



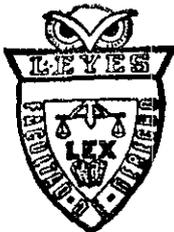
12/1
**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**"LA PRESCRIPCION DE LA ACCION
PENAL"**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:

GERARDO MOISES LOYO MARTINEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA

1998

25741/8

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS:

LA MAYOR FUENTE DE DONDE
EMANA LA JUSTICIA, POR EL
DON DE LA VIDA MISMA.

GRACIAS JESUS
"TOTU TUS EGO SUM"

A MIS PADRES MOISES Y MARIA ESTHER:

YA QUE SIN USTEDES ESTO SERÍA
PRACTICAMENTE IMPOSIBLE, Y SEPAN
QUE SIEMPRE, POR SIEMPRE Y PARA SIEMPRE
LOS AMARE; SOY EL ULTIMO ¡LO HAN LOGRADO!

ETERNAMENTE GRACIAS

A MI MAESTRO LIC. ARTURO COSSIO ZAZUETA:
POR SU INCONDICIONAL E INMENSO APOYO,
DURANTE LA ELABORACION DEL PRESENTE TRABAJO.

GRACIAS MAESTRO

INDICE

	PAGINA
INTRODUCCION	I
CAPITULO I. "LA ACCION PENAL"	
I. CONCEPTO.	1
II. NATURALEZA JURIDICA.	6
III. CARACTERISTICAS.	7
IV. AUTONOMIA DE LA ACCION PENAL.	13
CAPITULO II. "EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL"	
I. IUS PUNIENDI, PRETENSION PUNITIVA DEL ESTADO EXIGENCIA PUNITIVA Y ACCION PENAL.	14
II. EL MINISTERIO PUBLICO COMO TITULAR DE LA ACCION PENAL.	18
III. FASES DE LA ACCION PENAL.	22
IV. EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.	26
V. LA ABSTENCION DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL	31
VI. LA ACTIVIDAD DEL M.P. AL PRESENTAR CONCLUSIONES.	35
VII. POSTURA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION	38
CAPITULO III. "FORMAS DE EXTINCION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL".	
I. MUERTE DEL DELINCUENTE.	44
II. AMNISTIA.	46

	PAGINA
III. PERDON DEL OFENDIDO.	47
IV. INDULTO.	48
V. CUMPLIMIENTO DE LA PENA O MEDIDA DE SEGURIDAD.	49
VI. PRESCRIPCION.	49

CAPITULO IV. "PRESCRIPCION"

I. ANTECEDENTES HISTORICOS	
1. ROMA	
2. DERECHO CANONICO	
3. DERECHO FRANCES	
4. DERECHO ESPAÑOL	
5. DERECHO MEXICANO.	51

CAPITULO V. "PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL"

I. FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCION.	64
II. ETIMOLOGIA DEL VOCABLO PRESCRIPCION.	73
III. CONCEPTO DE LA PRESCRIPCION.	74
IV. NATURALEZA JURIDICA DE LA PRESCRIPCION.	77
V. TIEMPO PARA EL COMPUTO DE LA PRESCRIPCION.	81
VI. PRESCRIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA DE LOS DELITOS PERSEGUIBLES DE OFICIO.	88
VII. PRESCRIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA DE LOS DELITOS PERSEGUIBLES POR QUERELLA.	92
VIII. LA INTERRUPCION Y SUSPENSION.	95
IX. EFECTOS JURIDICOS DE LA PRESCRIPCION DE LA PRETENSION PUNITIVA DEL ESTADO, EN EL PROCEDIMIENTO.	101

INTRODUCCION

Ante la inquietud como estudiante de intentar realizar un trabajo de investigación de esta naturaleza e importancia, con el cual poder lograr coronar una etapa en mi vida que a durado al rededor de dieciocho años, uno se encuentra con el difícil problema de la elección de un tema, el cual, entre otros requisitos, debe cumplir con el hecho de ser original, requisito que en la actualidad resulta bastante difícil de cumplir.

En la inteligencia de que cinco años de estudio de la ciencia jurídica no bastan sino únicamente para conocer a grandes rasgos el contenido de la misma y los campos que ésta abarca, considerando además, con mucha verdad, que el momento en que uno egresa de la facultad y comienza a laborar en alguna rama de nuestra amplia ciencia jurídica, es el mismo en que uno verdaderamente comienza a comprender y por tanto a aprender aspectos, que por razones de tiempo y didáctica, es imposible abarcar en un curso durante la carrera universitaria.

Así pues he elegido realizar una investigación a cerca de la mal llamada "Prescripción de la Acción Penal", reconociendo de antemano que mi punto de vista, a comparación del de los grandes estudiosos del tema, parecerá superficial, sin embargo es de asegurarse que la presente investigación fue realizada con todo ahínco y seriedad, tratando de imponerle un sello personal, pues como ya lo mencioné se trata de mi trabajo recepcional.

Frente a la problemática que he enfrentado de saber cuando ha prescrito "un delito", término con el que comúnmente nos referimos a la prescripción en materia penal, es que elegí este tema, puesto que al resolver a cerca de la

prescripción se esta resolviendo acerca de la extinción de la responsabilidad penal, con la premisa de no haber cumplido con uno de los principales fines del Derecho Penal, como lo es el no descubrir la verdad histórica de los hechos y al no cumplir con ello, consecuentemente no se podrán aplicar las consecuencias señaladas en la Ley.

Con el fin de lograr dar solución a dicho problema he dividido el tema en cinco capítulos:

El primero intitulado "La Acción Penal", tiene como objetivo establecer con claridad a que nos referimos al hablar de la acción penal, cual es su concepto, que es en derecho la acción penal, así como dar sus características. Lo anterior tratando de dejar bien establecido que es la acción penal para poder entender el por qué no es susceptible de extinguirse con el simple transcurso del tiempo.

En segundo termino, en el capítulo "El Ejercicio de la Acción Penal" , explico cuatro aspectos que resultan muy importantes para el desarrollo del tema, los cuales son: "ius puniendi" , pretensión punitiva estatal, acción penal y exigencia punitiva; términos que resultan vitales para el entendimiento de la figura de la prescripción.

Muy relacionado con el tema de la acción penal, puesto que resulta ser la autoridad titular de la misma, el Ministerio Público es tratado en el mismo capítulo, explicando su actuación como investigador, persecutor y como acusador. Posteriormente se trata el tema relativo al Ejercicio de la Acción Penal y la Abstención en el ejercicio de la misma, resaltando por su relevancia las recientes reformas a la Constitución General en cuanto a la impugnación del no ejercicio de la acción penal, lo cual se robustece con una tesis jurisprudencial al respecto.

Un tercer capítulo titulado "Formas de Extinción de la Responsabilidad Penal", explica someramente las figuras contempladas en el Título Quinto de nuestro Código Penal, las cuales son: muerte del delincuente, amnistía, perdón del ofendido, indulto, cumplimiento de la pena o medida de seguridad y la prescripción.

Una vez que han sido explicadas las generalidades del tema y sentadas las bases para el estudio del mismo, en el cuarto capítulo "Prescripción", se analizan los antecedentes de dicho instituto estudiando su evolución a través del tiempo comenzando en el Derecho Romano, Canónico, Francés. Español, hasta llegar a la Legislación Mexicana actual.

Por último al entrar de lleno al estudio del instituto de la Prescripción de la Acción Penal, se analiza en primer término el fundamento del mismo en el derecho penal, exponiendo las diversas teorías que tratan de explicar su fundamento, las cuales se dividen en: Teorías de Naturaleza Penal, Teorías de Naturaleza Extra-Penal y Teorías Mixtas.

Posteriormente se expone la etimología del vocablo prescripción, para después dar un concepto del mismo y así poder entender la naturaleza jurídica de la prescripción.

Punto delicado resulta ser el relativo al tiempo para el cómputo de la prescripción, en el cual se expone tanto el momento de consumación del delito, en sus diversas formas (instantáneo, continuo o permanente y continuado), elemento base a fin de contabilizar debidamente los términos señalados en el Código Penal y así entender le verdadero espíritu del legislador al establecer los mismos.

De igual manera se analizan en este último capítulo los términos que se señalan en cuanto a la prescripción tratándose de delitos que se persiguen de oficio y aquellos que se persigue por querrela de parte ofendida.

Como punto octavo del quinto capítulo se expone los efectos de la prescripción de la pretensión punitiva estatal, en el procedimiento, es decir se analiza la actuación del juez respecto al instituto de la prescripción y lo que produce al declararse la existencia de la misma.

Para finalizar se exponen algunas jurisprudencias que resultan importante y en otros casos contradictorias, pero que sustentan el criterio de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Así pues comencemos el estudio de la Prescripción en materia penal, a través de este trabajo que refleja mi punto de vista que espero poder transmitir y compartir con ustedes.

CAPITULO I. LA ACCION PENAL

I. CONCEPTO

En un principio al actuar humano hubo que poner limites, en virtud de que al crecer el número de seres y con ello las relaciones interpersonales, con gran frecuencia se alteraba el orden público así como la paz social. El Estado figura creada por el conglomerado humano a fin de evitar desordenes, fue el encargado de poner limites a esa conducta humana antisocial, la cual alteraba y rompía con el orden público, denominándose **Delito** a esa conducta transgresora de la paz social.

Desde la época romana el delito ha merecido un tratamiento especial, ya que con la aparición de éste, en muchos de los casos, no solo se transgrede el orden público, sino que también se afectan intereses particulares, por lo tanto el tratamiento especial al que me he referido, consistía en la imposición de un castigo y en la consecuente indemnización por el daño ocasionado.

Ese derecho a solicitar el castigo correspondiente al transgresor del orden público, así como la reparación del daño causado, el cual nacía de la comisión de un delito, se encontraba en manos de los particulares; tanto en Roma como en la antigua Grecia, en un principio eran los particulares quienes acudían ante la autoridad correspondiente a fin de que al responsable de un delito se le castigara y le fuera reparado el daño causado, siendo en aquella época una acción de tipo personal, es decir, una acción particular.

Posteriormente y debido a los excesos en que incurrían los particulares al ser ellos los titulares de esa acción para acudir al órgano encargado de ministrar justicia, es que en Roma surge una figura por la cual ya no se deja a la libre voluntad del particular el ejercicio de la acción que nacía con motivo de un delito, sino que un grupo de ciudadanos son los encargados de acudir ante la autoridad a fin de exigir un castigo al responsable de un delito y la indemnización correspondiente, nombrándose para ello a un representante común el cual era el que acudía ante la autoridad correspondiente.

Pero con el transcurso del tiempo se pudo comprender que en muchos casos se cometía un delito, con el cual se alteraba el orden público, sin que existiera afectación alguna a intereses particulares; y por lo tanto de igual forma, existían casos en que intereses individuales eran lesionados, sin que hubiese una transgresión al orden público. Es por lo anterior que el Estado al ver la imperiosa necesidad de mantener el orden público, y siendo pues el encargado de aplicar el castigo al transgresor y de resarcir el interés particular dañado, limitó su actividad al castigo de los transgresores del orden público, constituyendo dicha actividad una acción pública; y por otra parte, la reparación del daño causado al interés individual, y vista ésta actividad no de incumbencia oficial, ni del interés de la colectividad, se constituyó entonces dentro del derecho privado y como una acción civil.

De la anterior reflexión surge entonces la idea de un derecho a perseguir y castigar a un individuo que ha ejecutado una conducta calificada como antisocial y por lo tanto tipificada como delito. Este derecho, como ya se mencionó, lo tiene el Estado, y es un derecho en abstracto; pero en cuanto se comete un delito, es decir, en cuanto se

concretiza ese derecho de perseguir al delito y al delincuente, nace la llamada Pretensión punitiva estatal, y una vez que se tienen elementos suficientes para acreditar la probable responsabilidad del inculpado, y la existencia del delito tiene origen la acción penal.

La acción penal ha sido definida por una gran variedad de estudiosos del derecho, y la han definido como un derecho, basándose para ello en teorías civilistas; otros más han mencionado que la acción penal es un poder jurídico, en tanto que algunos manifiestan que no puede hablarse de que la acción es un derecho o un poder, en virtud de que tanto el término derecho como el de poder jurídico implican una facultad, es decir, una capacidad de decidir, lo cual no es posible, ya que más que un derecho, facultad o poder, es una obligación. Para entender mejor las ideas anteriores comenzaré por definir que es acción.

La acción desde el punto de vista de la Teoría General del Proceso se concibe como "el derecho, la potestad, la facultad o actividad, mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional"¹, de la anterior definición de acción, se puede comprender la diversidad de puntos de vista con los cuales se ha conceptualizado a la acción penal.

"La acción penal, es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal"². Así es como el maestro Eugenio Florian define a la acción penal, entendiéndose dentro del término poder jurídico

¹ Gómez Lara, Cipriano. "Teoría General del Proceso". Editado por la U.N.A.M., México 1981. pág. 109.

una facultad, una atribución que se tiene para excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional; definición que en lo personal no comparto del todo, y esto con apoyo en lo que mencionaré en el capítulo siguiente en lo relativo al principio de legalidad en cuanto al ejercicio de la acción penal. Ya que según dicho principio, el cual opera dentro de nuestra legislación, el ejercicio de la acción penal no puede dejarse al libre arbitrio de la autoridad encargada de ejercitarla, ya que ésta, la autoridad, debe ejercitarla sin miramientos, cuando se tienen los elementos necesarios para considerar que existe un delito y que el individuo que se señala es el probable responsable del mismo. Es por lo anterior que considero acertada la definición que de acción penal hace el jurista italiano Manzini, quien asevera: "La acción penal es la invocación que se le pide al juez para que acepte todos los argumentos, elementos y demás fundamentos de la acusación e imponga una pena"². La considero acertada toda vez que a la acción penal no podemos considerarla únicamente como un derecho, como una facultad o como un poder jurídico, por lo que en sí implica toda ella; la acción penal, considero es una actividad que realiza el Estado, a través de la autoridad creada expresamente para tal efecto, por medio de la cual y ejerciendo es poder-deber, pone en conocimiento del juez la posible comisión de un delito por parte de una determinada persona, llamada probable responsable, a fin de que emita su decisión al respecto.

Con lo anterior trato de expresar que la acción penal no puede concebirse como un ente jurídico pasivo, y por lo tanto dar una definición tratando de explicarla por su finalidad,

² Florian Eugenio. "Elementos de Derecho Procesal". Pág. 173.

³ Franco Sodi, Carlos. "El Procedimiento Penal Mexicano".

es lo más adecuado para entenderla; siendo dinámica, no por que cambie constantemente, sino por ser precisamente una Acción, entendido dicho término como actividad, requiere para su realización de la pretensión punitiva, término que más adelante se explicará, y por lo tanto, desde un punto de vista particular, considero tiene origen a partir de la sospecha, es decir, de que existen suficientes elementos para considerar la posible comisión de un delito así como la probable responsabilidad del inculpado, sin embargo tiene una vida en potencia anterior a la comisión del delito. Cuando se ponen en conocimiento del Estado hechos que pueden considerarse como delito, se da origen a la pretensión punitiva estatal, es decir, el derecho en concreto que tiene el Estado de perseguir los delitos y castigar a los delincuentes. Al tenerse elementos suficientes para poder considerar la existencia del delito, dar nombre a ese delito, y tener datos suficientes para creer que una determinada persona es responsable de la conducta antisocial, se ponen en movimiento la acción penal, es decir, se realiza la invocación que se hace al juez para que acepte todos aquellos argumentos que hacen presumir la existencia del delito y la probable responsabilidad del sujeto inculpado, siendo ésta el medio para hacer realizable la pretensión punitiva del Estado.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación la acción penal, "es la potestad jurídica que el Estado delega en un órgano específico, para exigir del órgano 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"⁴.

⁴ A.D. 8431/63, 5848/59, 8793/60, Y 9186/61. 6ta. Epoca.

II. NATURALEZA JURIDICA

Una vez que ha sido definida la Acción Penal, explicare su naturaleza jurídica, es decir, ¿qué es en derecho la acción penal?. Dentro de la teoría existen dos corrientes que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la acción penal.

a) Teoría Clásica.- la cual sostiene que la acción penal, es igual al derecho que el Estado tiene a perseguir los delitos y a castigar a los delincuentes, considera por lo tanto dicha teoría a la acción penal, como un derecho a castigar

b) Teoría Moderna.- ésta considera que la acción penal no puede ser considerada como un derecho substantivo; la acción penal es en realidad un derecho autónomo, el cual por lo tanto tiene vida propia y no depende de aquel

Considero que ambas teorías no explican a bien lo que en derecho debe considerarse como acción penal, y para tal efecto retomaré lo que anteriormente mencioné, al tratar de definir a ésta. Como recordarán, líneas arriba manifesté que algunos autores aseveraban que más que entender a la acción penal como un derecho o un poder, el cual implica potestad sobre el mismo, debe entenderse que la acción penal es una obligación que el Estado tiene a fin de acudir ante el órgano jurisdiccional, para que éste acepte los argumentos que se expresan con motivo de una relación de derecho penal y emita una resolución al respecto. Por lo tanto considero que la naturaleza jurídica de la acción penal es la de una poder-deber, ya que el Estado al tener conocimiento de hechos que pueden ser constitutivos de delito, comienza a investigar, a fin de acreditar debidamente los elementos del tipo penal, y la probable responsabilidad del inculpado,

pero una vez que ha acreditado la existencia de los elementos mencionados, tiene la obligación, en virtud de contar con dicha facultad, de pedir al juez acepte los argumentos que se le consignan y emita una resolución al respecto. De igual forma y para terminar el presente apartado es oportuno mencionar que a la acción penal, debe considerársele como una institución de derecho procesal; tal aseveración hago, por que como ya lo manifesté, a la acción penal no se le puede considerar como algo pasivo, es una actividad que da origen a un proceso, que pone en movimiento el aparato jurisdiccional y por lo tanto es de naturaleza eminentemente procesal.

