida"*.³²

³¹ Op. cit. pág. 202.

³² Idem. pág. 208.

Alfred Adler, citado por Marchiori, explica que *"existe otro aspecto en el delincuente y que es la convicción de sentirse superior, ya que este tiene la sensación de poder dañar a los demás sin tener problemas, por lo que no existe crimen cometido sin un plan previo (premeditación) en el cual todo ha sido bien pensado por el sujeto activo con la certeza de su supuesta superioridad por sobre la ley y su víctima"*.³³

Una postura que estimamos interesante y de suma importancia es la vertida por Reik, citado por Marchiori, quien nos manifiesta que el delincuente no puede ocultar un secreto y que los errores indican la existencia de procesos mentales ocultos desconocidos para el Yo, encontrando así su fórmula de expresión. La contradicción entre la excesiva premeditación y cautela de los delincuentes y sus desaciertos se ven claramente, ya que no es cuestión de fracaso intelectual o errores inevitables, sino de una compulsión mental, es decir, los errores han sido determinados conscientemente; el descuido del criminal es inconsciente, aunado a que el sujeto que comete un delito sin testigos es el único que lo conoce y parece como si estuviera obligado a comunicarlo y compartirlo, como si fuera incapaz de guardarlo para sí mismo, el impulso del criminal a realizar revelaciones del hecho delictivo deriva de una lucha por la supremacía de dos fuerzas mentales, una que trata de borrar todo rastro del crimen y la otra que proclama el hecho, actuando impulsado por un deseo inconsciente de castigo; resultando los móviles del hecho delictivo por lo general oscuros, ya que las manifestaciones mentales respecto del ilícito son inconscientes, lo que ocurre en el individuo es en gran parte desconocido para el Yo.³⁴

³³ *Ibidem* pág. 210.

³⁴ Cfr. pág. 213

Hilda Marchiori señala que en 1923, con el artículo titulado "El Yo y el Ello", Freud formula la teoría del aparato psíquico, distinguiendo tres instancias que son las siguientes:

"Ello.- Que representa la región psíquica inconsciente, en el cual los instintos dominados por el principio del placer.

Yo.- Es la segunda instancia la cual es sometida al principio de la realidad. Es en gran parte consciente, el Yo defiende a la personalidad contra las pulsiones del Ello a través de los mecanismos de defensa.

Super Yo.- Es la tercera instancia y resulta de la internalización de las prohibiciones y de las fuerzas represivas." ³⁶

De acuerdo con los conceptos psicoanalíticos existen en los crimenes mecanismos de proyección, el delincuente huye de su propia conciencia como lo haría ante la autoridad, proyectando hacia el exterior a este enemigo interno que es su conciencia. Bajo tal presión, el Yo delincencial lucha vanamente y el criminal se vuelve descuidado y se traiciona a sí mismo. La vuelta de los criminales a la escena del crimen coincide con este esquema, pues uno de los motivos ocultos es su deseo desconocido de su Yo que los lleva a ser descubiertos.

³⁶ Idem. pág. 214.

Tomando en consideración lo señalado en el presente apartado podemos concluir que el delincuente, y en concreto el violador, se ve disminuido de sus facultades psicológicas, incluyendo su lívido y por ende tales deficiencias lo conducen a la ejecución del delito, resultando inoperante las tesis que analizamos respecto de que el delincuente muestra un gran arrepentimiento, toda vez que al padecer deficiencias de orden psíquico, fácilmente es un sujeto que tiende a reincidir, y más aún porque normalmente el delincuente llega a conocer a tal grado la legislación penal, que sabe que pasado cierto tiempo ya no se le perseguirá y menos aún que el Estado lo sancionará.

Como también observamos, el sujeto delincuente es materia de infinidad de estudios por parte de los doctrinarios de la materia psicológica, situación que toma en cuenta el legislador, pero no para aumentar la penalidad en los delitos, sino para legislar respecto de mejores medidas de atención y tratamiento para el delincuente, aún a sabiendas de que un violador es propietario de un grado máximo de peligrosidad y que tiende normalmente a la reincidencia.

Así, estimamos también que los estudios de orden psicológico deben reforzarse y encaminarse más hacia la víctima del delito de violación, pues queda en total estado de indefensión con todos los traumas que se originaron con motivo del ilícito, razones que debe tomar en consideración el legislador para abordar esta problemática, y de igual manera, que se tome en consideración el aspecto psicológico criminal de la delincuencia para que el congresista legisle al respecto.

3.4. ASPECTO POLÍTICO CRIMINAL.

El Derecho es sin duda un sistema de expresión y conservación orientado a la política a través de la administración de justicia, cobrando en ésta una importancia la esencia política del Derecho, contemplándose en ella los objetivos, programas y compromisos de la sociedad y del Estado. El Derecho, y en especial su rama penal, es un método para el control social derivado de la necesidad de castigar ciertas conductas consideradas ilícitas y que en mayor o menor grado afectan a la convivencia social, debiéndose por ello conducir la política criminal acorde a nuestros tiempos y con ello perseguir como finalidad suprema la ejemplaridad de la pena para los delincuentes, ejerciendo con todo rigor el Estado el *ius Puniendi* perteneciente a éste.

La política criminal debe tener como propósito esencial el resolver los conflictos penales ejerciendo un efectivo control y represión para efecto de restaurar el orden, para restituir las cosas y para reincorporar o eliminar a los delincuentes, pero es a todas luces palpable el hecho de que los lineamientos y fines que deben regir a una auténtica política criminal resulta una utopía, razón por la cual se debe actualizar el Derecho Sancionador e instituir la pena verdaderamente ejemplar para restablecer en realidad el orden actualmente descompuesto y que es tarea del Derecho Penal y del Poder Ejecutivo en su vertiente de señalar las propuestas de reforma conducentes y tendientes a lograr los objetivos señalados, no sin la intervención del Poder Legislativo por supuesto, en las funciones de aprobación y de igual manera de Legislar de motu proprio; reuniéndose así una directriz en política criminal de acuerdo a los tiempos

actuales. Debemos destacar que si el delito afecta a la Integridad biológica, social, moral o patrimonial de la sociedad, e incluso su vida, es preciso actuar por contrapartida o en revancha contra la integridad y también, por qué no, contra la vida del delincuente, eliminando con ello primeramente los beneficios que acarrea al delincuente el que esté en vigor una institución como lo es la prescripción penal en sus dos modalidades, debiendo desaparecer ésta por completo, por lo cual estimamos que no sería tomado en cuenta el que propusiéramos su desaparición *ipso facto*, razón por la cual y como una primera aportación al respecto, proponemos la no operancia de la prescripción de la acción persecutoria como excepción en el delito de violación, que en nuestro concepto, consideramos como el más grave de los denominados sexuales, y una vez tomada en cuenta dicha tesis por el legislador, continuar paso a paso, siguiendo con todos los delitos considerados como graves, hasta lograr la total desaparición de dicha institución, para efectos de orientar una política criminal tendiente a de una vez por todas prevenir en lo sucesivo y combatir frontalmente los actos delictuosos, utilizando como arma principal la ejemplaridad de la pena.

Sergio García Ramírez argumenta acertadamente que *"las transformaciones del delito condicionan, a su vez, los cambios en la reacción defensiva, llamándole al resultado un sistema racional de política criminal que se cifra en la prevención, la persecución y el tratamiento adecuados, debiéndose tomar en cuenta dichas transformaciones por el legislador y el juzgador, que es el que las recibe, las induce, o hace ambas cosas a la vez."*³⁶

³⁶ Op. cit. pàg. 7.

Se desprende entonces, que debe tomarse en cuenta la evolución de las penas, debiéndose éstas multiplicar en grado y naturaleza, haciendo justicia eliminando los sentimientos píos en favor del delincuente.

Estimamos que las atribuciones de carácter penal que el Estado moderno asumió y que debe conducir mediante una correcta política criminal para cumplir cabalmente el compromiso de preservar, con acciones ejemplares, los bienes jurídicos que se comprometió a tutelar, es decir, debe asumir de frente la lucha contra la delincuencia con la finalidad de lograr el castigo ejemplar, resultándole en parte de valiosa utilidad, la eliminación que el propio Estado se impone para ejercitar el *ius Puniendi* por medio de la figura de la prescripción penal.

Al respecto, García Ramírez manifiesta que *"una vez dado el delito debe el Estado esclarecer los hechos, identificar al autor objetivamente por su relación o participación en aquellos, y subjetivamente en cuanto a su personalidad antisocial; y definir posteriormente la reacción jurídica a través de una sentencia"*;³⁷ es decir, que efectivamente se lleve a cabo tarde o temprano un procedimiento de orden criminal en contra del presunto delincuente sin importar el tiempo que haya transcurrido.

³⁷ *Idem*, pág. 12.

Como una vertiente de la política criminal, el Derecho Penitenciario pretende, en el aspecto jurídico-político, adecuar los hechos a la norma, fundamentándose para ello en nuestro máximo cuerpo de leyes, el cual, al establecer el penitenciarismo, lo crea con una pretensión de tipo humanitario hacia los derechos del hombre privado de su libertad, enalteciendo su dignidad y pidiendo una gran benevolencia en su trato, preconizando además unas normas tendientes a su eficaz tratamiento para obtener su readaptación, encontrando además, por debajo de la Constitución, la Ley de Normas Mínimas y Readaptación Social, la cual contempla una serie de actos administrativos y una reglamentación tendiente a lograr la excarcelación del delincuente; pero nos preguntamos: **y la víctima del delito?**, en donde queda, y concretamente hablando del sujeto pasivo del delito de violación?. Estimamos prudente abordar esta problemática en el capítulo posterior a fin de ampliar y pugnar por una mayor atención a la víctima a efecto de que se reglamente debidamente lo relacionado a la materia de victimología y como complemento a ello también se contemplara en dicha regulación lo referente a la reparación del daño.

Con todos los supuestos avances que, en la teoría o en la realidad han tenido los centros de reclusión, con todo su gran peso específico en la cantidad y en la calidad de las sanciones, no es posible ignorar que esta materia carcelaria se encuentra en crisis y que no nos satisface en nada y ante esta ineficacia nos conduce a solicitar penas más severas y medidas radicales ejemplares.