III. CARACTERISTICAS

Ahora pasaré a exponer las características propias de la acción penal:

a) Pública.- Toda vez que la acción penal siendo de interés colectivo, importa al conglomerado social, y por lo tanto se encuentra inmersa dentro del derecho público. Como ya lo mencioné, el Estado al perseguir los delitos y a los delincuentes, observó que en muchos casos el orden público era alterado, sin existir lesión alguna a intereses particulares, por lo que considero que su actividad debía estar limitada únicamente a aquello que fuera del interés de la colectividad, por lo que se ubico a la acción penal como una acción de tipo público, y dejo en el ámbito del derecho privado el derecho de exigir la indemnización correspondiente. Actualmente se considera que el daño particular que se causa con la consumación de un delito, es elemento integrante de un delito, por lo tanto se ha elevado a la categoría de pena pública a la reparación del daño, ya no es operante la

antigua división de acción pública penal, por cuanto hace a la persecución del delito y el castigo del delincuente: y la de acción privada o civil, en lo que se refiere a la reparación del daño.

En conclusión, se considera que la acción penal es pública, ya que es del interés de la colectividad, por lo que se encuentra en manos del Estado, y es éste el encargado de su ejercicio, como lo veremos en el capítulo precedente.

b) Única.- Aún cuando existe gran variedad de conductas antisociales consideradas como delito; bastaría con solo mirar los títulos del Código Penal vigente para darnos cuenta de la gran variedad de delitos que existen, no sucede lo mismo respecto a la acción penal. Esta, si bien nace con la sospecha de un delito, este delito no modifica elemento alguno de la acción penal. No existe la acción penal para el delito de homicidio, o para el delito de fraude, sino que la acción penal es la misma para todos los delitos, su contenido y finalidad son los mismos.

c) Indivisible.- Esta característica, tiene su fundamento en la participación de los sujetos en la comisión de un delito. Carecería de fundamento lógico el hecho de pensar que si dos sujetos intervienen en la comisión de un robo, el monto de lo robado y su cuantía, se dividieran en dos. De igual forma resultaría ilógico al momento de ejercitar acción penal, hacer la división en cuanto a lo que se pediría al juez. Por lo tanto la acción penal es indivisible, en virtud de que existiendo varios sujetos activos en un delito, y aun con diferentes grados de responsabilidad, la acción penal es igual para todos, se ejercitara en su momento, e igual forma para todos los participantes en la comisión de un delito.

d) Irrevocable, Irretractable e Invulnerable.- Una vez que ha sido ejercitada la acción penal, el Ministerio Público, titular de la misma, y de quien posteriormente hablaremos, no puede revocarla, es decir, no existe acto jurídico posible por el cual se deje sin efecto a la acción penal, ejercitada que haya sido ésta, tiene como fin o terminación la sentencia, momento en el cual ha cumplido con su misión.

El Ministerio Público, si bien es el encargado del ejercicio de la acción penal, no puede actuar como si fuera propietario de la misma. Al ejercitar acción penal el M.P., se convierte en parte, con lo cual debe sujetarse a las reglas del procedimiento. Con lo anterior trato de sentar las bases a fin de sostener que el desistimiento de la acción penal no tiene razón de ser. En principio a la figura del desistimiento debe entenderse "como una renuncia procesal, de derechos o pretensiones"⁵, por lo tanto el desistimiento de la acción, se entiende como la renuncia que se hace a ese "derecho de acudir ante la autoridad a fin de exigir lo que nos es justo y debido"⁶, si lo anterior lo llevamos al campo del derecho penal, podríamos aseverar que el desistimiento de la acción penal se entendería que es esa renuncia a esa actividad del Estado, por medio de la cual se le pide al juez acepte los argumentos que se expresan, a fin de que emita una resolución al respecto, actividad que como ya mencione, debe entenderse como una obligación que tiene el Estado, con lo cual, ya no tendría razón de ser la figura del desistimiento de la acción penal, toda vez que ésta, siendo de interés público, no puede quedar al libre arbitrio

⁵ Gómez Lara, Cipriano. Op.Cit., pág.35.

⁶ Paul Orliac. "Historia del Derecho". Ed. José M. Cajica. Puebla, México 1952. pág.125.

del M.P.. "Si aceptáramos esta tesis, -en cuanto a que el M.P. tuviera la facultad de desistirse de la acción penal-, colocaríamos al Ministerio Público en un pedestal purpúreo con categoría de monarca absoluto, como poseedor del monopolio de la acción penal y como árbitro insuperable en el proceso"¹⁷. Además de que nos encontramos que en el artículo 21 Constitucional, se hace una clara separación de las funciones encomendadas a cada órgano, en cuanto se refiere a la procuración e impartición de justicia; nuestra constitución al establecer que la imposición de las penas es propia y exclusivamente facultad del órgano jurisdiccional, y que la persecución de los delitos incumbe al M.P., consagra el principio de autonomía de las funciones procesales; por lo tanto y en ese orden de ideas, es que apoyo la característica de irrevocabilidad, irrectractabilidad e invulnerabilidad de la acción penal, ya que no es posible entender que el M.P., titular de la acción penal, más no propietario de la misma, por ser ésta de interés público, pueda disponer de ella a su libre arbitrio.

Existirán dentro de nuestro Código de Procedimientos Penales actividades; que por falta de técnica jurídico-procesal se les quiera encasillar como desistimiento de la acción penal, por las cuales el M.P., únicamente pide al juez la libertad del detenido, más no desiste de la acción pena; y algo aún más grave es la nueva reforma al artículo 21 Constitucional en donde se menciona que las resoluciones del M.P., sobre el desistimiento de la acción penal podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional; en la cual se denota nuevamente la falta de técnica jurídico-procesal, tanto por lo ya esgrimido con anterioridad,

¹⁷ Martínez Pineda, Angel. "Estructura y Valoración de la Acción Penal". Editorial Azteca, México 1968, pág.50.

aunado a que dentro de nuestra Codificación procesal aún no se ha establecido término alguno, por el cual se puedan impugnar dichas resoluciones.

Concluyo la anterior exposición con la idea del maestro Angel Martínez Pineda "tenemos que pronunciar un enérgico veredicto de incompatibilidad entre ejercicio de la acción penal y desistimiento d la acción penal Este último no debe tomarse en cuenta ni siquiera como curiosidad abstracta, porque el legislador, al permitir el desistimiento, convierte automáticamente al juez en marioneta del Ministerio Público por las veleidades de éste"⁸.

e) Intranscendente.- La acción penal tiene esta característica ya que al momento de ejercitarse, dicho ejercicio se limita únicamente a la persona probablemente responsable. Lo anterior, aun cuando no es del todo aplicable al caso, ya que la acción penal no es pena, tiene su fundamento en el artículo 22 constitucional. La responsabilidad es de la persona que ha cometido un delito, en derecho penal no existen cadenas causales, es decir, un sujeto que ha lesionado a otro, el cual es trasladado en una ambulancia la cual choca, resultando lesionados los tripulantes de la ambulancia, muerto el conductor del otro vehículo y daños en ambos vehículos, no es responsable de los demás eventos por el sólo hecho de haber lesionado al primer sujeto, existe únicamente un nexo causal, entre la conducta desplegada por el sujeto que lesiona al ofendido, y el resultado de dicha conducta, que es la lesión del sujeto pasivo. Es por lo anterior que la acción penal tiene carácter intrascendente.

⁸ Idem. pág. 54

Existe la teoría sostenida por los postulantes de la escuela positiva, de que los hombres por el simple hecho de vivir en comunidad, son responsables por los actos cometidos, todos somos responsables, ésta idea, que en el papel es una belleza de expresión, en realidad es una utopía; si bien todos los hombres son responsables en potencia, toda vez que somos susceptibles de cometer alguna conducta tipificada como delito, también es cierto, que en tanto no se presente en la vida fáctica el hecho tipificado como delito, no se me puede fincar responsabilidad; por lo tanto al cometer yo un delito soy responsable por el hecho de haber desplegado una conducta considerada delito, la cual produjo un resultado antijurídico; no son responsables los demás por el hecho de ser parte yo, de la sociedad.

Existe una excepción dentro de nuestra legislación penal al principio de intrascendencia, la cual se enfoca a la reparación del daño, la cual se encuentra contenida en el artículo 11 del Código Penal para el Distrito Federal, en el cual se menciona que en la sentencia se afectará a una agrupación o sociedad, en caso de que uno de sus miembros cometa un delito con medios, que para tal efecto se le haya proporcionado, de tal forma que se entienda que el delito se cometido con anuencia de dicha agrupación o sociedad, o a nombre de las mismas. Pero más que una excepción al principio de intrascendencia, considero que en éste caso lo que existe es un grado de participación por cuanto hace a la sociedad, pero como ésta, siendo una persona moral, no puede ser sujeto activo en una relación penal, es por lo que se considera una excepción al principio de intrascendencia.

IV. AUTONOMIA DE LA ACCION PENAL

Al hablar de la autonomía de la acción penal, tomaré como referencia nuevamente el artículo 21 constitucional, en el cual como ya se mencionó anteriormente se consagra esa autonomía de las funciones procesales, en virtud de la cual se encomienda la aplicación de las penas y sanciones, al órgano jurisdiccional; en tanto que para la persecución de los delitos, el Ministerio Público será el encargado.

La acción penal es autónoma, toda vez que reunidos los elementos necesarios para presumir la existencia del delito y la probable responsabilidad del inculcado, el Ministerio Público debe ejercitarla, no depende de otra cuestión fuera de las que se han mencionado, existe independientemente de la actividad jurisdiccional. El término autonomía no implica potestad o poder-facultad, en cuanto a su ejercicio, se refiere a esa cualidad que se tiene por parte de un órgano expresamente creado, a fin de investigar, perseguir y acusar, a los delitos y a los delincuentes, dicha cualidad que se encuentra separada de la función judicial, y que inclusive es previa a la misma. Mencionaba un maestro que la acción penal era como una esfera en un árbol de navidad, la cual ahí está para que en el momento adecuado el Ministerio Público la tome y haga uso de la misma, como un ente único, con características propias.

CAPITULO II. EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

I. IUS PUNIENDI, PRETENSION PUNITIVA DEL ESTADO, EXIGENCIA PUNITIVA Y ACCION PENAL.

Antes de entrar de lleno al tema del ejercicio de la acción penal, es importante e interesante, hacer una clara diferencia entre los términos de "ius puniendi", pretensión punitiva, exigencia punitiva y acción penal. Aún cuando en la práctica dichos términos no se diferencian, es por ello que existen muchas confusiones al respecto, las cuales ocasionan diversos criterios que oscurecen el estudio de la acción penal, provocando choques y contradicciones, tanto en la teoría como e la practica.

Existe una advertencia general, por así decirlo, de que el Estado es el legitimado para crear leyes tipificando conductas, las cuales se consideran delitos, para investigar la realización de las mencionadas conductas, y para imponer las consecuencias que se prevén en la ley a los responsables de haber cometido un delito; es decir, sabemos la mayoría, por no decir todos, los gobernados, que el Estado tiene un derecho abstracto de perseguir los delitos (investigar la realización del hecho delictivo), y que se apliquen las consecuencias señaladas en la ley, al probable responsable. Ese derecho en abstracto es lo que se conoce como "ius puniendi"; pero en cuanto se comete el delito y se ponen en conocimiento a la autoridad correspondiente (Estado), de la realización del mismo, ese

derecho abstracto se concretiza, tiene nombre el delito y el probable responsable, este derecho en concreto nace paralelamente con el delito, es la llamada **pretensión punitiva del Estado**, y tiene una vida durante la investigación del delito, durante el proceso y aún posterior al mismo. Esa pretensión punitiva (derecho en concreto a perseguir los delitos y castigar a los delincuentes), es al mismo tiempo un deber, el cual es susceptible de extinguirse, ya que el Estado como titular del "ius puniendi", y consecuentemente de la pretensión punitiva, tiene que autolimitarse en el ejercicio de es poder-deber, y es aquí donde comienzan las confusiones, ya que la acción penal únicamente es el medio idóneo para hacer valer la pretensión punitiva estatal, y ésta, la pretensión punitiva es susceptible de extinguirse. El jurista argentino Claria-Olmedo, en un artículo titulado "Pretensión de Justicia Penal"⁹, nos habla acerca de la pretensión punitiva, expresando que no debería hablarse de pretensión punitiva, ya que en muchos casos el Estado al ejercer esa potestad, (poder-deber), no sólo busca que se aplique una sanción al delincuente, es decir no es siempre cien por ciento punitiva, sino lo que en realidad se busca es que el juez intervenga a fin de emitir una resolución al respecto, ya que si de las diligencias realizadas durante el proceso, se vislumbra la inocencia del procesado, el Estado no puede tener una pretensión punitiva contra él; por lo tanto es correcto mencionar que lo que existe es una pretensión de justicia penal, lo que considero acertado, y lo cual nos permite distinguir de mejor forma los términos a que he venido haciendo referencia.

³ Revista Jurídica de Córdoba, año 3, No. 12. Octubre - diciembre. Córdoba, Argentina 1949.

Por último nos encontramos con la **exigencia punitiva**, la cual a diferencia del "ius puniendi", pretensión punitiva y acción penal, ésta tiene su origen al dictarse sentencia condenatoria, y se traduce en la potestad que tiene el Estado de pedir la sumisión de la pena por parte del sentenciado. Creo oportuno mencionar, aun cuando salga un poco del tema que nos ocupa, hacer la distinción de los términos que se usan para mencionar al responsable de la comisión de un delito; tiene la categoría de inculpaado durante la averiguación previa hasta la consignación del asunto al Juez, ya que una vez radicado en el juzgado el asunto, ya o se le llama inculpaado, sino que ahora es procesado, hasta en tanto el Ministerio Público no formule sus conclusiones acusatorias, tiempo en el cual se le denomina acusado. Una vez que se ha dictado sentencia debe llamársele sentenciado, y por último cuando se encuentra compurgando una pena se le llama reo. Lo anterior lo creo oportuno a fin de entender claramente la exigencia punitiva, esa solicitud que hace el Estado a fin de que el sentenciado se convierta en reo, es decir, se aplique la consecuencia ya concretizada en la sentencia y que señala la ley al sujeto responsable de la comisión de un delito.

El jurista alemán Goldschmidt menciona que la exigencia punitiva sólo es una ficción que se crea por conveniencia política, ya que el Estado siendo titular del "ius puniendi", y solo por respecto a los derechos individuales, tiene que ejercitarlo a través de un proceso y ante un juez a quien demanda la declaración de ese derecho.

Algunos autores han manifestado diversos puntos de vista respecto a la pretensión punitiva, exigencia punitiva y acción penal, el maestro Angel Martínez Pineda, al respecto asevera que la pretensión punitiva la tiene el sujeto pasivo del delito, es decir, la víctima o

el ofendido, ésta, la pretensión, "nace con el delito, siendo el delito la condición primera indispensable, ya que el ofendido no puede reclamar lo inexistente, su existencia es anterior al proceso, pero posterior al delito"¹⁰. Respecto a la exigencia punitiva, expresa que es el derecho a castigar, más exactamente el deber de castigar, en tanto que la acción penal es el medio de hacer realizable la exigencia punitiva ¹¹.

No comparto del todo las anteriores consideraciones, en primer lugar el ofendido por un delito únicamente tiene interés jurídico de que le sea reparado el daño que se le ha causado, en muchos casos poco importa el interés que se tenga en que se le aplique un castigo al transgresor, ya que dicho interés que tenga el ofendido no es elemento sine qua non, para que el Estado aplique el mismo. Una cosa es la querrela, y otra la pretensión punitiva, la querrela es la anuencia que el titular del bien jurídicamente tutelado da a la autoridad para que ésta a través de la pretensión de punitiva logre que se le apliquen las consecuencias que la ley señala al transgresor. La querrela es únicamente un requisito de procedibilidad, no puede confundirse con la pretensión punitiva del Estado.

¹⁰ Ob. cit. pág. 35 y 36.

¹¹ idem.

II. EL MINISTERIO PUBLICO COMO TITULAR DE ACCION PENAL.

Se ha hablado durante el desarrollo del tema, que el Estado es el titular del "ius puniendi", el Estado a través de una autoridad creada para tal fin es el encargado de perseguir los delitos y castigar a los delincuentes, consecuentemente dicha autoridad es la titular de la acción penal.

Eugenio Florian, jurista italiano expone que en la doctrina clásica existen dos clases de órganos titulares de la acción penal.

a) Los órganos mediatos; y

b) Los órganos inmediatos.

Los mediatos son aquellos existentes en sistemas jurídicos

en los cuales se deja la titularidad de la acción penal a manos de particulares, quienes a su vez hacen del conocimiento de la autoridad competente la existencia de la posible comisión de un delito; es decir, son los particulares quien a través de una comisión especial, siendo titulares de la acción penal, promueven ante la autoridad estatal a fin de que ésta emita una resolución respecto a una determinada relación de Derecho Penal. Es en pocas palabras una forma antigua de acudir ante la autoridad a fin de solicitar su intervención, de la cual ya se ha hablado.

Por otra parte existen sistemas jurídicos, que a través de órganos inmediatos, los cuales forman parte del mismo Estado, ponen en conocimiento a la autoridad jurisdiccional de la posible comisión de un delito, es decir, el Estado crea un organismo de carácter público, el cual será titular de la pretensión punitiva y con ello de la acción penal. En México se sigue ésta corriente en donde existe un órgano inmediato titular de la acción penal, el cual es conocido como Ministerio Público.

El Ministerio Público, figura que tiene su antecedente histórico próximo en Francia, en donde nace y evoluciona, en la época de la antigua Monarquía, el Rey tenía como asesores a un procurador y a un abogado, conocido como abogado del Rey, el primero de los mencionados, se encargaba de velar que intereses reales no se vieran afectados, en tanto que el abogado del Rey, se encargaba de litigar aquellos asuntos en los cuales dichos intereses se afectaban; en muchos de los casos el procurador al velar esos intereses reales, recibía quejas de parte de los súbditos a las cuales debía dar trámite ya que en muchos casos estaban en juego los intereses reales. Posteriormente bajo el reinado de Felipe el Hermoso, en el siglo XIV, dicha figura se transforma, para en 1789, evolucionar casi como actualmente funciona, debido a los cambios en la organización imperial.

En México funcionó algo semejante al Ministerio Público, el cual se conoció como Promotoría y Procuraduría Fiscal, y tuvo su origen en el derecho español. Este sistema de origen español estuvo vigente hasta el Código de Procedimientos Penales del 15 de septiembre de 1880, en dicho código lo que se hace es reunir a los mencionados promotores fiscales, que instituyó la Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito

Federal, del 15 de julio de 1869, calificándolo como representante del Ministerio Público, con atributos como parte acusadora. Porfirio Díaz al expedir el mencionado Código de 1880, adopta la institución francesa del Ministerio Público, y dentro del artículo 23 del código en cuestión establece que el Ministerio Público, es una institución creada a fin de pedir y auxiliar a la pronta impartición de justicia, quien actuará en nombre de la sociedad, defendiendo ante los jueces los intereses de la misma, a través de los medios creados para tal fin.

Ya en el año de 1903, al dictarse la Ley Orgánica del Ministerio Público, se le dan las características con la que actualmente conocemos a dicha institución, es ya un cuerpo social organizado, con unidad y dirección, el cual deja de ser un simple auxiliar en la administración de justicia, para ser un representante social independiente, quedando en sus manos la titularidad del ejercicio de la acción penal.

En nuestros días el Ministerio Público, representante social, órgano al cual nuestra Constitución Política en su artículo 21 encarga la persecución de los delitos, encuentra en dicho precepto su fundamento. Para el Distrito Federal, la Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia de esta entidad federal, en su artículo 4 establece que son atribuciones del Ministerio Público el ejercer acción penal ante el órgano jurisdiccional competente. Por lo anterior se concluye que el Ministerio Público, a través de la institución denominada Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, es el titular de la acción penal, constituyendo un órgano de tipo inmediato, por medio del cual el "ius puniendi", se concretiza dando origen a la pretensión punitiva la cual mediante la acción penal, se pide al juez la reconozca a fin de concretizar con la sentencia la exigencia punitiva del Estado.

Anteriormente se decía que el ministerio público tenía el monopolio de la acción penal, es decir, que el Ministerio Público, siendo parte del poder ejecutivo, y por tanto una autoridad administrativa, durante el periodo de la averiguación previa sus resoluciones por ser de naturaleza administrativa y no judicial, no podían ser impugnadas por vía jurisdiccional; resoluciones tales como ejercicio de la acción penal y no ejercicio de la acción penal, pero actualmente se ha reformado el artículo 21 constitucional, agregándosele un nuevo párrafo en el cual se menciona que contra las resoluciones en cuanto al no ejercicio de la acción penal, procede la impugnación en vía jurisdiccional. Aún cuando lo anterior constituye un cambio en cuanto a la concepción de Monopolio de la acción penal, desapareciendo constitucionalmente el mismo, resulta que dentro de nuestros ordenamientos procesales, como ya es costumbre, nada se ha regulado al respecto, a lo anteriormente expresado se agregan aquellas jurisprudencias que afirman que contra las resoluciones que sobre ejercicio o no ejercicio de la acción penal, no procede el amparo toda vez que el Ministerio Público es parte en el proceso. Sobre éste tema hablaremos incisos adelante, lo que trato de manifestar es que a pesar de que en nuestra carta magna se agrega el párrafo ha que hecho alusión, con el fin de eliminar el monopolio estatal respecto a la acción penal, en la práctica éste sigue operando.

III.- FASES DE LA ACCION PENAL

"Durante el proceso la acción penal 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 es concreta"¹². Es así como reza la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Como he venido manifestando, considero que en éste caso se confunde nuevamente la acción penal con la pretensión punitiva; es correcto que existen tres fases por las cuales la pretensión punitiva (derecho en concreto a perseguir los delitos y castigar al delincuente), pasa antes de llegar a concretizar la exigencia punitiva. Al consumarse un delito, y poner en conocimiento a la autoridad de la comisión de éste, nace la pretensión punitiva, y con ello la llamada fase de investigación, la cual se inicia con la denuncia, querrela, excitativa o autorización según sea el caso; siendo necesario para la buena comprensión del tema explicar brevemente en que consiste cada una de las formas para iniciar la averiguación previa, que se mencionaron.

La denuncia ha sido definida por todos los estudiosos de derecho penal, y todos coinciden en que es una expresión que hace cualquier persona, ante la autoridad correspondiente, en nuestro caso, ante el Ministerio Público, en la cual pone en conocimiento de ésta la posible comisión de un delito, el cual es perseguible de oficio; en

¹² 6ta. época, 2da. parte, V. XXXIV, pág.9. Amparo Directo 746/60.

cuestión filosófica, se menciona que se han calificado delitos que se persiguen de oficio, aquellos que tutelan bienes jurídicos importantes, como la vida, la soberanía nacional, la seguridad pública, entre otros.

La querrela por su parte se define como la autorización o la anuencia que da la persona titular del bien jurídicamente tutelado, a la autoridad (Ministerio Público), para que ésta ejerza su potestad punitiva, es decir, el Ministerio Público no puede actuar si no existe el mencionado requisito de procedibilidad. El maestro Rivera Silva expresa que "existen tres elementos integradores de la querrela, los cuales son:

-Una relación de hechos.

-Que la relación sea hecha por la parte ofendida.

-Que se manifieste en la queja, la intención plena de que se persiga el delito"¹³

La excitativa es una forma de iniciar la fase investigadora de la pretensión punitiva, o sea, una forma de iniciar una averiguación previa, la cual consiste en la petición formulada por un representante, debidamente acreditado, de un país extranjero a fin de que se proceda penalmente contra quien haya proferido injurias al gobierno que representa o a sus agentes diplomáticos¹⁴.

¹³ Rivera Silva, Manuel. "El Procedimiento Penal". Ed. Porrúa, décima sexta edición. México 1986. pág.111.

¹⁴ Art. 360 fracción II, del Código Penal vigente en el Distrito Federal.

Por último la Autorización en pocas palabras puede definirse como el permiso que otorga un organismo o una autoridad, legalmente facultada para ello, a efecto de que el Ministerio Público pueda ejercer su pretensión punitiva, a fin de ejercitar acción penal en aquellos delitos en que intervengan, como inculpados, funcionarios con cargo público o que cuenten con fuero.

Una vez llenados o cumplidos los requisitos de procedibilidad que he mencionado, la autoridad, Ministerio Público, realiza todas aquellas diligencias encaminadas a reunir suficientes elementos para considerar la existencia del delito y la probable responsabilidad del inculpado. Para ello el Ministerio Público, a fin de conseguir el mencionado fin, se auxilia de la Policía Judicial y de los Peritos, quienes harán lo propio, siempre bajo el mando del Ministerio Público, a fin de lograr una verdadera investigación de los hechos. Durante ésta primera etapa, como bien afirma la jurisprudencia que he citado líneas arriba, lo que se hace es preparar el ejercicio de la acción penal.

En la práctica, podemos afirmar, la fase investigadora, corre a partir de que en el turno de la Agencia Investigadora, se ponen en conocimiento de los hechos al Ministerio Público, para posteriormente, tratándose de averiguaciones previas sin detenido, pasar a las mesas investigadoras, las cuales reciben las averiguaciones para su prosecución y perfeccionamiento legal, para lo cual giran citatorios, oficios a autoridades, reciben testigos, informes de policía judicial; en fin, realizan todo lo necesario, según se desprenda de las actuaciones, a fin de preparar el ejercicio de la acción penal, terminando por lo tanto ésta etapa con la propuesta de ejercicio de la acción penal, que formula en acuerdo final por separado la Mesa Investigadora.

Una vez que la Mesa Investigadora propone el ejercicio de la acción penal, actualmente la Subdelegación de Control de Procesos, recibe la averiguación y estudia la misma a fin de determinar si se encuentran debidamente acreditados los elementos del tipo y la probable responsabilidad del inculpado. Una vez que se encuentran acreditados los elementos mencionados, se procede a ejercitar acción penal, a través del pliego de consignación, y con la elaboración de éste, se inicia propiamente la fase de persecución, en la cual se busca comprobar ante el órgano jurisdiccional, que los argumentos esgrimidos en el pliego de consignación son prueba plena en contra del procesado, ésta fase de persecución tiene vida desde el momento en que se ejercita la acción penal, hasta antes de formular conclusiones, tiempo durante el cual la pretensión punitiva estatal, se dice, toma visos de persecución toda vez que las actuaciones que realiza el Ministerio Público adscrito al juzgado penal correspondiente, tiene como finalidad buscar y exponerle al Juez, todas aquellas pruebas que afirmen la culpabilidad del procesado, y que refuercen lo actuado en la averiguación previa. Persecución por que además se buscan todos los elementos que he mencionado a fin de proporcionarle al Juez el mayor número de argumentos a fin de posteriormente declare la existencia de la pretensión punitiva estatal.

Por último la fase acusatoria, por medio de la cual, se afirma por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la exigencia punitiva se concretiza, ya que el Ministerio Público, como lo veremos más adelante, al formular sus conclusiones acusatorias, señala como responsable al acusado, pidiendo al juez se aplique una sanción y se declare formalmente la existencia de la Pretensión punitiva. Esta última fase tiene como origen la formulación de las conclusiones por parte del Ministerio Público, hasta el momento en que se dicta

sentencia, que en el caso de ser condenatoria concretiza la exigencia punitiva del estado, es decir, con la sentencia condenatoria el Estado puede solicitar al juez la sumisión del sentenciado a la pena impuesta.

IV. EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

En este apartado trataremos ,propiamente, la actividad principal del Ministerio Público, que es el ejercicio de la acción penal, actividad en la que se pone en conocimiento al órgano jurisdiccional de los hechos que posiblemente sean constitutivos de delito.

Dentro de la doctrina existen dos principios que rigen la actividad del ministerio público al ejercitar acción penal, principios que determinados sistemas jurídicos han adoptado y aplicado dentro de su legislación, los cuales se pueden dividir en dos, los primeros que establecen un principio relativo a la titularidad en cuanto al ejercicio de la acción penal, y que son.

-Principio oficial o de oficialidad.- En éste principio se establece que el Estado titular de la pretensión punitiva, es el encargado, por tanto, de ejercitar acción penal ante los tribunales judiciales, no se debe dejar en manos de los particulares su ejercicio; y para robustecer el mencionado principio, me permito citar la siguiente jurisprudencia.

"La acción penal no está comprendida en el patrimonio de los particulares, ni constituye un derecho privado de los mismos; no cabe obligar al ejercicio de la acción

penal por medio del amparo, pues en tal caso dicho ejercicio quedaría al arbitrio de los tribunales de la Federación¹⁵.

Como he mencionado en apartados anteriores, siendo la acción penal de carácter público, conteniendo intereses de índole colectivo, su ejercicio debe estar encargado a la autoridad, que expresamente se ha creado para tal fin, constituyendo así una Representación Social, en todo sentido de la palabra.

-Principio de Disponibilidad.- Que establece; el ejercicio de la acción penal debe encontrarse dentro de los derechos de cada individuo, por lo que será a través de la autorización de éste, que la autoridad puede ejercitar la acción penal. Lo anterior se encuentra relacionado con el aspecto, expuesto en apartados anteriores, de los órganos mediatos e inmediatos respecto a la titularidad de la acción penal, y por lo anterior, considero inoperante el principio de disponibilidad, toda vez que al aceptar dicho principio, tendríamos un retroceso en relación con la aplicación de la justicia penal, volviendo a tiempos en los cuales la venganza privada regía el común de los conflictos. Afortunadamente nuestro sistema jurídico ha seguido el principio oficial, dejando en manos de una Representación Social (Ministerio Público), el ejercicio de la acción penal.

Otros principios los cuales regulan propiamente el ejercicio de la acción penal son.

-Principio de Oportunidad.

-Principio de Legalidad.

¹⁵ 5ta. época, tomo XXXIV pág. 2593.

En el primero de los mencionados se sostiene que, el Ministerio Público, siendo titular de la acción penal, y una vez que ha reunidos suficientes elementos para considerar la existencia de un delito y de un probable responsable, puede decidir, basándose en el impacto social o conveniencia política, el ejercicio o la abstención de éste, de la acción penal, tomando siempre en cuenta la estabilidad del orden social.

Aseveran los afiliados a éste principio, que en muchos casos, al ejercitar acción penal en contra de determinada persona, se altera el orden social, aún más que con la consumación del delito; por lo que es conveniente que la autoridad al tener reunidos los elementos necesarios para ejercitar acción penal, analice todo los aspectos en torno al caso, a fin de poder determinar si es o no oportuno ejercitar acción penal.

El principio de legalidad establece que una vez que el ministerio público ha reunido todos los requisitos que se señalan a fin de ejercitar acción penal, que en nuestro caso serían todos aquellos requisitos señalados en los artículos 14 y 16 constitucionales, se debe ejercitar forzosamente la acción penal, no existe posibilidad de que el Ministerio Público deje de ejercitar acción penal, una vez que se han reunido suficientes elementos para considerar la existencia del delito y la probable responsabilidad del inculpado. Principio que rige actualmente dentro de nuestro sistema jurídico, que aunado al principio oficial, que ya hemos explicado líneas arriba, consolida una garantía de seguridad jurídica y de legalidad, dejando en manos de la autoridad la titularidad de la acción penal, pero obligándola, a través del principio de legalidad a ejercitarla una vez que sean satisfechos los requisitos indispensables para tal efecto.

Los mencionados requisitos que se señalan en el artículo 16 constitucionales, son conocidos como las condiciones mínimas o presupuestos necesarios y son los siguientes:

- a) La existencia de un hecho determinado
- b) Que este hecho se encuentre tipificado como delito y por lo tanto tenga una pena determinada en la ley
- c) Que se cuente con denuncia, acusación o querrela, según sea el caso.
- d) Que el hecho se le impute a una persona física.
- e) Que la denuncia, acusación o querrela, se encuentren apoyadas por declaración bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

En la práctica la llamada consignación es propiamente como se le conoce al ejercicio de la acción penal, y dicha actividad la realiza el Ministerio Público Consignador, cuando la Mesa Investigadora o la Agencia Investigadora, según sea el caso, proponen el ejercicio de la acción penal; éste, el Ministerio Público Consignador, al recibir la averiguación previa con la propuesta de ejercicio de la acción penal, debe estudiarla a fin de cerciorarse que existen elementos suficientes para poder ejercitar acción penal, y en caso de considerar que no se encuentra debidamente integrada, deberá devolver la indagatoria, señalando aquellas diligencias necesarias para integrarla debidamente; pero en caso de considerar que la averiguación previa se encuentra integrada, deberá elaborar

un pliego de consignación, el cual es un escrito dirigido al Juez competente, en el cual el Ministerio Público, fundando y motivando su determinación, ejercita acción penal, poniendo en conocimiento del juez la posible comisión de un delito, es decir, se pide al juez acepte todos los argumentos esgrimidos, a fin de que emita su resolución al respecto. En el mencionado pliego de consignación, el Ministerio Público, deberá solicitar al Juez, en caso de ser consignación Sin Detenido, la correspondiente orden, ya sea de aprehensión o comparecencia, según sea el caso. Pondrá a disposición del Juez, aquellos objetos fedatados en actuaciones y que se encuentren relacionados con los hechos.