Pero tenemos que ir más allá, debiendo llegar hasta el estudio minucioso de nuestra legislación vigente, de su formulación, de los procesos que intervienen para sancionar un hecho considerado como delito y a un individuo como delincuente; hay que conocer quiénes son los responsables en la sociedad de estos hechos y las implicaciones que conllevan, estableciéndose para ello una política criminal más crítica que maneje como nociones básicas las implicaciones reales del Derecho Penal, de la criminalidad del infractor, de los estudios criminológicos, de la punición y por sobre todo, de la victimología.

Jorge Ojeda Velázquez opina que es y ha sido un hecho natural y universal que desde los tiempos más remotos hasta los más modernos, el Estado ha procurado combatir el delito y aquellas conductas que considera mayormente lesivas a los contenidos fundamentales de su cultura, mediante instrumentos de control como lo son las sanciones, las cuales han ido modificándose al pasar del tiempo y con el desarrollo de las ideologías sociales dominantes.³⁹

Así, las sanciones vienen a ser una especie de modeladores de la conducta humana que se aplican dentro de un marco ideológico cultural de referencia. Asimismo, la amenaza de un castigo se puede considerar gracias a esta función creadora de hábitos conforme a la ley, ya que por medio de su eficacia se desarrollarán las condiciones idóneas para estabilizar nuestra sociedad actual, ya que ahora su reacción a la actividad criminal es exclusivamente pasional y nada razonada.

³⁹ Cfr. *Derecho Punitivo*, 1a. ed., México, Editorial Trillas, 1993, pag. 18.

Tenemos entendido que las funciones tradicionales de la ley son el tutelaje de la vida, de la integridad corporal, del honor, de la vida privada y del patrimonio de la ciudadanía, así como el interés superior del Estado y de la propiedad colectiva. Pero estamos presenciando que cambian las convenciones y los sistemas de valores que la ley está destinada a proteger.

Estimamos que el delito de violación y la atención a la víctima escapa a una atención legislativa suficiente y a una representación eficaz por los órganos apropiados.

Denis Szabó opina que los objetivos de la sanción penal son la intimidación o disuasión, la eliminación o neutralización, y la enmienda o punición, existiendo en la mente de quien se plantea los efectos actuales de esta triple finalidad, serias dudas de su resultado, pues basta abrir el periódico o el aparato de radio para comprender el grado de inseguridad que reina en nuestras grandes ciudades.³⁹

Si la atribución sancionadora que tiene el Estado impide cada vez menos que los autores potenciales de actos ilícitos, ¿para que sirve?; si consideramos que la tasa de identificación de los actos criminales en esta ciudad no excede del 10%; y las cifras son cada vez más elevadas respecto de los delitos de violación. Es esto imputable a la ineficacia de los servicios de seguridad, del Ministerio Público o de los Tribunales?, o será que el delincuente actual resiste la nula o poca intimidación por parte del Estado?, estimamos que

³⁹ Cfr. *Criminología y Política en Materia Criminal*, 1a. ed., Siglo Veintiuno Editores, México, 1930, pág. 213.

ésta es la respuesta acertada, ya que los sujetos activos actualmente no tienen temor a la acción de la Justicia incurriendo cada vez mas en la reincidencia al existir una nula rehabilitación cuando ya han pisado alguna vez un centro penitenciario.

Antiguamente, la eliminación del criminal se basaba en métodos radicales. A los elementos indeseables se les ejecutaba, mutilaba, deportaba o enrolaba por la fuerza en los ejércitos. Desde que se les encierra en una prisión, la única virtud del aislamiento de la sociedad ha ido pareciendo moral y materialmente insuficiente a una fracción cada vez mayor de la población. La enmienda y la resocialización a las que se atribula una enorme importancia, han resultado hasta ahora inoperantes en el medio ambiente carcelario, pues es conocido que no existe la tan mencionada rehabilitación del sentenciado.

La administración de justicia ha constituido durante mucho tiempo la parte más tradicional del aparato del Estado. Si comparamos el Tribunal o el Ministerio Público, y aún los servicios policiales, con los de hace cien años, observaremos poca diferencia. El mundo ha cambiado y la justicia no; y ésta en realidad, ha retrocedido. Todos los problemas que aplastan a la administración de justicia se ponen a la vista en las columnas de los periódicos. No solo se padece de desajuste entre leyes, reglamentos de aplicación y realidad social sino que la administración de justicia lleva impreso el sello de la subadministración, ya que raramente dispone de más del 3 o 4 por ciento del presupuesto nacional, ya que al no ser un servicio productivo, políticamente poco rentable en nuestra

democracia parlamentaria y de poco interés para el legislador, la administración de justicia viene a ser la parienta pobre de los servicios estatales.

Estimamos urgente la necesidad de reformar de modo permanente la ley para adaptarla a los cambios de las necesidades y las condiciones sociales actuales, dirigida a la prevención social del delito, el cual es el elemento que mejor integra la política criminal en la social, porque nadie sostiene ya actualmente que la ley por sí sola, con ayuda de quienes la aplican, baste para impedir los actos delictivos, reconociendo que sin las medidas sociales apropiadas no hay prevención que valga.

Creemos que el punto central de una política criminal es el papel de la pena ejemplar como medio intimidatorio para intentar la prevención del delito, pues los fracasos de todas las reformas intentadas haya ahora ilustran la dificultad y complejidad desalentadora de los problemas a los que se enfrentan los criminólogos. Ha quedado sobradamente demostrado que ninguna reforma puede llevarse a cabo sin reformar las partes componentes del sistema de justicia penal, o sea, los Tribunales y las instituciones de seguridad pública. Solo una reforma de todo el sistema ofrece alguna esperanza de mejoría.