Esto es a grandes rasgos la forma y contenido del pliego de consignación, documento en el cual se contiene propiamente el ejercicio de la acción penal, por parte del Ministerio Público, y con el que se inicia la fase persecutoria por parte del Ministerio Público, poniendo en conocimiento al órgano jurisdiccional la posible comisión de un delito.

Cabe hacer mención, que antes de que el Ministerio Público acuda ante el órgano jurisdiccional a solicitar emita una resolución al respecto, de una determinada relación de derecho penal, existe el derecho de querrela o la obligación de denuncia, los cuales, son susceptibles de extinguirse a través de la prescripción; y es por medio del ejercicio de ese derecho a querrellarse o esa obligación de denuncia, que nace o tiene vida el procedimiento penal, en tanto que la acción penal, se encuentra en potencia no ha tomado forma, aún no ha nacido, y es precisamente el momento del ejercicio de la acción penal, que ésta surge a la vida procesal.

V. LA ABSTENCION DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

La fracción X del artículo 3, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, da atribuciones al Ministerio Público para determinar el no ejercicio de la acción penal, señalando en seis incisos, las causas por las cuales el Ministerio Público podrá proponer el No ejercicio de la acción penal.

El No Ejercicio de la Acción Penal, es una de las tres determinaciones a las que el Ministerio Público puede llegar al investigar los hechos a través de la averiguación previa. Es junto con el ejercicio de la acción penal, una de las determinaciones más importantes, ya que el Ministerio Público al concluir su investigación y determinar que no ejercita acción penal, prácticamente está resolviendo, ya sea la no existencia del delito o la inocencia del inculpado. Por lo anterior es que dicha resolución es importante ya que en mucho de los casos no solo es una determinación que se toma, sino que toma las características de una verdadera resolución, y por lo mismo es que actualmente se ha querido regular dicha actividad del ministerio público, a fin de lograr tener mayor control al respecto, ya que anteriormente la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideraba que "cuando ejercita Acción Penal o se niega a ejercitarla, el Ministerio Público es parte en el proceso y contra sus actos es improcedente el amparo. Las actividades del Ministerio Público no son discrecionales; debe obrar de modo justificado y no arbitrariamente"¹⁶; pero actualmente con las reformas de diciembre de 1994, al artículo 21 constitucional, en donde se agrega

¹⁶ 5ta. Epoca, tomo XXXIV, pág.1180.

un párrafo, en el que se establece que podrán ser impugnadas en vía jurisdiccional las resoluciones en cuanto al no ejercicio de la acción penal y desistimiento de la misma, la mencionada tesis jurisprudencial queda en contradicción con el texto constitucional, además y como ya lo exprese líneas arriba, actualiza nuevamente la idea de desistimiento de la acción penal, lo que es una lastima ya que se habían hecho grandes esfuerzos para erradicar dicho término de las legislaciones procesales. Sin embargo y a pesar de las reformas al artículo 21 Constitucional, pocos son los medios para recurrir al amparo en cuanto al no ejercicio de la acción penal, y como lo expondré en el apartado relativo a la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, existe una tesis la cual puede ser de mucha utilidad.

Los seis incisos a los que la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal se refiere, y en los cuales procede el no ejercicio de la acción penal son los siguientes.

1. Los hechos que se conozcan no sean constitutivos de delito.
2. Una vez agotadas todas las diligencias y los medios de prueba correspondiente, no se acredite la probable responsabilidad del indiciado.
3. La acción penal se hubiese extinguido en los términos de las normas aplicables.
4. De las diligencias practicadas se desprenda plenamente la existencia de una causa de exclusión de del delito, en los términos que establecen las normas aplicables.

- 5 Resulte imposible la prueba de la existencia de los hechos constitutivos de delito, por obstáculo material insuperable, y
6. En los demás casos que determinen las normas aplicables.

Al presentarse alguno de estos casos, el Ministerio Público podrá proponer el No Ejercicio de la Acción Penal, pero existe un acuerdo emitido por el Procurador de Justicia del Distrito Federal, marcado con el número A/005/96, por medio del cual se detalla debidamente el artículo 3 fracción X de la Ley Orgánica de la P.G.J.D.F.. Este acuerdo precisa en su exposición de motivos que el Ministerio Público, con estricto apego a los principios de legalidad y certeza jurídica, debe abstenerse de ejercitar acción penal en los supuestos en que no se satisfagan los requisitos que señalan la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las disposiciones legales aplicables. En diez fracciones del artículo cuarto, del acuerdo en comento, se señalan los supuestos en que el Ministerio Público puede proponer el No Ejercicio de la Acción Penal. De forma sucinta señala casos como: que no exista querrela del ofendido o de la persona legalmente autorizada para tal efecto, y el delito sea perseguible a petición de parte, el caso de no reunir y comprobar todos los elementos exigidos en la descripción legal del tipo penal que se trate, o, en caso de encontrarse reunidos dichos elementos no sea posible comprobar la probable responsabilidad del inculpado, el caso en que se compruebe fehacientemente que ha concurrido algunas de las causas enunciadas en el artículo 15 del Código Penal vigente, llamadas de exclusión del delito, entre las cuales, a manera de ejemplo, se encuentra la inimputabilidad del sujeto activo, ya sea por que se encuentre incapacitado mentalmente y por lo tanto no pueda comprender la ilicitud de su actuar; también se menciona como

supuesto para proponer el no ejercicio de la acción penal, la extinción de la misma, posteriormente se señala el caso en que se haya determinado el no ejercicio de la acción penal y se intente nuevamente denunciar al inculpado por los mismos hechos, o existiendo sentencia ejecutoriada se intente juzgar nuevamente al sentenciado por los mismos hechos, lo anterior, respetando el principio general de derecho "non bis in idem", podrá recurrirse al no ejercicio de la acción penal en el caso de que se expida una ley que quite el carácter de delito a los hechos que se investigan, por último se menciona textualmente, en los demás casos que señalen las leyes.

En la actualidad el trámite del no ejercicio de la acción penal, debe cumplir con los siguientes requisitos. Una vez que el Ministerio Público ha acordado en la averiguación previa la propuesta de no ejercicio de la acción penal, debe notificar al denunciante o querellante, según sea el caso, la mencionada determinación a través de correo certificado con acuse de recibo, y una vez que se le haya notificado, el denunciante o querellante contará con un plazo de quince días naturales, a fin de que haga su manifestación al respecto, pudiendo aportar mayores elementos que ayuden a comprobar la inexistencia del supuesto por el que se motive la determinación de no ejercicio de la acción penal; oído que sea el denunciante o querellante el Ministerio Público analizará lo aportado, podrá confirmar o revocar dicha determinación, en caso de confirmarla, enviara la averiguación previa a una coordinación llamada Ministerios Públicos auxiliares del Procurador, quienes estudiarán el caso y de concluir que no se encuentra comprobado el supuesto invocado, devolverán la averiguación previa, solicitando las diligencias que sean pertinentes o en su caso decretaran la no procedencia del ejercicio de la acción penal. En el supuesto en que

se determine la procedencia del no ejercicio, se remitirá la averiguación al subprocurador correspondiente, cabe hacer mención que dentro del mencionado acuerdo A/005/96 se establece la competencia para cada uno de los subprocuradores; el cual dará su autorización al respecto, cerrándose dicho expediente y archivándose

Es así como se realiza el proceso en caso de que se determine el no ejercicio de la acción penal, y con ese proceso lo que se intenta es dar oportunidad al denunciante o querellante, para que aporten mayores elementos de prueba y, en su caso, si así es procedente se logren realizar las diligencias necesarias a fin de tomar una determinación con más apego a derecho.

VI. LA ACTIVIDAD DEL MINISTERIO PUBLICO AL PRESENTAR CONCLUSIONES.

Las conclusiones en el proceso son el punto de partida para el juicio, la etapa final en que las partes -Ministerio Público y Defensa- hacen del conocimiento al juzgador de sus pretensiones, y que tienen la finalidad de que las mismas fijen sus posiciones respecto a los hechos investigados. Son una exposición sucinta y metódica de los hechos, apoyándose de las disposiciones legales y doctrinales aplicables. Para tal efecto, ambas partes al formular sus conclusiones, deben tener como base las pruebas que han sido vertidas en actuaciones a fin de comprobar la verdad histórica y la personalidad del delincuente, siendo estos dos últimos aspectos, lo que se conoce como fines específicos del proceso.

El Ministerio Público, a quien se ponen en primer término a la vista el expediente para que en un plazo de cinco días formule sus conclusiones; en ellas deberá vertir todos aquellos argumentos que considere idóneos a fin de solicitar al juez declare esa pretensión punitiva en favor del Estado, es decir, solicita le sea aplicada al procesado la consecuencia señalada en la ley para el caso concreto, pudiendo ser una pena o bien una medida de seguridad; en caso contrario, y una vez que el Ministerio Público ha estudiado y analizado debidamente el contenido de actuaciones, éste podrá solicitar, expresando para ello las razones de hecho y de derecho, la libertad del procesado y el sobreseimiento de la causa. Por lo tanto se afirma que las conclusiones del Ministerio Público pueden ser acusatorias o no acusatorias.

En las conclusiones acusatorias el Ministerio Público manifiesta todos aquellos argumentos, tanto de hecho como de derecho, basándose para tal efecto en el material probatorio aportado en actuaciones y apoyándose en leyes aplicables, doctrina y tesis jurisprudenciales. Del artículo 316 a 319 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se indican algunos de los requisitos de forma que deben reunir las conclusiones, como son: presentarlas por escrito, indicando el número de juzgado ante quien se presenten, nombre del procesado, que deban contener una exposición de los hechos, invocar preceptos de derecho, doctrinales y jurisprudenciales aplicables, y señalar puntos concretos de acusación. En cuanto al fondo o contenido, esa exposición de hechos debe ser sucinta y metódica, haciéndose un estudio de las pruebas vertidas en actuaciones, y en relación al delito y a la personalidad del delincuente, a fin de que el juez

pueda imponer una pena o medida de seguridad al responsable, basando dicho pedimento en hechos concretos.

Es a partir del momento en que el Ministerio Público formula sus conclusiones acusatorias, que el procesado pasa a ser acusado, y en donde la pretensión punitiva entra en la fase de acusación en donde se concretiza aún más.

Formuladas las conclusiones del Ministerio Público, el expediente se pone a disposición de la defensa, para que dentro de cinco días, formule las suyas, las cuales tienen la finalidad de solicitar la inculpabilidad de quien ha sido acusado. Una vez que han sido expresadas la conclusiones acusatorias del Ministerio Público, éstas no pueden modificarse por causas superveniente, a menos que dicha modificación favorezca al acusado.

Por cuanto hace a las conclusiones inacusatorias o no acusatorias, estas al igual que las acusatorias, deben contener una exposición sucinta y metódica de los hechos, y por medio de las cuales el Ministerio Público decide no acusar al procesado, ya sea por que del estudio realizado por el M.P., se desprenda que el delito no haya existido o por que se de en favor del procesado alguna causa de justificación o eximente de responsabilidad.

Una vez que el Ministerio Público formula sus conclusiones no acusatorias, el juez en vez de poner a vista de la defensa el expediente, enviara al Procurador de Justicia las conclusiones, para que éste en un término de diez días las confirme, revoque o modifique según sea el caso; y si el Procurador de Justicia confirma dichas conclusiones el juez

deberá poner de inmediato en libertad al procesado. El artículo 320 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, atinadamente menciona que se tendrán por conclusiones no acusatorias aquellas en las que no se concrete la pretensión punitiva, es decir aquellas en donde no se solicite al juez se aplique una pena o medida de seguridad al responsable

VII. POSTURA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

El juzgador tiene como fin imponer la norma al caso concreto, es decir, la ley le marca el camino a seguir a fin de impartir justicia, pero no es un límite o barrera en su actuar. El legislador al hacer un estudio de la problemática social, política o económica, y posteriormente plasmarla en una ley abstracta, cumple con su fin, dejando al juzgador aquellos problemas que se presenten cuando dicha ley abstracta entra en conflicto con la realidad, con el caso concreto, y el cual debe resolverlo interpretando para tal fin la norma abstracta. A la mencionada interpretación se le conoce como Jurisprudencia.

Cabe hacer mención que constituye jurisprudencia: las ejecutorias de la Suprema Corte de justicia, funcionando en pleno, siempre y cuando lo expresado en ellas, se sustente en cinco sentencias o ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario; las ejecutorias de las salas de la Suprema Corte de Justicia, en los mismos términos cinco en el mismo sentido; las ejecutorias de los Tribunales Colegiados de Circuito, y constituyen también jurisprudencia, las tesis que resuelvan las contradicciones de sentencias¹

Los efectos de la Jurisprudencia son cuatro. ya sea confirmar la ley, en el caso en que la jurisprudencia confirme el sentido claro y preciso de la ley; interpretando la ley, en cuyo caso el juez no sólo aplica como un acto reflejo, sino que hace una interpretación de la misma, poniendo al descubierto el verdadero sentido del legislador; supliendo a la ley cuando llena vacíos o lagunas que ésta contenía y que la hacía inaplicable; o bien, derogando, modificando o abrogando aquellas normas de derecho inoperantes, efecto que no se encuentra permitido dentro de nuestro sistema jurídico.

Con lo anterior, pasemos a exponer algunas de las tesis jurisprudenciales, relativas a la acción penal, su ejercicio, la abstención del ejercicio entre otras, a fin de conocer la postura de la Suprema Corte de Justicia, y si cumple con lo que hemos mencionado al respecto.

Respecto a la acción penal he expuesto una jurisprudencia que trata de definirla, manifestando que la acción penal es la potestad jurídica que el Estado delega a 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 Estado².

"La acción penal como derecho de persecución nace cuando se ha cometido un delito y prescribe con el transcurso del tiempo si no se ejercita por el Ministerio Público,

reclamando del órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el hecho que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe de aplicarse al delincuente" ¹⁷.

"La acción penal no está comprendida en el patrimonio de los particulares, ni constituye un derecho privado de los mismos; no cabe obligar al ejercicio de la acción penal por medio del amparo, pues en tal caso dicho ejercicio quedaría al arbitrio de los tribunales de la Federación"¹⁸.

"El ejercicio de la acción penal corresponde en exclusiva al Ministerio Público y a la Policía Judicial, que debe estar bajo el mando de aquél, cosa que constituye una innovación trascendental de la Constitución de 1917, la cual impuso que los jueces dejaran de pertenecer a la Policía Judicial"¹⁹.

"Cuando ejercita acción penal o se niega a ejercitarla el Ministerio Público es parte en el proceso y contra de sus actos es improcedente el amparo. Las actividades del M.P. no son discrecionales; debe obrar de modo justificado y no arbitrario"²⁰.

Actualmente al reformarse el artículo 21 constitucional, como ya he mencionado se agregó un párrafo el cual establece que contra las resoluciones de no ejercicio de la acción penal y desistimiento de la misma, procede la impugnación en vía jurisdiccional,

¹⁷ 1a. Sala. Informe 1961, pág.43. Estado de Guanajuato.
A.D. 7581/60/1a.

¹⁸ 5ta. época T.XXXIV, pág.2593

¹⁹ 5ta. época T.XIV pág. 924

²⁰ 5ta. época. T. XXXIV pág.1180.

omitiendo mencionar o establecer que tipo de recurso procede, con lo cual se ha desatado una confusión al respecto

El tercer tribunal colegiado en materia penal, del primer circuito, al analizar la solución de no ser procedente el amparo para combatir la resolución de no ejercicio de la acción penal afirmó: "ahora se establece la vía jurisdiccional para demostrar la legalidad de esos actos de autoridad, y esa vía solo puede ser el juicio de amparo, estatuido para defender las garantías individuales, siendo por ello incorrecto que el juez de distrito deseche por improcedente una demanda de amparo en el que señala como acto reclamado el no ejercicio de la acción penal, argumentando que no se ha determinado por la ley reglamentaria, la vía jurisdiccional para impugnar esos actos del M.P , sin tomar en cuenta que la defensa de las garantías individuales tienen su ley reglamentaria que es el juicio de amparo, siendo por ello procedente que se estudie el problema planteado, por que es una garantía individual, la reforma constitucional precisada²¹.

La resolución antes citada es de gran importancia, puesto que establece un precedente a fin de dictar jurisprudencia al respecto, dando así armas a los ofendidos por el delito a fin de acudir, a través del amparo a impugnar tales determinaciones del Ministerio Público. Aún cuando también considero correcta la apreciación que se hace en la tesis jurisprudencial respecto a mencionar que no es procedente el amparo en contra de la determinación de no ejercicio de la acción penal, ya que se dejaría al arbitrio de los

²¹ R/P 479 Ponente GUILLERMO VELAZQUEZ FELIX. SRIO. HECTOR MIRANDA LOPEZ.

tribunales de la Federación dicho ejercicio, lo cual constituye una violación al principio de autonomía de las funciones procesales, consagrado en el mismo artículo 21 constitucional.