CAPÍTULO 4

4. **PROPUESTAS RESPECTO DE LA NO OPERANCIA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN.**

4.1. **DEL DELITO DE VIOLACIÓN.**

Es evidente que no pueden estudiarse y comprenderse los delitos sexuales y en concreto el delito de violación si no se parte de un mínimo de conocimientos sobre lo que significa la sexualidad en la conducta de todo individuo. Es por ello que en las determinantes de la criminalidad deben considerarse en algunos casos la importancia que llegan a adquirir ciertos comportamientos sexuales por el hecho de que, especialmente en algunos sujetos, se realizan acompañándose de alteraciones en su conducta social.

Expresa Di Tullio, citado por Hilda Marchiori, que la experiencia señala que como en las otras formas de criminalidad, en la sexual se encuentran algunos delitos que pueden ser cometidos por individuos que por su conducta pueden ser considerados como "adaptados" y la dinámica de esa conducta está ligada a una momentánea exaltación erótica que viene a desarrollarse

generalmente bajo la influencia de condiciones ambientales particulares como puede ser la intoxicación por alcohol y que la relación sexual impuesta y consumada con violencia, en la cual la víctima es forzada a realizarla, se manifiesta por lo general como un delito propio de las grandes ciudades.⁴⁰

Las modalidades del delito de violación varían mucho, según sea el agresor y las circunstancias. A veces se trata de la violación clásica, es decir, la conducta primitivamente agresiva, llevada a cabo en un camino desierto o solitario; en otros casos, la violación es realizada por un grupo de individuos (tumultuaria); y violaciones particularmente sádicas, en el sentido de que la conducta sexual, impuesta y consumada, lo ha sido a través de brutalidades e incluso con homicidio. En todos los casos el estudio de la conducta revela que la satisfacción ha sido producida más por la experiencia de la acción violenta y sádica sobre el cuerpo de la víctima, que por la significación genital de la conducta. Algunos individuos se complacen en herir a la víctima golpeándola e incluso llegar a privarla de la vida.

Hilda Marchiori señala que *"el delito de violación presenta características de una conducta primitiva donde el mecanismo utilizado por el sujeto activo es arcaico, tratando de obtener por la fuerza lo que desea, predominando en dicha conducta los deseos agresivos y sexuales"*.⁴¹

⁴⁰ Cfr. *Psicología de la Conducta Delictiva*, s/n ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973, pág. 171.

⁴¹ *Idem* pág. 174

Nuestra legislación contempla como medios para ejecutar el delito de violación la violencia física y la violencia moral sobre la víctima, pudiendo ser el sujeto tanto la mujer como el varón, es decir, el sujeto es indeterminado.

Para Jiménez Huerta el objeto jurídico tutelado de la violación es el derecho que al ser humano corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija, y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su gusto o agrado.

La cópula que constituye la violación es para el autor tratado el acceso o penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, anal o bucal, pues ello se deduce claramente del artículo 265 del Código Penal.⁴²

Marcela Martínez Roaro opina que el objeto jurídico tutelado en el delito de violación es la libertad sexual, en virtud de que los medios violentos que se emplean para obtener la cópula impiden a la víctima determinarse libremente. En cuanto a la forma de la cópula, expresa que fisiológicamente tanto existe actividad sexual en los actos contra natura, como en los normales... en su acepción erótica general, la acción de cópula comprende a los ayuntamientos sexuales normales, de varón a mujer, precisamente por la vía vaginal, y a los anormales, sean éstos homosexuales masculinos, o sean de varón a mujer, pero en vasos no apropiados para la fornicación natural. Además, continúa el autor, al determinar el artículo 265 del Código Penal que la violación puede ser realizada en persona de cualquier sexo, admite fácilmente la cópula contra natura, ya sea ésta anal u oral, pues no se establece restricción alguna al respecto.

⁴² Cfr. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo III, 6a. ed., Mexico. Editorial Porrúa S.A., 1988, pág. 71.

La violencia física en el concepto del autor que estamos exponiendo, se caracteriza porque los medios empleados obran directamente sobre el cuerpo de la víctima; en tanto, en la violencia moral los medios son de naturaleza intimidatoria.⁴³

González de la Vega manifiesta que el objeto que la ley protege en el delito de violación es la libertad sexual. La violación, nos dice, es el más grave de los delitos sexuales, porque además de la brutal ofensa erótica que representa, sus medios violentos de comisión implican intensos peligros o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal y la integridad corporal.

La violencia física es para este autor la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga, contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir; y la violencia moral consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir el ayuntamiento que en realidad no ha querido.⁴⁴

Celestino Porte Petit dice que *"por violación propia debemos entender la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva"*.⁴⁵

⁴³ Cfr. *Delitos Sexuales*, 4a. ed., Mexico, Editorial Porrúa S.A., 1991, pág. 239.

⁴⁴ Cfr. *Derecho Penal Mexicano Los Delitos*, 25a. ed., Mexico, Editorial Porrúa S.A., 1992, pag. 63.