CAPITULO III. FORMAS DE EXTINCION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Se ha discutido mucho en la doctrina si con las llamadas causas de extinción, lo que en verdad se extingue es el delito, la responsabilidad del inculcado o la acción penal. Maggiore, en su obra Derecho Penal, afirma "que la supuesta extinción del delito no es otra cosa que la extinción de la potestad punitiva o de la perseguibilidad del delito"²², que como ya he mencionado, se conoce también como la pretensión punitiva del Estado. Sin embargo tanto en la doctrina como en la practica, no se hace tal referencia, concretándose, por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, a mencionar que son causas de extinción de la Responsabilidad Penal; y posteriormente al establecer las causas menciona que lo que se extingue es, o bien, la acción penal, o la pena

Doctrinariamente, podemos distinguir entre causas extintivas comunes al delito y a la pena, causas extintivas generales del delito, y causas extintivas de la pena.

Entre las causas extintivas comunes al delito y a la pena encontramos:

- a) Muerte del delinciente, y
- b) La amnistía.

²² Guiseppe Maggiore, Derecho Penal, vol.II, Edit. Themis, Bogotá, Colombia 1987. pág. 350.

Causas extintivas generales al delito.

a) Muerte del delincuente,

b) Amnistía,

c) Prescripción, y

d) Perdón del ofendido.

Causas extintivas de la pena:

a) Prescripción,

b) Indulto, y

c) Cumplimiento de la pena o medida de seguridad.

I. MUERTE DEL DELINCUENTE.

En el Código Penal dentro del título quinto, se contemplan diversas formas de extinción de la responsabilidad penal, en primer término se menciona la Muerte del Delincuente, y una vez más por falta de técnica de nuestros legisladores, se menciona dentro del artículo 91 del Código en comento, que la muerte del delincuente extingue, y ya no menciona la responsabilidad penal, sino la acción penal.

La muerte del delincuente es la primera de las causas de extinción de la responsabilidad penal, lo anterior obedeciendo al principio romano "crimen extinguitur mortalitate", el crimen se extingue con la muerte.

Dicho principio rigió en gran parte de la época romana, sin embargo durante la etapa del derecho intermedio, se autorizaba proceder en contra de los muertos, llevándose el juicio correspondiente, y a través de la "damnatio memoriae", se permitía la condena en efigie en otros casos la ejecución de cadáver. Posteriormente en la época del derecho moderno, se instituyó el principio "mors omnia solvit", la muerte todo lo deshace, con lo cual se volvió a lo que anteriormente regía.

Actualmente la figura Muerte del delincuente, cumple con el principio consagrado en el artículo 22 constitucional, en el que se menciona que las penas trascendentales quedan prohibidas.

Siendo la función de procuración de justicia una actividad, en la que se busca dentro de otros aspectos, la aplicación por parte del órgano jurisdiccional de la consecuencia señalada en la ley al infractor de la misma, resulta inoperante el hecho de que muerto el probable responsable, se investigue el hecho y se trate de ejercitar acción penal en contra de él, por lo tanto, al morir el probable responsable, término que considero debía consagrar el artículo 91 del Código Penal vigente, cuando se refiere a la extinción de la acción penal, y en todo caso muerte del sentenciado al hablar de extinción de la pena, toda vez que el término delincuente lo considero como una mera etiqueta social; lo que en realidad se extingue es la pretensión punitiva, ese interés que el Estado tiene de que al

inculpado se le aplique la consecuencia señalada en la ley, por lo que faltando el elemento "inculpado", dicho interés del Estado se ve extinto al morir el probable responsable; y digo que no se extingue la acción penal, ya que en caso de que el procesado muera, existiendo por tanto previamente el ejercicio de la acción penal, ésta, según el código se extinguiría, entonces que fue lo que ejercito el Ministerio Público, ¿algo inexistente?, pues obviamente no, ejercito acción penal, lo que acontece es que se extingue la pretensión punitiva, muerto el "delincuente" se extingue el interés de perseguir y castigar al mismo.

II. AMNISTIA.

Amnistía, término que proviene del griego "amnestía", que significa olvido, y que en nuestro sistema jurídico se refiere al perdón de ciertos delitos, sobre todo de carácter político, que se otorga mediante una ley o decreto, la cual funciona para una pluralidad de personas y por lo regular dicha ley en que se de la amnistía, se dicta una vez que se ha ejercitado acción penal por el delito que se trate, es un olvido del delito, mediante ella se tienen por no realizados los hechos y por lo tanto no se conservan registros de las personas que fueron beneficiadas; y por ello más que extinguiese la acción penal, lo que existe es propiamente un perdón por parte del Estado, con lo cual renuncia al derecho de perseguir y castigar a los procesados, siendo una institución meramente política o por conveniencia estatal.

La amnistía que tiene su antecedente próximo en la conocida indulgencia del príncipe, la cual contenía la amnistía, el indulto y la gracia, y mediante ella se hacía valer la contraposición del "ius puniendi", el "ius gratiandi" derecho de perdonar.

La amnistía siendo de carácter eminentemente general, política y colectiva, como ya he mencionado, despliega un poder abolutivo, tanto sobre el delito, lo que se considera como amnistía propia, como sobre la pena, amnistía impropia.

III.- PERDON DEL OFENDIDO.

El perdón del ofendido es otra de las formas de extinción de la responsabilidad penal, y la cual opera únicamente en aquellos delitos que se persigan a petición de parte ofendida o querrela. Siendo la querrela un requisito de procedibilidad a fin de que la autoridad pueda ejercer su pretensión punitiva y con ello hacer uso de la acción penal, faltando ésta, no es posible hacer uso de la acción penal; el perdón del ofendido es aquel acto unilateral por el cual el afectado por un delito, el cual pueda perseguirse por querrela, por medio del cual manifiesta no tener ya interés

alguno de que sea perseguido y castigado el probable responsable, de igual forma puede otorgar perdón aquel legitimado para otorgarlo, en caso de ser ofendida una persona moral. Con el perdón lo que acontece es que el ofendido de un delito, al otorgarlo renuncia a ese derecho que la ley le otorga de dar la anuencia a la autoridad correspondiente, renuncia a su parte proporcional dentro de la pretensión punitiva, por ser miembro del

Estado. Según el artículo 93 del Código sustantivo penal en vigor, establece que el perdón del ofendido se puede otorgar hasta antes de que el Ministerio Público haya ejercitado acción penal, por cuanto hace a la etapa de averiguación previa, y puede otorgarlo ya en el proceso, hasta antes de que se dicte sentencia, por cuanto hace al perdón una vez que se ha dictado sentencia, dicho precepto establece que éste se puede otorgar, siempre y cuando sea en forma indubitable y ante la autoridad ejecutora.

IV. INDULTO.

El indulto es una figura por la cual, se produce únicamente la extinción de la pena, siendo éste una facultad que tiene el poder ejecutivo de otorgar a una persona sentenciada la remisión de la pena que le ha sido impuesta. Existe el indulto gracioso, el cual es potestativo para el Estado (Ejecutivo), y se otorga en la mayoría de los casos por política criminal o conveniencia social, el indulto necesario es aquel que se concede cuando se concluye que el sentenciado no cometió el delito, ya sea por la aparición de nuevas pruebas que hagan fehaciente la anterior conclusión, también se otorga en aquellos casos en que se dicta una ley que le quita el carácter de delito al hecho realizado por el sentenciado.

El indulto a diferencia de la amnistía, se concede en muchos de los casos de forma individual, no entraña el perdón de la reparación del daño, además de que no borra el delito, es como si hubiere cumplido la pena.

V.- CUMPLIMIENTO DE LA PENA O MEDIDA DE SEGURIDAD.

Esta es una consecuencia lógica de todo el proceso penal, en el cual se dicta una pena o medida de seguridad, y el reo la cumple, no existiendo interés alguno por parte del Estado, ya que ha visto concretizada y cumplimentada la exigencia punitiva.

Una vez que se ha cumplido con la sentencia condenatoria que se le ha impuesto al acusado, convirtiéndose en sentenciado, para posteriormente siendo reo someterse a la misma, cumpliéndose ésta en los lugares que se determinen para tal efecto dentro de la sentencia.

VI.- PRESCRIPCION.

La prescripción, figura por la cual con el simple transcurso del tiempo se extingue la responsabilidad penal así como la sanción, con la prescripción el Estado se autolimita en su poder de castigar a los delincuentes, por la simple razón del transcurso del tiempo.

Como es bien sabido, en nuestro ordenamiento jurídico el transcurso del tiempo tiene dos efectos fundamentales, la adquisición de derechos, llamado Usucapión, y la pérdida de derechos, conocido como prescripción. La prescripción en materia penal tiene como fundamento en que, relativo a la sanción, resultaría tardía se ejecución y por lo tanto

sería poco útil ya que no se lograría en principio un ejemplo para los demás y no lograría la readaptación del infractor

En los siguientes dos capítulos hablaré a fondo de esta figura mencionando sus antecedentes históricos, sus fundamentos y su operancia en la práctica.

"Por la prescripción, se produce la cesación de la potestad punitiva del Estado al transcurrir un periodo de tiempo fijado por la Ley"²³.

²³ Idem. pág. 256.

CAPITULO IV. PRESCRIPCION

I. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PRESCRIPCION.

Como he mencionado en el capítulo que antecede, siendo la prescripción una figura por la cual el Estado se autolimita en el ejercicio de su potestad punitiva, es importante estudiarla a fondo, tomando para ello como punto de partida sus antecedentes históricos, a fin de poder comprender dicha figura y su fundamento en la actualidad.

1.ROMA.

Siendo la cultura romana un pilar indiscutible en el desarrollo del derecho en general, y de sus instituciones, es necesario comenzar por analizar, lo que en Roma se entendía y conocía a cerca de la prescripción en materia penal.

Existe como antecedente claro de la figura de la prescripción en cuanto a la materia penal, en la llamada "Lex Iulia Adulteriis", expedida en al año 18 a.C., la mencionada ley otorgaba un plazo de cinco años al ofendido por el adulterio, a fin de acudir ante el tribunal a exigir se le aplicara castigo a los adúlteros.

Siendo el anterior el antecedente histórico documentado más antiguo, hay quienes afirman que los griegos conocían la figura de la prescripción en cuanto a la materia penal, lo cual parece lógico, ya que si tomamos en cuenta la gran influencia helénica dentro de la cultura romana no es nada descabellado pensar que los griegos conocían y aplicaban la prescripción en cuanto a los delitos. El maestro Sergio Vela Treviño, en su obra cita un relato de la obra *Elocuencia Griega*, en el que se hace alusión a la defensa que realizó de sí mismo Demóstenes en contra de Esquines, argumentando el primero de los mencionados que cuando se estuvo en tiempo de reclamarle que fuera responsable por sus actos y le fuera aplicable una sanción no se intentó dicho reclamo, ya que ahora que se le reclama a operado el transcurso del tiempo y con ello la prescripción²⁴.

Sin embargo, siendo la "*lex iulia adulteriis*", el antecedente documentado más antiguo, cabe señalar que el dato que se tiene de la prescripción ya institucionalizada, la encontramos posterior a la época de Constantino, ya que durante el mando de Constantino existía un límite de un año a fin de evitar que los procedimientos fueran excesivamente largos, sin embargo y a pesar de dicho límite, se comenzó con una práctica mañosa de sobrepasar dicho término, a lo cual se tuvieron que fijar límites más estrictos, consecuentemente dicha limitación comenzó a operar respecto a la perseguibilidad de ciertos delitos, teriéndose como regla principal el plazo de cinco años para intentar la acción en contra de los delitos como el adulterio, lenocidio y estupro; así como fijando el término de veinte años por cuanto hace a delitos públicos, existiendo delitos

²⁴ Vela Treviño, Sergio. "*La Prescripción en materia Penal*". Edit. Trillas, México 1991. pág.30,31.

imprescriptibles como el parricidio, entre otros. Esta idea de la prescripción de la perseguibilidad de los delitos surge durante la época de Dioclesiano y Maximiliano (entre los años 302 y 294 a.C.).

En cuanto a la prescripción de la pena impuesta, durante la época romana, nada hay al respecto; se menciona por algunos autores en la materia que los romanos eran muy cuidadosos y expertos en cuanto a la imposición y ejecución de la pena, por lo que difícilmente se dejaba de aplicar la misma; a manera de ejemplo tenemos el caso en que al condenado le era impuesta una pena de 300 azotes, y aun cuando el condenado muriera a los 200, se tenía que cumplir con la pena impuesta, con lo anterior trato de manifestar que en cuanto a la pena los romanos eran sumamente especialistas tanto en la aplicación como en su ejecución, y por ello nada existía en cuanto a la prescripción de la misma.

En cuanto a la prescripción dentro del derecho bárbaro, existe el antecedente, dentro de la ley de los visigodos en la cual se establecía la prescripción en cuanto a los delitos perseguible a petición de parte, y poco a poco la gran influencia del derecho romano modificó el ordenamiento bárbaro en donde se comenzó, siglos después el estudio de todas las instituciones jurídicas del derecho romano.

2. DERECHO CANONICO.

En cuanto al ordenamiento canónico, éste domino toda Europa durante la Edad Media. Con el nombre de cánones fueron designados, desde los principios del siglo IV, las normas jurídicas de la iglesia. El código de derecho canónico, el cual es el ordenamiento único de ésta disciplinase encuentra dividido en cinco libros:

- 1.- Normas Generales.
- 2.- Derecho Personal.
- 3.- Derecho Real.
- 4.- Procedimiento.
- 5.- Derecho Penal.

Dentro de las disposiciones de tipo penal el derecho canónico asociando la idea de delito con pecado, encontramos que la prescripción por cuanto hace a la sanción impuesta, no era aceptada, sin embargo existía la posibilidad de invocar la prescripción de la acción criminal, es decir, exclusivamente de la acción persecutoria

Se habla como regla general de un término de veinte años para intentar una acción criminal, y en cánones, -término equivalente a artículo de una codificación seglar-,

posteriores 1702 y 1703 ²⁵, se establece en primer término, que la acción criminal prescribe en un tiempo útil para proponerla, y posteriormente se establecen excepciones que tienen plazo determinados para prescribir, vrg.-tres años en general, uno para injurias, cinco para delitos relacionados con los mandamientos 6º y 7º, y diez años para el homicidio-. Pero puede afirmarse que la regla general en legislaciones penales europeas, influenciadas en primer lugar por el derecho romano y posteriormente con el derecho canónico, para la prescripción de la acción persecutoria de los delitos era de veinte años. Mencionan investigadores del derecho canónico como Casonius y Priori, que transcurridos veinte años no solamente no se castiga al delincuente, sino que ni siquiera se le investiga, queda en el olvido el delito.

²⁵ Decretales de Gregorio

3. DERECHO FRANCES.

En 1791, al dictarse en Francia el Código de Instrucción Criminal, se superan muchas de las ideas añejas referentes al tema de la prescripción de la acción persecutoria de los delitos, estableciéndose, por otra parte, en 1642 por el parlamento de París, mediante un decreto, la prescripción de la pena impuesta. Las ideas que son superadas en el mencionado código francés, son aquellas referentes a la imprescriptibilidad de ciertos delitos, estableciéndose la prescripción de la acción criminal, para todos los delitos. Por ello no pueden existir, como sucedía en el derecho romano y en antiguas jurisprudencias de la Edad Media, delitos imprescriptibles; sin embargo, en leyes italianas posteriores al Código de Instrucción Criminal Francés, de fecha aproximada 1819, se seguían manteniendo las ideas de imprescriptibilidad de la acción persecutoria de delitos tales como ultrajes a la religión, y los llamados de lesa majestad, ya Beccaria, en los años de 1763-1764, al escribir su obra "Dei delitti e delle pene", Tratado de los delitos y de las penas, menciona en el capítulo XXX, que "aquellos delitos atroces que dejan en los hombres una larga memoria, si están probados, no merecen prescripción alguna en favor del reo que se ha substraído con la fuga"²⁶, con lo cual podemos darnos cuenta que a pesar de que la mencionada obra de Beccaria, recogía en gran parte el sentir de la época y sobre todo de las legislaciones penales europeas del siglo XVIII, los franceses rompen

²⁶ Beccaria, César de Bonnessana. Tratado de los delitos y de las penas. Edot. Porrúa, 6ª edición facsimilar. México 1995. pág. 151.

con todas aquellas ideas, y pensadores como Voltaire, quien criticó la tortura como medio de prueba legal, afirmando que se debía castigar pero castigar útilmente, y que además luchó en contra de la pena de muerte, o como Rousseau, quien en su obra "El Contrato Social", afirma que la criminalidad es la prueba más clara de que el pacto social se encuentra mal estructurado, concluyendo que el hombre es bueno por naturaleza; pugnan por una mejor regulación en cuanto a la limitación del Estado por perseguir los delitos, logrando influenciar de tal modo, que la codificación criminal, a que hemos hecho referencia establece la prescripción de la acción persecutoria para todos los delitos, sin exclusión alguna.

4. DERECHO ESPAÑOL.

El derecho español, al ser una legislación europea, la cual se vio influenciada grandemente, en primer término por el derecho romano, posteriormente por el derecho bárbaro, así como también por el derecho musulmán, en un principio aceptó las ideas de la prescripción de la acción persecutoria, sin embargo existían delitos como el homicidio violento, estupro y violaciones, considerados imprescriptibles. En tanto, al dictarse el Código Penal de 1850, se argumenta que al establecerse dentro del artículo 132 que la acción persecutoria prescribe por el simple transcurso del tiempo, sin importar el delito del que se trate; se tomó en cuenta que a pesar de que puede considerarse como contrario a los principios universales de justicia o a la doctrina misma, pero el simple transcurso del tiempo trae consigo una fuerte e ineludible fuerza destructora, no existiendo en la

naturaleza constitución o condición de vida que pueda resistirse a la acción del tiempo, por lo tanto, es incuestionable que, los delitos aterradores ayer, la penas ejemplares hoy, dentro de más o menos años, si no precisamente los damos al olvido, pierden de seguro su importancia²⁷. Con lo anterior podemos observar que ya en 1850 se considera en España que no existen delitos imprescriptibles y que la pena impuesta es susceptible de prescribir.

Como nota curiosa es preciso señalar, que en España al entrar la influencia bárbara dentro del sistema jurídico, a través del llamado Fuero Juzgo, el derecho bárbaro, caracterizado por su gran dureza y crueldad, se fue atenuando con la corriente española de la época, sin embargo, y con motivo de la invasión musulmana, se dictaron fueros estrictos y crueles, sin embargo en un fuero llamado de León, relativo a la prescripción, se señalaba un término de nueve días para perseguir al autor de un homicidio, con la salvedad de que si los parientes del occiso lo capturaban, se daba derecho a la venganza.

²⁷ Comentario de Azcutia, citado por Demetrio Sodi. "Nuestra Ley Penal". Pág. 394

5.- DERECHO MEXICANO.

En México, nuestro primer código penal, como nación independiente se promulgó en 1871, durante el mandato del Presidente Juárez. El mencionado Código fue conocido por el nombre del presidente de la comisión redactora encargada de su elaboración, el Licenciado Martínez de Castro, y dentro del ordenamiento en comento se recogieron muchas de las ideas más innovadoras de la época. Como he mencionado, los ordenamientos españoles que regían en México antes de la independencia, contemplaban la figura de la prescripción de la acción persecutoria, pero contenían algunas excepciones que daban origen a ciertos delitos, el carácter de ser imprescriptibles.

Con el código Martínez de Castro se reconoció que por el transcurso del tiempo la acción persecutoria de los delitos y la misma sanción impuesta, eran susceptibles de extinguirse, ya que con la acción de éste la alarma y escándalo que produce la comisión de un delito se disipan, tornándose su persecución y castigo para la sociedad, como un acto de crueldad por parte del Estado hacia el infractor. Fundamentando de ésta forma a la figura de la prescripción, el código de referencia comienza a sentar los términos y reglas para la operancia de dicha figura.

Así encontramos que se fija un término mínimo de tres años o el equivalente a la pena, para aquellos delitos que tengan señalada una pena corporal, la de suspensión o destitución del empleo o cargo, o la de suspensión en el ejercicio de un derecho o profesión; en cuanto a los delitos que sean perseguibles a petición de parte ofendida les

fijó un término de un año contado a partir de que se tenga conocimiento del delito y del delincuente, tres años fuera de ésta caso.

Los anteriores términos podemos afirmar, son la regla general para la prescripción de los delitos perseguibles de oficio y los perseguibles por querrela. También se señalan otros dos términos, el primero de ellos fija un año para aquellos delitos que merezcan como pena arresto o multa menor, y el segundo en el que se fijan doce años para el caso de tratarse de delitos que merecieren de pena la capital o la de inhabilitación o privación.

Una vez que fija los términos con los cuales regula la prescripción, el Código de Martínez de Castro, establece la carta final de extinción de las ideas de imprescriptibilidad de los delitos, mencionado que "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"²⁸.

Para el año de 1903, se convocó a una comisión a fin de encargarle reformar el Código de 1871, y a pesar de haber estallado la guerra de Revolución, en 1912 ya se tenían las reformas correspondientes. Por cuanto hace a la prescripción se establecía en las reformas algo semejante a lo que establecía el Código de Martínez de Castro. En tanto que se proponía la eliminación del artículo que hemos mencionado, eliminaba la imprescriptibilidad de los delitos, esto, por razones obvias ya que el plazo señalado para

²⁸ Art. 267 del Código Penal de 1871.

cinco años, y si el delito tuviera una pena mayor de diez años, prescribirá en diez años. Al observar las reglas que establecía dicho código, podemos darnos cuenta que existían serias contradicciones por cuanto hace a los delitos perseguibles de oficio, existiendo en general, un término mínimo de seis meses y uno máximo de diez años. En cuanto a los delitos perseguibles por querrela establecía idénticos términos que el Código de Martínez de Castro.

Para reforzar nuestro punto de vista de que dicho ordenamiento contenía muchas contradicciones, dentro de su articulado volvió, desgraciadamente, a establecer, aún cuando no era la verdadera intención del legislador, la imprescriptibilidad ya superada anteriormente, ya que en su artículo 260 establecía algunas reglas que hacía propiamente inaplicables las relativas a la prescripción y señaladas líneas arriba. Dichas reglas se refería que para poder aplicar la prescripción era necesario que durante el tiempo establecido no se haya intentado la acción correspondiente al delito; que el acusado durante el tiempo mencionado no cometa un nuevo delito; que haya sido la primera vez que delinquiró; que no se trate de un homicidio, lesiones calificadas, incendio, violación, asalto, secuestro o robo con violencia, y además, que el acusado no se haya sustraído de la acción de la justicia, ocultándose.

Es por lo anterior que aún cuando no se expresa literalmente la imprescriptibilidad de los delitos, el multicitado ordenamiento nada hace respecto a solucionar el caso de tratarse de un reincidente, o más grave aún, en caso de tratarse de un homicidio, lesiones calificadas, incendio, violación, asalto secuestro o robo con violencia, siendo por lo tanto dichos delitos, imprescriptibles.

Por suerte y debido a las grandes contradicciones que dicho ordenamiento contenía, su vida fue corta y para 1931 entró en vigor nuestro actual Código Penal para el Distrito Federal en el fuero común y para toda la República tratándose del fuero federal. Estableciendo reglas por cuanto hace a la prescripción que serán motivo de análisis en el siguiente capítulo

Sin embargo cabe mencionar que en cuanto a la sistemática para mencionar a la prescripción en sus dos aspectos, de la acción persecutoria y de las sanciones, los Códigos antes mencionados (1871 y 1929), los separaban atinadamente, reservando un capítulo especial para cada una de las figuras mencionadas, en tanto que nuestro actual código bajo el título "Causas extintivas de la Responsabilidad Penal", trata indistintamente las dos figuras, afirmando que por la prescripción se extingue la acción penal y la sanción.

CAPITULO V. PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.

I. FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCION.

Es indudable que el transcurso del tiempo en todo ámbito y materia, tiene gran relevancia; ya sea una preocupación natural por la vida, el futuro y otras muchas cuestiones por la que los hombres nos preocupamos ante el inevitable transcurso del tiempo. Por lo anterior el tiempo dentro del derecho trae consigo consecuencias igualmente inevitables, y es a través del instituto de llamado prescripción, que el derecho se ha encargado de regular el mencionado fenómeno del tiempo.

Siendo, como lo veremos apartados más adelante, el vocablo prescripción no el más adecuado para significar el transcurso del tiempo, éste ha sido sin embargo utilizado desde hace mucho tiempo, así encontramos diversas acepciones dentro del derecho de la prescripción. Por cuanto hace al derecho civil la prescripción es una figura por la cual se pueden adquirir o perder derechos, de carácter personal o real, es decir, sobre bienes inmuebles, o bien, se habla de la prescripción como una excepción con la que cuenta el deudor frente a su acreedor. Al hablar nuestro Código Civil sobre la Prescripción adquisitiva, es decir, aquella que por el transcurso del tiempo se obtienen derechos reales, utiliza el término Prescripción en forma inadecuada, ya que a la adquisición de derechos reales, por medio del uso del inmueble, en forma pública, pacífica y continua, a través de

determinado tiempo; es correcto denominarla Usucapión, reservándose el término prescripción a la pérdida de derechos por el simple transcurso del tiempo.

Por cuanto hace al ámbito del derecho penal, la figura de la prescripción es una forma de autolimitación del poder soberano del Estado de ejercitar su potestad punitiva, es decir la facultad que tiene el estado de perseguir los delitos y los delincuentes, y es tiempo de señalar, que el término persecución de los delitos es inexacto, ya que en verdad lo que se persigue e investiga es el hecho que se presume delictivo, no el delito en particular, tal y como lo afirma el maestro Colín Sánchez, quien manifiesta que no es posible manifestar, como afirma la constitución general de la República que la persecución de los delitos es función exclusiva del Ministerio Público y de la Policía Judicial, la cual estará bajo el mando inmediato de aquel, ya que no es posible que el Ministerio Público vaya tras un homicidio, o señale un fraude y lo persiga, sino lo que acontece es que se persigue e investiga un hecho que puede ser constitutivo de un delito, es decir, se investiga una acción u omisión, cometida por determinada persona, la cual presumiblemente puede llegar a constituir un delito. Hecha tal aclaración y esbozada la figura de la prescripción, comenzaremos a estudiar a fondo dicha figura.

Aun cuando en la actualidad, el debate en primer término, de la existencia del derecho de penar por parte del Estado; y en segundo término, la aceptación de la figura de la prescripción, se encuentra casi resuelto, toda vez que en todas las legislaciones del mundo es aceptada la existencia del Derecho Penal, como un derecho público, así mismo es reconocida la figura de la prescripción. Sin embargo el fundamento de ésta última ha sido visto de diversas formas: por lo tanto tenemos que autores clásicos como Carrara

quien afirma que la prescripción encuentra su fundamento, tanto de la acción como de la sanción, en el hecho indiscutible de que el tiempo provoca dentro del sentir humano, el olvido, es decir, aquellos delitos que en un principio causan alarma dentro de la sociedad, con el tiempo, además de hacer difícil la justificación del inocente, hace surgir el daño social, lo que provoca una reacción en los sujetos, ya sea en los buenos, en los cuales se ha disipado el temor, o en los malvados, en quienes la aplicación de la pena pierde su fuerza de ejemplaridad, haciendo inoperante la investigación del mismo. Eugenio Florian fundamenta la prescripción afirmando, que la ley no es que prometa a aquellas personas que cometen un delito y se sustraen a la acción de la justicia, un premio por su astucia, lo que acontece es que el tiempo produce una disminución y hasta desaparición de la alarma social producida con la comisión de un delito, por lo cual resulta ilógico seguir investigando el hecho, ya que, más que ver la sociedad al Estado como protector de la paz social, vería como un acto de crueldad que el Estado sancionara al infractor. Otros autores como Maggiorè, apoyando la idea del olvido afirma que el Estado ante la fuerza natural del tiempo que cubre de olvido los hechos criminosos, anula el interés represivo, apaga las armas sociales y dificulta la consecución de las pruebas, con lo cual abdica el ejercicio de su potestad punitiva y el derecho a aplicar la pena ya infligida

La anteriores ideas que he expuesto se pueden resumir en algunas teorías que ha tratado de explicar el fundamento de la prescripción. Así tenemos.

1. Teorías de naturaleza penal.

a) La del olvido del hecho,

b) La de la corrección del delincuente.

c) De la intimidación inexistente.

II. Teorías de naturaleza extra-penal.

a) Carácter transitorio de la prueba.

III. Teorías Mixtas:

a) De la Pérdida del Fin del Proceso y la ineficacia de la pena.

b) Basada en la Seguridad Jurídica.

Teorías de naturaleza Penal:

a) Teoría del olvido del hecho: Los exponentes de éste postulado aseveran que la prescripción encuentra como fundamento, la situación de que la sociedad con el transcurso del tiempo, atenúa esa reacción social que provoca la comisión de un delito, borrando en la memoria de los hombres la alarma y el quebranto de la paz social, resultando de tal forma que se vea a la acción del Estado para investigar y sancionar el hecho, como un acto de crueldad más que una acción de justicia social. Jiménez de Asúa,

al respecto menciona "que después del transcurso del tiempo la sociedad olvida y considera inútil la persecución del delito o la ejecución de la pena"²⁹.

b) Teoría de la Corrección del Delincuente: la presente teoría fundamenta a la prescripción, manifestando que el sujeto activo del delito, ya sea por que no se actúa contra de él o por que éste se sustraiga a la acción de la justicia, a través del tiempo provoca en él un estado de preocupación y zozobra en su persona, y el cual por razones naturales, ya que siendo el hombre un ente eminentemente social, origina una corrección y readaptación, igualmente natural, a la sociedad, no es que la ley asegure impunidad a los sujetos para delinquir, sino lo que acontece es que el legislador ha tomado en cuenta que el tiempo con su fuerza provoca un arrepentimiento en el delincuente que origina su corrección.

c) Teoría de la Intimidación Inexistente: sostiene que la prescripción se fundamenta en que la pena, (sanción, medida de Seguridad, multa, privación de la libertad), siendo la retribución a que se hace acreedor el delincuente, tiene igualmente un fin preventivo, es decir, mantiene una amenaza constante sobre la sociedad, la cual, sus individuos, al saber la pena que merece la comisión de un delito se abstienen de cometer la conducta tipificada como delito; sin embargo cuando un sujeto comete un delito y por el transcurso del tiempo, éste no es sujeto a investigación, o la pena no se aplica, el olvido hace presa de la sociedad quien al ver la actuación del Estado para sancionar al sujeto, pasan del rechazo al delincuente a la solidarización con el mismo, viendo el fin que tiene la pena como

²⁹ Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, T.II, Pág. 718.

intimidación como un acto de crueldad en contra del delincuente. Por lo anterior la prescripción tiene razón de ser en virtud de que siendo la pena un intimidación para el conglomerado social y en especial para el delincuente, en una compasión por el sujeto, es decir, una inexistencia de intimidación; pasando de ser victimario a víctima el sujeto activo de un delito.

Teorías de naturaleza extra-Penal.

a)Carácter transitorio de la prueba: Se considera que tiene una naturaleza extra-penal, atendiendo al hecho que enfoca su fundamento a la cuestión procedimental, no se basa dicha teoría en el derecho penal sustantivo o derecho penal propiamente hablando. Los postulados de la teoría encuentran el fundamento de la prescripción en el hecho de que transcurrido cierto lapso de tiempo, se hace difícil, sino imposible comprobar, tanto la existencia del hecho o que refuercen la probable responsabilidad del inculpado, que en el caso sería menos grave; como la inexistencia del hecho o la inocencia del inculpado, caso en que se centra la presente teoría, aseverando que, es más fácil, relativamente, mantener vigente con el tiempo pruebas que robustezcan la probable responsabilidad del inculpado, ya que la actuación del Ministerio Público consta en la averiguación previa, y como autoridad, sus actuaciones tienen el carácter de prueba plena; por el contrario, con el tiempo, es más difícil mantener vigente pruebas que afirmen la inculpabilidad del sujeto, dejando a éste en un estado de indefensión. Por ello es que la prescripción tiene razón de ser, ya que con el transcurso del tiempo se hace difícil la comprobación del hecho y de la

probable responsabilidad, el material probatorio con dicho transcurso del tiempo, o bien, perjudica a un sujeto, o lo favorece. Ya lo dice Filangieri "nada hay más difícil que defenderse de una acusación cuando ésta es, en años, posterior al delito. . .".

Sin embargo la presente teoría no tiene validez, respecto a la prescripción de la pena, ya que una vez que se ha dictado sentencia condenatoria no se necesitan más pruebas para poder ejecutarla, por tanto, respecto de la prescripción de la acción persecutoria del Estado (Pretensión Punitiva), ésta tiene aplicación, dejando sin fundamento alguno la prescripción de la sentencia firme.

Teorías de naturaleza Mixta.