⁴⁵ *Ensayo Dogmático del Delito de Violación*, 4a. ed., Mexico, Editorial Porrúa S.A., 1985, pag. 38.

La doctrina señala tres requisitos que deben darse para que exista la vis absoluta:

- 1.- La vis absoluta debe recaer en el sujeto pasivo
- 2.- La fuerza debe ser la suficiente para vencer la resistencia del sujeto pasivo.
- 3.- La resistencia del sujeto pasivo debe ser seria y constante y continuada.

La vis compulsiva o violencia moral consiste, para nuestro autor, en la exteriorización al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro capaz de constreñirlo para realizar la cópula.

El objeto jurídico protegido es, según opinión de este autor, la libertad sexual, excepto en el caso de violación sobre persona impúber, ya que en esa hipótesis no existe todavía libertad sexual.

Algunos autores, como José Ignacio Garona, difieren levemente en cuanto al objeto jurídico protegido, pero en general, los tratadistas que citamos coinciden, incluso nosotros, en considerar la libertad sexual como el objeto que la ley protege en el delito de violación.

Indudablemente que con la violación puede lesionarse también el pudor y la honestidad del sujeto pasivo, amen de su seguridad, su tranquilidad e incluso su integridad corporal o su vida, pero lo que el legislador tomó en cuenta al tipificar el delito de violación, fue la agresión que el sujeto pasivo sufría sobre su libertad cuando era limitada en su manifestación sexual; cuando se le coartaba en dicha libertad obligándosele material o moralmente a copular con quien no deseaba hacerlo.

La cópula que constituye el delito de violación no debe ser vista en su acepción gramatical y fisiológica exclusivamente, sino con un sentido y significado mucho más amplio, ya sea en un sentido penalístico; en su acepción erótica general; en cuanto a la actividad sexual que realiza el sujeto activo, o en su acepción jurídica.

Podemos aceptar que la violación puede realizarse por una mujer sobre otra, e incluso sobre un hombre, si se está llevando a cabo una conducta similar al coito, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, en cuanto al activo que la realiza con ánimo de copular, como al pasivo que se ve agredido y ofendido en su libertad sexual, en igual medida que si se realizara la cópula normal. Si aceptamos otras vías distintas a la vaginal para integrar la cópula violenta, no hay razón para no aceptarlas cuando lo que se substituye con objetos artificiales es el órgano sexual masculino.

Entendida así la violación, tanto el hombre (con el pene o cualquier cosa que lo substituya) como la mujer (con un substituto del pene) pueden ser sujetos activos del delito penetrando a un sujeto pasivo de igual manera indiferente.

Sin embargo, la libertad sexual de un ser humano no sólo puede coartarse con la violación, sino con cualquier acto de naturaleza sexual que le sea impuesto por medio de la violencia física o moral, es decir, sería la tipificación de toda conducta que lesione la intimidad sexual de una persona, cuando se realice sobre su cuerpo un acto de índole sexual o cuando se le haga realizarlo en el cuerpo de otro por los medios antes descritos; aquí sí quedarían adecuadas conductas como la "*fellatio in ore*" o el "*cunnilingus*" o cualquiera otra que no fuera la cópula normal o anormal.

En cuanto al elemento de resistencia constante que deberá oponer el sujeto pasivo al activo, nos parece bastante cuestionable; pensemos en el ejemplo de la mujer e incluso varón, que en despoblado y sin la menor posibilidad de ayuda se ven agredidos por varios sujetos: ante la plena seguridad de lo inútil de su resistencia ¿debemos exigirle que se resista para que además de la lesión sexual, ponga en peligro su integridad física o su vida?.

Por lo que respecta al ánimo erótico del sujeto activo, si bien es lo más frecuente que se dé, también es factible que no exista. Pensemos en el caso, no tan raro, de la violación como una forma de humillar o de torturar a una persona y en donde no existe ánimo erótico en el sujeto activo.

En nuestra opinión, la violación es el más grave de los delitos sexuales, considerando todas las secuelas psíquicas y físicas que quedan en el sujeto pasivo.

Entonces, consideramos, sin lugar a dudas, como la mayoría de los autores, que es la libertad en su aspecto sexual lo que la ley protege en el delito de violación, pero detectamos una situación muy paradójica: **el legislador tutela la libertad sexual en el delito de violación, pero, ¿ ha legislado para tutelar a la víctima de dicho delito cuando ya fue objeto del mismo ?, ! NO ; .**

4.2. LA VÍCTIMA DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

Investigar los procesos dinámicos del delito nos lleva a la comprensión de que se trata de un fenómeno psicológico, social y político que abarca a todas y cada una de las clases sociales; de tal suerte que así como los criminólogos hablan del estudio físico, psíquico y social del delincuente, también analizaremos, en principio, similares aspectos de la víctima del delito de violación y observar entonces el desenvolvimiento del hecho delictivo como un todo para estar en aptitud de sustentar la tesis que proponemos.

En la actualidad, según Ellas Neuman, se estudia, clasifica, castiga, protege, e intenta readaptar socialmente y se trata de humanizar la sanción penal del delincuente; se ponen a su servicio la ciencia y la técnica y todos los medios posibles, pues no hay mas que observar el cuidado y trato que merece el sujeto activo del delito en las obras de dogmática penal como en las de criminología, de donde se advierte el poco interés que se da a la victimología.⁴⁶

⁴⁶ Cfr. *Victimología*, 1a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, Mexico, 1992, pág. 43.

Se es delincuente cuando por acción u omisión se infringe la ley penal, en cambio, se puede llegar a la situación de víctima, en amplio sentido, por la actividad de ese delincuente, cualquiera que sea la interrelación criminogenética.

A una justicia enmarcada en el Derecho Penal corresponde conocer la situación y circunstancias actuales que vive la víctima del delito de violación; conocer y evaluar aspectos como el concerniente a si dicha víctima ha quedado material y moralmente abandonada, como en la realidad sucede, para poder graduar con efectividad la reparación del daño que restaure en parte su situación.

El rol de la víctima del delito de violación se tiene poco en cuenta. La relación delincuente-víctima y el papel jugado por ésta en la producción del ilícito han sido escasamente abordados por el legislador, existiendo al respecto solo esquemas teóricos, sin existir normas específicas que consagren y reglamenten explícitamente ciertos aspectos referidos a la materia de la victimología; la investigación del sujeto pasivo del delito de violación permitiría obtener mejores beneficios y marcar la pauta para hacer extensiva la legislación a las víctimas de todos los delitos en general, resultando un obstáculo la atención estatal que se centra en el delincuente comenzando por la vigilancia del respeto a sus derechos humanos para que, en primer lugar no se decrete su detención sin las formalidades procesales requeridas; y para el caso de que ya haya sido sentenciado, vigilar que se le conceda lo antes posible su libertad provisional condicionada; que los establecimientos carcelarios en que deberán permanecer mientras dure el proceso sean limpios y confortables para no deteriorar aún más

su personalidad social y psíquica; de brindarle seguridad y proteger sus derechos; pero, y la víctima?, se acuerdan de ella?. Si se comparan estas situaciones con el olvido y el desamparo moral y material de la víctima del delito de violación, unido muchas veces a la minusvalía física que le impide trabajar, ello cuando además de la violación con violencia sufre lesiones graves, no deja de sorprender, pues solo se piensa en medidas para garantizar los derechos del delincuente y se olvida el desamparo que en queda el sujeto pasivo, lo que se deriva del escaso interés del legislador, por ello, estimamos que esta problemática debe ser resuelta cuanto antes por los órganos facultados para ello.

Como es sabido, en el campo del Derecho Penal, el Estado tutela diversos bienes jurídicos en aras del interés social, pero no continúa hasta sus últimas consecuencias para robustecer ese mismo interés mediante una política criminal que permita eliminar, consecuentemente, los daños que ocasiona el hecho punible, toda vez que en muchas ocasiones las víctimas del delito ni siquiera están enteradas de el derecho que tienen a la reparación del daño, pues no se les informa debidamente a nivel ministerial y judicial.

Al decir de Luis Rodríguez Manzanera, el estudio de la victimización sexual presenta algunas dificultades, toda vez que están inmiscuidos aspectos sociales, morales, culturales y psicológicos, habiendo ocasiones en que la víctima por falta de experiencia o por encontrarse en estado de inconsciencia o semi-inconsciencia (por sueño, drogas, alcohol, disturbio mental, etc.), no sabe a ciencia cierta que fue víctima de una violación; en otros casos, el hecho se reprime de la conciencia, por ser altamente traumático y los detalles tienden a olvidarse.⁴⁷

⁴⁷ Cfr. *Victimología*, 1a. ed., México, Editorial Porrúa S.A., 1988, pag. 283.

La violación es considerada como una de las formas de victimización más graves y que deja mayor número de secuelas en la víctima teniendo una cifra negra muy elevada.

En muchos delitos la presencia de la víctima no es necesaria para la realización del hecho típico, en otros sí; en la violación es indispensable el contacto corporal estrecho entre la víctima y el victimario.

No existe un claro perfil de víctimas del delito de violación, pues actualmente toda mujer o varón es una víctima en potencia, en su gran mayoría jóvenes e infantes, siendo conocidos casos hasta en niños de escasos meses de nacidos o de ancianas cercanas al siglo. La violación de niños resulta actualmente más común de lo que se supone; lo que sucede es que solo en una mínima proporción se llega realmente al coito completo, es decir a la penetración total, y es entonces cuando se producen lesiones o lastimaduras que descubren el hecho y como en el niño no hay la conciencia del mal en cuanto a la relación sexual, no comunica a los demás los manipuleos de que ha sido objeto.

Los delitos sexuales son peculiarmente victimizantes, ya que dejan serias secuelas psicológicas y sociales, produciendo importantes cambios de personalidad en el pasivo, de su conducta y de su vida. Por ello, la víctima debe ser especialmente atendida y tratada, y debe ponerse gran cuidado en la prevención, sobre todo en lo referente a los niños.

La sobrevictimización del sujeto pasivo principia al terminar la agresión, ya que tiene que decidir, en caso de ser mayor de edad, la conducta a seguir; si no denuncia, el hecho queda impune y no se le hará justicia, y además se presenta la posibilidad de que el sujeto activo, al verse intocado, se vea tentado a reincidir.

De igual manera, es necesario tomar en consideración el delicado problema de las consecuencias posteriores, tales como la transmisión de enfermedades venéreas o embarazo, pues en éste último caso, aunque la ley lo permite, en la práctica las instituciones de salud se niegan a realizar el legado.