Las teorías que a continuación se explicaran, tienen naturaleza mixta, ya que amalgaman cuestiones de derecho penal sustantivo y derecho penal adjetivo o procesal.

a) De la Pérdida del fin del Proceso y la ineficacia de la pena impuesta. Esta teoría conjunta parte de la anteriormente señalada -Carácter transitorio de la prueba-, y de la relativa a la intimidación inexistente; afirma que largos periodos de tiempo dificultan la determinación de la verdad, el cual es un fin primordial del proceso, además de que si la pena ya impuesta no se ejecuta a tiempo, con el transcurso del mismo pierde su finalidad, por lo que no resulta ser un medio para evitar la comisión de más delitos, es decir, la prescripción evita los procesos largos, en los cuales la determinación de la verdad se vería

seriamente afectada, además de que hace de la pena una medida ejemplar para los demás. Por ello, concluyen sus defensores, resulta definitivo el argumento, de que es forzoso poner un término a todas las cosas.

b) Basada en la Seguridad Jurídica: Se ha expuesto a través de las diversas teorías que buscan fundamentar el instituto de la prescripción en materia penal, que el transcurso del tiempo es muy importante y trae consigo consecuencias definitivas que afectan aspectos y fundamentos esenciales del derecho penal; se ha visto que muchas de ellas afirman que el olvido producido por el transcurso del tiempo es elemental para fundamentar a la prescripción, se ha dicho que el tiempo deteriora el material probatorio haciendo imposible la determinación de la verdad, de igual forma deteriora el fin de la prueba; pero a pesar de todos estos argumentos esgrimidos, lo cuales me parecen válidos, para fundamentar a la prescripción encontramos que el Estado ha comprendido que teniendo dentro de su poder soberano el "ius puniendi", tiene que autolimitarse en el ejercicio de su pretensión punitiva a fin de mantener un estado de derecho, en el cual las leyes se cumplan y a la vez se mantenga el orden y la paz social, es decir debe mantener una certeza jurídica por medio de la cual los sujetos que vivimos y nos relacionamos con los demás, podamos estar tranquilos y seguros que el Estado mantendrá un orden en todos los sentido. Por lo anterior es que la figura de la prescripción encuentra su fundamento. Yo como individuo integrante de un Estado y por ende de una sociedad, debo saber que existen derecho y obligaciones, autorizaciones y prohibiciones, por consiguiente sé que si despliego una conducta que se adecue a la descripción contenida en la ley, me hago acreedor a una retribución igual al daño causado, pero de igual forma sé que si soy

víctima de un delito tengo derecho de denunciarlo ya acudir ante la autoridad a reclamar lo que me pertenece, es decir, tengo la certeza y la tranquilidad de que si no incurro en una falta no seré molestado en lo absoluto, sin embargo no puedo ser eternamente responsable, puesto que como hombre soy susceptible de cometer errores; es entonces, que la Seguridad Jurídica entra en juego, y es a través de ella que se crea el fenómeno de la prescripción, que es una forma de autolimitación del poder soberano del Estado.

Se ha afirmado que existen casos en los cuales el Estado de zozobra que produce el hecho de saber que en cualquier momento puedo ser privado de su libertad un sujeto que ha delinquido, produce más daño que la misma comisión del delito, es por consiguiente, que la seguridad jurídica al funcionar adecuadamente producirá en los sujetos, en primer lugar libertad, posteriormente certeza y con ello confianza en el Estado y en su poder, dotando a los individuos, a través de la prescripción penal, "un derecho individual oponible al derecho general del Estado a perseguir los delitos y a los delincuentes"³⁰.

II. ETIMOLOGIA DEL VOCABLO "PRESCRIPCION".

Antes de comenzar a dar el concepto de prescripción, creo oportuno explicar la etimología del vocablo prescripción. Como ya lo mencioné al comenzar el presente capítulo, el término prescripción me parece el menos indicado para referirnos al transcurso del tiempo, ya que según su origen, la palabra Prescripción, deriva del latín Praescriptio, vocablo compuesto por el prefijo, adverbio prae, que significa delante de, por delante, y la raíz scriptio, que derivó en escrito, que significa, el texto, la letra, y que según algunos estudios (ver Agustín Mateos Muñoz, "Compendio de Etimologías Greco-Latinas del Español"), se ha encontrado que la palabra scriptio, scriptu, que evoluciono en escrito, se refería al texto de la ley. De lo anterior podemos observar que interpretando etimológicamente el vocablo prescripción, significa por delante del texto de la ley, lo que no nos aclara por que se ha utilizado prescripción para mencionar los efectos que repercuten en un derecho u obligación, por el simple transcurso del tiempo.

Aún cuando no se encuentra dentro de Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término perención que utiliza el maestro Díaz de León, parece dejarnos ver por el simple vocablo la idea de perentoriedad, termino que sugiere un plazo final o definitivo que se otorga para la conclusión de un asunto; sin embargo ha sido a través de muchos años que se ha utilizado el término de prescripción, que se puede

³⁰ Vela Treviño, Sergio. Op.cit. pág.51.

entender que es el efecto que produce el transcurso del tiempo en un derecho u obligación.

III. CONCEPTO DE LA PRESCRIPCION

Expuesto que ha sido el fundamento del instituto de la prescripción en materia penal, así como la etimología del vocablo mismo, es pertinente señalar un concepto claro y preciso de Prescripción.

Encontramos diversas definiciones de la figura de la prescripción, las cuales nos servirán de gran ayuda para poder dar un concepto de la misma: Una definición práctica sería la que nos da el maestro Guillermo Cabanellas, quien nos dice que la prescripción en derecho penal se traduce en que transcurrido cierto tiempo, desde que el hecho delictuoso se produjo, la sociedad parece no tener interés en la sanción puesto que el olvido viene a ser una amnistía que se presume concedida por el simple transcurso del tiempo; y denomina a la prescripción criminal como "el tecnicismo usado para designar conjuntamente, la prescripción de la acción penal y la prescripción del delito"³¹; dando la definición de prescripción de la acción penal expresando "no puede ejercerse eficazmente ésta una vez transcurrido cierto tiempo desde haberse delinquido"³².

³¹ Cabanellas, Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual". Bibliográfica OMEBA. T.III, 6ta. edición, pág. 359.

³² Cabanellas, Guillermo Op.Cit. Pág. 360.

Dentro del ámbito penal se habla de prescripción a la cesación de la potestad punitiva del Estado al transcurrir un periodo de tiempo fijado por la ley; es decir, como ya lo he manifestado anteriormente, y lo cual se corrobora con la anterior definición, la prescripción siendo una figura por la cual existe una cesación de la potestad punitiva del Estado, tal cesación constituye una autolimitación del poder soberano del Estado de investigar y sancionar los hechos delictivos. Autolimitación, ya que el Estado, siendo un ente jurídico creado por un conglomerado humano, quienes deciden que su soberanía radique en el Poder Supremo, el cual para su ejercicio se encuentra dividido en tres: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial; dicta, a través de su poder legislativo, normas las cuales deberán ser respetadas y observadas por todos (Ejecutivo y Judicial). Por lo tanto es el mismo Estado quien al dictar normas relativas a la limitación del poder soberano de éste para investigar y sancionar los hechos delictivos (*ius puniendi*), realiza una autolimitación que nos lleva a vivir en un Estado de Derecho.

De lo anterior definición se derivan las siguientes características de la prescripción:

-Es una autolimitación al poder soberano del Estado (*ius Puniendi*), y la cual ya ha sido explicada.

-Dicha autolimitación extingue la pretensión punitiva (el delito) y la pena impuesta

He venido hablando que lo que en realidad se extingue no es la acción penal sino la pretensión punitiva; los autores que ha investigado y expuesto sus ideas a cerca de la prescripción y en su afán de explicarla claramente, han cometido muchos errores como el mencionar que la prescripción reviste dos formas, la prescripción de la acción, que otros

tanto autores han denominado incorrectamente, prescripción del delito, y la prescripción de la pena o sanción impuesta.

La acción penal tiene una vida anterior al delito, es decir, existe en potencia antes de la comisión de un delito, y se encuentra ahí, para que en cualquier momento el Ministerio Público al tener elementos suficientes para considerarla existencia del delito y la probable responsabilidad del inculpado, la ejercite y ponga en movimiento, por ello la acción penal no prescribe, lo que prescribe en realidad es el derecho en concreto de perseguir (investigar) los delitos (hechos presumiblemente constitutivos de delito), llamado pretensión punitiva Estatal, la cual nace con la comisión del hecho presumiblemente constitutivo de delito y es susceptible de extinguirse por prescripción.

La otra forma de prescripción de la cual, en el presente trabajo no hablaremos a fondo, es la prescripción de la sanción o pena impuesta.

-Opera por el simple transcurso del tiempo.

El tiempo del cual ya también hemos hablado al comenzar el presente capítulo tiene consecuencias importantes, incluso dentro del derecho penal; siendo un hecho natural, los legisladores al darle características jurídicas convierten al transcurso del mismo, ya no en un simple fenómeno natural, sino en un fenómeno jurídico.

Con las anteriores características dadas en las definiciones anteriores, podremos dar un concepto de prescripción:

La prescripción es un fenómeno jurídico, con el cual se extingue la potestad punitiva estatal y la sanción impuesta, por el simple transcurso del tiempo señalado por la ley.

IV. NATURALEZA JURIDICA DE LA PRESCRIPCION.

Al entrar ahora al estudio de la naturaleza jurídica de la prescripción, hay que tomar en cuenta que nos referiremos tanto a la prescripción de la pretensión punitiva, como a la prescripción de la pena o sanción impuesta.

Al igual que sucede con el fundamento de la prescripción, su naturaleza jurídica ha sido discutida por muchos autores quienes al hacer el estudio correspondiente, a fin de saber qué es en derecho la prescripción, han creado diversas corrientes tratando de explicar su naturaleza. Así tenemos tres principales corrientes o teorías las cuales pueden ser distinguidas de la siguiente forma:

- 1.- Corriente Suiza o Teoría de la naturaleza de Derecho Penal material o sustantivo.
- 2.- Corriente francesa o Teoría de la naturaleza procesal
- 3.- Corriente o Teoría Mixta.

Las anteriores son las tres principales corrientes en que se han dividido los estudiosos de la materia. La primera de ellas (corriente suiza), argumenta que la naturaleza jurídica de la prescripción se encuentra en el derecho penal material, es decir,

la prescripción es una institución del derecho penal material, ya que lo que sucede al transcurrir un periodo de tiempo señalado por la ley, lo que se extingue es la pretensión punitiva del Estado, por consiguiente, los hechos que presumiblemente podían constituir un delito, y el probable responsable que podía haber sido etiquetado como delincuente, son cuestiones que no se llegaron a resolver, ya que al transcurrir el tiempo, el Estado pierde ese derecho de perseguir y castigar a los delitos y delincuentes, respectivamente. Siendo el ius puniendi un instituto de derecho penal material, toda vez que teniendo el Estado el derecho de señalar que conductas son consideradas delictivas, tipificarlas en un ordenamiento, de investigar aquellas conductas posiblemente constitutivas de delito y por último teniendo el derecho de aplicar la consecuencia señalada en la ley al delincuente; y que con el tiempo este ius puniendi, que se concretiza al momento de la comisión de un delito dando origen a la pretensión punitiva, puede extinguirse a través de la prescripción, comparte por tanto su naturaleza con la prescripción.

De igual forma sucede con la prescripción de la pena impuesta, ya que lo que se extingue en tal caso es la exigencia punitiva, el hecho de no poder ser ejecutada en contra del condenado la sentencia impuesta, y siendo el derecho de castigar al delincuente una parte del ius puniendi, es que de igual forma comparte su naturaleza jurídica como una institución de Derecho Penal Material.

La segunda de las corrientes mencionadas es la francesa o teoría de la naturaleza procesal de la prescripción, afirma que la naturaleza jurídica de la prescripción puede ser encontrada estudiando lo efectos que la misma produce, es decir, al operar ésta lo que

sucede es que ya no se puede iniciar o continuar, según sea el caso, con el procedimiento. y por lo tanto al ser un impedimento procesal, tiene su origen en el Derecho Procesal.

Esta teoría es considerada francesa en virtud de que dentro de la legislación procesal francesa, se innovó la idea del origen de dos acciones con la comisión de un delito, es decir, al cometerse un delito, según la mencionada legislación, se da origen al nacimiento de una acción pública y al de una acción privada o civil, y por la prescripción se extinguen ambas, haciendo imposible la iniciación o conclusión del proceso, siendo considerada a la prescripción como un impedimento procesal.

Sin embargo la mencionada teoría no fundamenta lo relativo a la prescripción de la pena impuesta, y no se puede argumentar que la sentencia impuesta no pueda ejecutarse por que exista un impedimento procesal, toda vez que como elemento previo para dictar sentencia es necesario se haya concluido un proceso, por lo que argumentar que la sentencia no puede ejecutarse ya que existe un impedimento procesal, como lo es la prescripción, según lo autores que sostienen dicha teoría, es imposible e inoperante, por lo que carece de fundamento.

Por último tenemos la corriente o teoría mixta, la cual sustenta que la prescripción comparte la naturaleza tanto de instituto de Derecho Penal Material, como también naturaleza de tipo procesal, lo anterior por el simple hecho de que para estudiar la naturaleza jurídica de la prescripción, hay que entender que existen dos tipos de prescripción, la prescripción de la acción, y la prescripción de la sanción, por lo que atendiendo a dicha división es por ello que la prescripción comparte de la naturaleza mixta,

como un impedimento procesal, en tanto prescribe la acción y como un instituto del Derecho Penal Material, por cuanto hace a la pena, ya que la pena es un aspecto retributivo por el daño causado y tiene como fin la readaptación social del delincuente.

En conclusión, y desde mi punto de vista considero que la verdadera naturaleza jurídica de la prescripción es la de considerarla como un instituto del Derecho Penal Material; si bien es cierto que al operar la prescripción de la pretensión punitiva, el procedimiento no puede llevarse al cabo, también lo es la situación de que al operar ésta, asuntos de fondo, como el hecho mismo de saber si la conducta estudiada es o no delito, y si el probable responsable es o no delincuente; situaciones que no llegaran a aclararse en virtud de que la prescripción siendo un instituido del Derecho Penal Material, tiene como finalidad única limitar el ejercicio del ius puniendi, del derecho de perseguir los delitos y sancionar al delincuente; siendo afectado tal derecho de sancionar al delincuente por los efectos que produce la prescripción de la pena o sanción impuesta. En síntesis, no es posible que atribuyamos una naturaleza de tipo procesal a la prescripción, fijándonos únicamente en los efectos inmediatos que produce la misma, es decir, la interrupción o paralización del proceso, sino por el contrario, es necesario analizar el efecto mediato, que en el caso es la finalidad misma del instituto estudiado, la cual lo constituye la limitación en el ejercicio del poder soberano del Estado -ius puniendi-, a fin de establecer la naturaleza jurídica de la prescripción

V. EL TIEMPO PARA EL COMPUTO DE LA PRESCRIPCION.

Antes de comenzar el tema relativo a los términos de prescripción para los delitos perseguibles por querrela y para aquellos perseguibles de oficio, creo necesario analizar la cuestión del tiempo para el computo de la prescripción. Al respecto existen diversas teorías que tratan de explicar en qué momento se puede comenzar a contar el periodo de tiempo señalado por la ley para la prescripción de la acción persecutoria o pretensión punitiva de un delito; así encontramos cuatro teorías, la primera de ellas, llamada teoría de la actividad explica que el tiempo debe ser contado a partir de que el sujeto activo de un delito realiza el acto que es contrario a la ley, sin tomar en cuenta el momento de la aparición del resultado, a manera de ejemplo tenemos que el momento mismo en que un sujeto lanza un golpe en contra de otro, constituye el comienzo del computo para la prescripción, es decir, desde el momento en que el sujeto activo realiza la actividad.

La segunda de las teorías, denominada del resultado, afirma que el computo para la prescripción debe comenzar en el momento en que se obtiene un resultado en el mundo fáctico, por ello y volviendo al ejemplo utilizado en la explicación anterior, el momento en que la víctima o sujeto pasivo es lesionado, es el indicado para comenzar a contar el tiempo para la prescripción.

Otra teoría, la de la manifestación de la voluntad señala que el momento en que el sujeto manifiesta su voluntad, debe ser considerado como el momento justo en que queda ejecutado el delito, y por ello es el comienzo para contar el término de la prescripción.

Sin embargo ninguna de las tres corrientes señaladas pueden ser aplicables y compatibles con la prescripción, todas ellas contienen algunas imprecisiones. En primer lugar la teoría de la actividad, nada explica acerca de los delitos por omisión, y mucho menos explica el problema de la aparición de un delito permanente o continuo, tan sólo de una forma muy simplista aborda el tema de la conducta, considerándola como una mera actividad. Por otra parte la segunda de las teorías, la del resultado, no fundamenta el caso de un delito de los llamados de mera conducta, en los cuales no existe un resultado material o en el mundo de los fenómenos. Y por último la teoría relativa a la manifestación de la voluntad, en virtud de que no explica claramente que debe entenderse como manifestación de la voluntad, resulta poco convincente, como así lo señala uno de sus afiliados el maestro Jiménez de Asúa, quien al exponer el tema manifiesta algunas salvedades en que resulta inaplicable dicha teoría.

La última de las teorías, la cual considero aplicable para el tema de la prescripción, es la llamada Unitaria o de la Ubicuidad. Dicha teoría sostiene que para saber el momento en que se ejecuto un delito y así poder contar el tiempo para la prescripción, hay que tomar en cuenta el momento de ejecución de la conducta; pero por conducta no solo se debe entender la actividad misma que despliega el sujeto activo del delito, sino que se conforma por tres elementos: la manifestación de la voluntad, la obtención de un resultado típico y un nexo causal, entre esa manifestación de la voluntad y el resultado típico obtenido.

Ahora bien, una vez expuestas las teorías que explican el momento de la aparición del delito, explicaremos con base en nuestra legislación penal vigente, los momentos en que se tendrán por consumados los delitos.

El Código Penal para el Distrito Federal en vigor, al hablar del delito nos da un concepto, el cual podríamos clasificarlo como un concepto práctico, el artículo 7 en su párrafo inicial establece que Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Posteriormente hace una clasificación de los delitos en orden a su duración, estableciendo que el delito es: instantáneo, permanente o continuo y continuado.