En resumen, estimamos que se deben crear y fortalecer los medios para detectar, enjuiciar y condenar a los responsables del delito de violación, debiendo legislarse en cuanto a la no operancia de la prescripción de la acción persecutoria como excepción en el delito de violación, así como revisar periódicamente dicha legislación para adaptarla a las circunstancias actuales que vive nuestra sociedad.

Por ello, el Estado está obligado a garantizar los derechos de las víctimas de este delito, y éstas a exigirlos, pues actualmente estamos presenciando en este país un fenómeno deplorable derivado del fracaso que ha tenido el Estado para proteger a las víctimas, ya que éstas y sus allegados optan por autodefenderse retornando a los tiempos de la venganza privada, pudiendo concluir que cuando la lucha contra la delincuencia queda en manos de las víctimas o de su entorno social, el Estado ha perdido la batalla.

4.3. PROPUESTAS DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL VIGENTE DEL DISTRITO FEDERAL.

Podemos afirmar que en México, como en cualquier parte del mundo, aquellos tiempos en que el Estado solo necesitaba castigar para cumplir con la exigencia político criminal de lucha contra la delincuencia, han quedado atrás, pues desde hace varios años, por doquier se habla del aseguramiento, internamiento, tratamiento, readaptación, curación, mejoramiento y educación como medios de readaptación social, circunstancias que en la actualidad no se dan, quedando relegadas por la figura de la prescripción como símbolo de impunidad que evita que el infractor sea aprehendido y sancionado y se pueda intentar su rehabilitación, aunque esto sea utópico, pues actualmente la mayoría de los delincuentes son reincidentes al existir una nula reflexión y menos aún arrepentimiento alguno, por el contrario, adquieren conciencia de que si cometen un ilícito basta con esconderse cierto tiempo y pasado este saben que la justicia ya no se les puede aplicar, es decir, llegan a conocer a tal grado la figura de la prescripción que sienten una seguridad y tranquilidad de que pasado cierto tiempo pueden volver a su lugar de origen o en el cual cometieron el hecho delictuoso y no precisamente arrepentidos.

No parece ni tiene por qué parecer grave la alternativa que proponemos de reformar el instituto de la prescripción eliminando su operancia en el delito de violación, si esta alternativa puede superar en virtud la convicción de que una pena ejemplar reduciría en buena cantidad la comisión de este tipo de delito.

Al respecto, proponemos en primer lugar que el legislador debe adicionar al Código Penal vigente para el Distrito Federal otro precepto, es decir, el artículo 101 bis que contemplará lo siguiente:

"Artículo 101 bis. La prescripción de la acción penal no operará en los delitos en que esta ley así lo disponga".

Con la adición se da cabida a la posibilidad de que en el delito de violación no opere la prescripción de la acción penal, y en un futuro se amplíe dicha modalidad a una mayor cantidad de delitos.

En virtud de la anterior propuesta, es menester de igual manera proponer la reforma complementaria en el capítulo correspondiente en el que se contempla el delito de violación para lo cual proponemos la adición de un artículo 265 bis que contemple lo siguiente:

"Artículo 265 bis. Para el caso del delito de violación, en todas sus modalidades, no operará la prescripción de la acción penal".

Estimamos que las anteriores propuestas tendrán los efectos deseados por el suscrito en el sentido de obtener una mayor justicia y equidad, por una parte, que dicho delito no quede impune y por otra parte, que la víctima se vea resarcida en el daño que se le causó, y contribuir en una parte a la reducción de este tipo de delito, correspondiendo al legislador complementar con las reformas referentes a una pena más ejemplar y dura contra los violadores.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Es innegable que la institución de la prescripción penal persigue un fin genérico específico que es el de establecer un límite temporal a las acciones del Estado, pasado el cual se presume, erróneamente, la pérdida de actualización del interés punitivo, la cicatrización del daño, el olvido del mal causado o la debilitación de las pruebas y se exonera a los Tribunales aplicadores de la ley de ejecutar esta su función primordial.

SEGUNDA.- El enfoque de nuestro estudio partió del conocimiento de que en ciertos casos el poder casi absoluto del Estado se limita frente al hombre, quien es titular de la seguridad jurídica, siendo el delito el más brutal de los choques entre un hombre y el Estado, que hace que ese organismo reaccione persiguiendo y sancionando el hecho al actualizarse la facultad coactiva del Estado. Sin embargo, ante la Prescripción esto no ocurre, sino que, contrariamente a lo que es el acontecimiento normal, la maquinaria represiva se inmoviliza y deja sin persecución o sin castigo un hecho evidentemente antisocial, antijurídico y culpable.

TERCERA.- Como consecuencia, no hay un reconocimiento de enmienda para el delincuente que no es detenido ni sancionado, sino que permanece prófugo y que generalmente está seguro y consciente de que pasado

cierto tiempo la persecución o la sanción cesarán, por lo que estimamos que la figura de la prescripción mal enfocada es una de las formas más perfectas para coadyuvar con la impunidad y alejar el espíritu del Derecho Penal que es la de proporcionar justicia en sentido amplio, y más aún si consideramos que al instituir la prescripción sin un estudio sobre la víctima o el ofendido ésta se convierte solo en tutelar de la persona del delincuente y no así del sujeto pasivo del injusto.

CUARTA.- Nuestro Código Sustantivo en este sentido se identificó con la teoría del olvido del hecho y la presunta corrección del delincuente así como de la teoría de la incertidumbre sobre las probanzas a medida que transcurre el tiempo (razones procesales), teorías que en su oportunidad se analizaron y debatieron, amén de que no concordamos con el hecho de que bastaría con que operada la prescripción se declarase extinguida la acción penal y se mandasen archivar las actuaciones dándoseles trato de cosa juzgada, ya que se trata de una resolución definitiva que causa estado, dejando en clara evidencia que la fortuna, el azar, o la perspicacia del delincuente lo ayudo a lograr su impunidad y no su corrección.

QUINTA.- En materia de prescripción penal hay una doble pretensión punitiva que se halla latente en el Derecho Subjetivo de castigar (*ius puniendi*), cuyo titular es el Estado, representado por los órganos jurisdiccionales correspondientes: una que persigue al delincuente antes que la sanción le sea impuesta y otra luego de que la misma se le impuso, sea para someterlo a su cumplimiento o para que reanude éste en caso de fuga. Allí tenemos, pues, delineadas de un modo general las dos formas de prescripción que en materia penal se hallan legisladas en nuestro Código Penal Vigente: la de la acción y la de la pena.

SEXTA.- Para concluir nos preguntamos:

¿ Actualmente debe el sujeto activo del delito de violación quedar sin castigo por el simple transcurso del tiempo ?

Es decir, si el delincuente logra evadirse de la acción de la justicia por cierto número de años, ¿ deberá por esto quedar libre de ella para siempre ?

Estimamos que en los tiempos actuales es necesario decidir al respecto, toda vez que si tomamos en consideración los altos índices delictivos que son apreciables en todos los ámbitos sociales y económicos del país, y por ende, estimamos que en el delito de violación no debe operar la prescripción de la acción penal, porque el espectáculo de un delincuente que goza en paz del fruto de su delito, es un estímulo para los malhechores, un objeto de dolor para las víctimas del delito, y un insulto público a la justicia y a la moral.

SÉPTIMA.- Por todo lo anterior, propugnamos más por la dureza que por la lesiva indulgencia hacia el delincuente que causa agravios a nuestra sociedad mexicana.

OCTAVA.- Creemos que la consagración de la inocencia de un individuo que ha cometido un delito de violación es un pronunciamiento demasiado trascendente como para ser facilitado con tanta ligereza vía prescripción penal y por ello pugnamos por la reforma en este sentido.

BIBLIOGRAFIA

- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*, 14a. ed., México, Editorial Porrúa S. A., 1982, 958 pp.
- CARRARA, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, parte general, Vol. II, Editorial Temis, Bogotá, 1957, 625 pp.
- CORTES IBARRA, Miguel Ángel, *Derecho Penal Mexicano*, 2a. ed., México, Editorial Libros de México S.A., 1981, 339 pp.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1980, 564 pp.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Justicia Penal*, 1a. ed., Editorial Porrúa S.A., México, 370 pp.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, *Derecho Penal Mexicano. Los Delitos*, 25a. ed., México, Editorial Porrúa S.A., 1992, 471 pp.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Pena Mexicano*, Tomo III, 6a. ed., México, Editorial Porrúa S. A., 1986, 409 pp.

- MANZINI, Jorge**, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Ediciones Ediar, Buenos Aires, 1950, 350 pp.
- MARCHIORI, Hilda**.- *Psicología Criminal*, 1a. ed., México, Editorial Porrúa S.A., 1975, 305 pp.
----- *Psicología de la Conducta Delictiva*, 1a. ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978, 376 pp.
- MARTÍNEZ ROARO, Marcela**, *Delitos Sexuales*, 4a. ed., México, Editorial Porrúa S.A., 1991, 355 pp.
- NEUWMAN, Elías**, *Victimología*, 1a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992, 465 pp.
- OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge**, *Derecho Punitivo*, 1a. ed., México, Editorial Trillas, 1993, 520 pp.
- PORTE PETIT, Celestino**, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, 14a. ed., México, Editorial, Porrúa S.A., 1991, 553 pp.
----- *Ensayo Dogmático del Delito de Violación*, 4a. ed., México, Editorial Porrúa S.A., 1985, 233 pp.
- RIVERA SILVA, Manuel**, *El Procedimiento Penal*, 7a. ed., Editorial Porrúa S.A., México, 1975, 403 pp.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis**, *Victimología*, 1a. ed., México, Editorial Porrúa S.A., 1988, 432 pp.
- SZABÓ, Denis**, *Criminología y Política en Materia Criminal*, 1a., ed., Siglo Veintiuno Editores, México, 1980, 592 pp.

SOLÍS QUIROGA, Héctor.- *Sociología Criminal*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa S.A., 1977, 325 pp.

VELA TREVIÑO, Sergio, *La Prescripción en Materia Penal*, 2a. ed., México, Ed. Trillas, 1990 (reimp. 1995), 573 pp.

VERA BARROS, Luis, *La Prescripción Penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, s/ed., 1960, 520 pp.

LEYES

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL.

LEY QUE ESTABLECE LAS NORMAS MÍNIMAS SOBRE READAPTACIÓN SOCIAL DE SENTENCIADOS.