Es instantáneo aquel delito que se consuma en el mismo momento en que se realiza la conducta; como apunta con gran acierto el maestro Vela Treviño, para saber si un delito es instantáneo, permanente o continuado, "es necesario analizar si el bien jurídicamente tutelado acepta o no una consumación inmediata o resiste sin consumarse un periodo de tiempo"³³, es decir, para saber y distinguir claramente si nos encontramos ante la presencia de un delito llamado instantáneo, hay que analizar si el bien jurídico tutelado se consuma con la realización de la conducta o resiste la consumación del mismo la prolongación en el tiempo; lo anterior resulta ser práctico sobre todo para saber cuando nos encontramos ante un delito que acepta la forma de permanente, ya que un bien jurídico como el patrimonio, puede o consumirse en un solo acto o resistir su consumación un cierto periodo de tiempo, sin embargo considero que lo mencionado por el maestro Vela Treviño aclara y facilita la comprensión del tema y más aún cuando manifiesta que "la verdadera solución se encuentra en aceptar que en los delitos instantáneos, consumación y agotamiento se presentan contemporáneamente"³⁴, entendiéndose por tanto como consumación la correspondencia exacta y completa entre el hecho concreto y el tipo legal

³³ Ver Vela Treviño, Sergio. Op.Cit. pág. 180

³⁴ Idem.

que lo describe, en tanto que el agotamiento se da cuando la conducta particular de que se trata produce las consecuencias que el tipo de que se trate ha previsto, sin posibilidad de extenderlas en atención a la naturaleza del bien tutelado en el propio tipo³⁵. "En los delitos Instantáneos, el evento consumativo típico se produce en un solo instante, como en el homicidio o en Robo"³⁶.

En cuanto a la prescripción, el artículo 102 del Código Penal para el Distrito Federal establece que los plazos para la prescripción de la acción penal serán continuos; en ellos se considerará el delito con sus modalidades, y se contarán.

I. A partir del momento en que se consumó el delito, si fuere instantáneo, es decir, tratándose de delitos instantáneos, el plazo para la prescripción comenzará a contarse en el momento en que la conducta, entendida esta conforme a la teoría unitaria, produce un resultado instantáneo.

El delito es permanente cuando su consumación se prolonga en el tiempo; se realiza el acto humano (acción u omisión), el cual se prolonga en el tiempo, obteniendo un resultado típico que de igual forma perdura en el tiempo. El profesor Fernando Castellanos, citando a Alimena expresa que el delito Instantáneo es, instantáneo en la conciencia e instantáneo en la ejecución; el delito continuado es continuado en la

³⁵ Idem.

³⁶ Castellanos Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", edit. Porrúa, 16a. edición. México 1981, pág 138.

conciencia y discontinuo en la ejecución, y el permanente, es continuado en la conciencia y continuado en la ejecución³⁷.

En este punto, y valga tal repetición, creo correcto lo antes mencionado respecto al análisis del bien jurídico tutelado a fin de entender el delito permanente, Bettioli al respecto menciona que en la raíz del delito permanente se individualiza un bien que no puede ser destruido o disminuido, sino sólo obstaculizado en su libre ejercicio o goce, o en su realización. Por ejemplo en el secuestro de persona, siendo el bien tutelado la libertad, este bien no resulta destruido, sino comprimido, esto en atención a la teoría de los finalistas, quienes entienden al bien jurídico tutelado por la norma como un objeto con volumen y peso, el cual al comprimirse es abollado, haciendo referencia a los delitos de peligro, pero en el momento en que dicha compresión es superior produce un rompimiento en el objeto, resultando con tal ejemplificación un delito de lesión; de modo que desapareciendo las condiciones anormales, surgidas de la actividad delictuosa, aquél recobra su primera expansión³⁸.

Comprendida la figura del delito permanente, y prosiguiendo con la fracción IV del artículo 102 del Código Penal vigente, en donde se señala que el plazo para la prescripción se contará Desde la cesación de la consumación en el delito permanente, debiéndose entender tal momento, aquel en el que termina la compresión de la que hablamos en el párrafo precedente, la cual debe ser antijurídica, hacia el bien

³⁷ Castellanos, Fernando. Op. cit. pág. 139.

³⁸ Ver Sergio Vela Treviño, Op. Cit. pág. 180.

jurídicamente tutelado, y dicha comprensión puede terminar ya sea por parte del sujeto activo del delito o por diferente persona.

En síntesis, tratándose de delito permanente vrg. Abandono de Persona en su modalidad de Hijo, contenido en el artículo 336 del Código Penal vigente, el plazo para la prescripción comenzará a correr desde el día en que se deje de poner en peligro el bien jurídico tutelado, que en el caso concreto es la vida e integridad física de los hijos, y obsérvese que menciono la puesta en peligro, ya que si se lesionara dicho bien no podríamos hablar de un delito permanente sino instantáneo y el cual no sería Abandono de Persona, sino homicidio o lesiones, es decir, en el caso en el momento en que se den recursos necesarios para atender sus necesidades al sujeto pasivo del delito en comento, es en ese preciso momento en que "cesa la comprensión antijurídica del bien jurídico tutelado"³⁹.

El delito es continuado cuando con unidad de propósito delictivo, unidad de sujeto pasivo y pluralidad de conductas, se viola el mismo precepto legal. En este tipo de delito se dan varias acciones y una sola lesión jurídica, y hasta podría decirse que si aisláramos cada una de las conductas podrían constituir un delito, pero debido a la unidad en el propósito delictivo que tiene el sujeto activo, es que se toma como una sola lesión jurídica, tal es el caso del tan conocido robo hormiga, si bien es cierto, en tal ejemplo cada conducta podría constituir un delito, también lo es el hecho de que el sujeto tienen el

³⁹ Idem.

propósito de apoderarse de toda la caja de botellas o de toda la colección de libros, según sea el caso.

Por cuanto hace al comienzo del plazo de la prescripción, según la fracción III del artículo 102 del Código Penal establece que comenzará desde el día en que se realizó la última conducta, es decir a partir del día en que el sujeto activo realizó el apoderamiento de la última botella o del último libro, según sea el caso.

Por cuanto hace al delito en grado de tentativa en multicitado precepto legal señala en su fracción II, que para el caso la prescripción comenzará a correr a partir del día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, es decir, comenzará a correr el término de la prescripción, desde el momento en que el sujeto activo dejó de realizar la conducta por causas ajenas a su voluntad.

Establecidas las reglas para el tiempo de la conducta, y de esa forma saber en que momento se consuma el delito, para de ahí comenzar a contar el término de la prescripción, ahora trataré el tema relativo a los términos para la prescripción

VI. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PERSECUTORIA DE LOS DELITOS PERSEGIBLES DE OFICIO.

Ya en otro apartado, al principio de la presente investigación, he explicado la forma de persecución de los delitos. Ahora al referirnos a los delitos perseguibles de oficio, nos referimos a aquellos delitos en los cuales el requisito de procedibilidad, lo constituye principalmente la denuncia, admitiendo de igual forma la acusación.

Una vez que se ha consumado un ilícito, o mejor dicho, una vez que se ha consumado una conducta probablemente constitutiva de delito, nace como ya se ha mencionado el derecho en concreto del Estado para investigar el hecho, lo que constituye una pretensión punitiva Estatal, o como menciona Clara Olmedo una pretensión de justicia penal por parte del Estado, elemento que por razones de seguridad jurídica tiene una limitación en la figura de la prescripción. Limitación que se encuentra reglamentada en nuestro Código Penal para el Distrito Federal, por cuanto hace al fuero común, y para toda la República para el fuero federal; que en su artículo 105 establece que la acción penal, término con el cual como ya se ha expuesto no estoy de acuerdo, prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señale la ley para el delito que se trate, es decir, dentro de ordenamiento mencionado se da la primera regla, el término medio aritmético de la pena privativa de la libertad, por lo cual tenemos que si un delito como el homicidio simple intencional, sancionado en el artículo 307 del Código en comento, tiene señalada una pena de ocho a veinte años de prisión, el plazo para la

prescripción será el término medio aritmético de la pena, el cual sabremos sumando la menor establecida 8 más la mayor 20, lo cual nos da como resultado 28, el cual se divide entre dos, siendo el resultado el plazo para la prescripción el cual será 14, por tanto un homicidio simple intencional prescribe en un plazo de 14 años contados a partir del momento en que se consumó el delito, toda vez que el homicidio es un delito eminentemente instantáneo.

Sin embargo el artículo 105, mas adelante menciona una regla general de tres años para la prescripción, ya que manifiesta que en el caso de que la operación antes hecha para saber el término medio aritmético de la pena dé un resultado menor de tres años, el plazo será tres años nunca menos. Así tenemos que el delito de Portación de Arma Prohibida, previsto y sancionado en el artículo 160 establece como sanción de tres meses a tres años de prisión, el término medio aritmético sería 1 año, 7 meses y 15 días aproximadamente, pero atendiendo a la regla general, establecida en el artículo 105 el plazo sería de tres años

Además de los plazos señalados, nuestra legislación penal contempla aquellos casos en que el delito solo merezca como sanción la multa, y en cuyo caso la prescripción será de un año, así tenemos el caso de delitos como el Quebrantamiento de Sanción, previsto y sancionado en el artículo 159 del Código Penal vigente, en el que se establece como sanción al reo que suspenso o inhabilitado en su profesión u oficio, quebrante su sanción, una multa de veinte a mil pesos. Delito que puede aceptar la consumación en forma instantánea o en forma permanente, y por lo tanto prescribirá según las reglas establecidas en el artículo 102 del Código Penal, en un año.

El último de los plazos que encontramos contenido en la legislación penal vigente, es el señalado por el artículo 106 en el que se establece un plazo de dos años para aquellos delitos que tengan señalada como sanción únicamente, la destitución, suspensión, privación de derecho o inhabilitación. En particular, al investigar aquellos delitos que tengan señalada como pena la suspensión, destitución, privación de derecho o inhabilitación, no he encontrado delito que únicamente tenga señalada como penas las anteriores, por lo regular se menciona una pena privativa de la libertad y además la suspensión, inhabilitación etc., por lo que no se puede aplicar el plazo de dos años, por que en todo caso se tendría que estar a lo dispuesto por el artículo 105 del Código Penal vigente; sin embargo el artículo 343 del C.P. señala que los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos, es decir, un albergue u orfanatorio, un niño que esté bajo u potestad, por el simple hecho de entregarlo perderá los derechos que tenga sobre la persona y bienes del expósito. De lo anterior se puede inferir que la persona que realice una conducta que se acople a lo descrito por el precepto ya mencionado, tendrá como pena la privación de un derecho, por lo tanto sería un ejemplo para entender que dicha conducta tiene un plazo en cuanto a la prescripción de la pretensión punitiva, de dos años.

En resumen, los plazos para la prescripción de la acción persecutoria del Estado, tratándose de delitos que sean perseguibles de oficio, se pueden enumerar de la siguiente forma:

- 1.- En un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad señalada para el delito de que se trate.

2.- Si el término medio aritmético resulta ser menor de tres años, el plazo será de tres años para la prescripción.

3.- En un plazo de un año si el delito sólo mereciere multa, únicamente como pena multa.

4.- En un plazo de dos años, para los casos en que el delito tenga señalada como pena la destitución, suspensión, privación de un derecho o inhabilitación

Plazos que serán contados, y valga tal repetición:

A partir de que se haya consumado el delito, si fuere instantáneo;

En caso de ser permanente o continuo correrá desde la cesación de la consumación, es decir, desde el momento en que termino la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado,

Si se tratare de un delito continuado, se contará desde el día en que se realizó la última conducta; y

En caso de tratarse de tentativa, se contará a partir del día en que se realizó el último acto de ejecución, o se omitió la conducta debida.

VII. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PERSECUTORIA DE LOS DELITOS PERSEGUIBLES POR QUERRELLA.

El Código Penal vigente ha hecho, para el análisis de la prescripción, la distinción entre delitos de oficio y de querrela, con lo cual se ha caído en muchas confusiones.

El artículo 107 del mencionado ordenamiento legal establece que la acción penal que nazca de un delito que sólo pueda ser perseguido por querrela del ofendido, prescribirá en un año contado a partir del día en que la persona legitimada para presentarla tenga conocimiento del delito y del delincuente, y en tres años fuera de la anterior situación. De lo anterior se desprende en primer lugar que el precepto analizado establece:

La acción penal que nazca de un delito; con lo cual en lo particular no estoy de acuerdo. Se ha venido sosteniendo que la acción penal, siendo una invocación que se le pide al juez para que acepte todos los argumentos, elementos y demás fundamentos de la acusación, a fin de que resuelva tal situación, tiene una vida en potencia anterior al delito, pero nace al mundo procesal, en el momento en que se tienen suficientes elementos para considerar que la conducta investigada es posiblemente constitutiva de un delito, y que la persona inculpada es probablemente el responsable de tal conducta, es decir nace de la sospecha, por lo tanto del delito lo que nace es la pretensión punitiva estatal.

En segundo lugar tenemos que el precepto en comento menciona que la "acción penal", debe nacer de un delito perseguible por querrela de parte ofendida; y sabiendo lo que es la querrela, puesto que se hablo de ella en capitulos anteriores, queda claro que nos referimos a aquellos delitos en que debe existir una autorización por parte del titular del bien jurídicamente tutelado, a fin de que se investigado el hecho.

Tercer lugar lo ocupa que dicha "acción penal" que nace de un delito de querrela, prescribirá en un año, enunciado que había causado grandes confusiones, y que gracias a las reformas recientes del 10 de enero de 1994, ya que anteriormente se entendía que el delito, fuere instantáneo, permanente o continuado, prescribía en un año, y actualmente se puede afirmar que lo que prescribe en tal caso, transcurrido un año es únicamente el derecho a querrellarse, y no la acción penal propiamente dicha y entendida.

En cuarto lugar nos encontramos que el plazo de un año será contado desde el día en que, quienes puedan formular la querrela, tengan conocimiento del delito y del delincuente, es decir, el derecho para presentar querrela prescribe en un año contado desde el día en que el titular del bien jurídicamente tutelado u ofendido del delito tenga conocimiento del hecho y sepa quien lo realizó.

Por último tenemos que, en caso de que no se tenga conocimiento del delito y del delincuente, el derecho a querrellarse prescribirá en tres años, y es en donde la ley no aclara a partir de que momento de contara este plazo de tres años, o si se tiene que atender a los cómputos señalados en el artículo 102 C.P., solución que encuentro viable para saber a partir de que momento se contara el término de tres años. Lo anterior

apegado a la idea de que no puede prescribir lo que no ha nacido, y por tanto según el artículo 102 del ordenamiento penal vigente y del delito que se trate (instantáneo, permanente o continuado), es que se comienza a contar el término de tres años.

El párrafo que señale fue agregado en las reformas del 10 de enero de 1994, establece que una vez que haya sido llenado el requisito de procedibilidad, dentro de los plazos establecidos, la prescripción SEGUIRA corriendo según las reglas que se han analizado en el apartado anterior, por lo que respecta a los delitos de oficio.

Así tenemos el caso en un fraude, el cual ha sido por un monto igual a la cantidad de \$ 300,000 00 (trescientos mil pesos), el cual transcurridos ocho años desde su consumación, es conocido por la persona que puede formular su querrela quien la presenta pasados dos meses en que tuvo conocimiento del hecho; en primer término ha presentado su querrela en tiempo, sin embargo, una vez llenado el requisito querrela, la prescripción sigue corriendo conforme a los delitos de oficio, de tal suerte que si dicho fraude es sancionado por al artículo 386, fracción III, en donde se señala una pena de tres a dos años de prisión, resultando ser el término medio aritmético de la sanción siete años seis meses, por tanto transcurridos ocho años más dos meses la pretensión punitiva estatal se ha extinguido por haber operado la prescripción.

VIII. LA INTERRUPCION Y SUSPENSION

Siendo el fenómeno de la prescripción una autolimitación para el ejercicio de la potestad punitiva estatal, y siendo de igual forma un presupuesto importante la relación conducta-tipicidad, es lógico pensar que al darse dicha relación, el término de la prescripción comienza a correr, es decir, al realizarse una conducta y obtenerse un resultado posiblemente delictivo, comienza el término para que se extinga la pretensión punitiva del Estado. Sin embargo existen dos fenómenos que impiden que el transcurso del tiempo continúe y con ello obstaculizan la prescripción de la pretensión punitiva estatal, esto son la interrupción y la suspensión.

Para entender mejor las dos figuras es necesario diferenciar los dos términos desde el punto de vista gramatical, entendiendo por interrupción el hecho de cortar la continuación de una acción o de alguna cosa, en el lugar o en el tiempo⁴⁰. Con la interrupción lo que acontece es que una vez que ha comenzado el término para la prescripción se presenta la causa interruptora provocando que lo transcurrido en el pasado caiga en el vacío, no cuenta, y una vez desaparecida la causa interruptora el término para la prescripción comienza a correr de nuevo, desde el principio. En tanto que la suspensión puede ser definida como detener o diferir por algún tiempo una acción u obra⁴¹, lo cual da la pauta para diferenciar debidamente a los dos fenómenos, ya que la suspensión lo que

⁴⁰ Diccionario Enciclopedia SALVAT, T.7, pág. 1821.

⁴¹ Op.cit. T.12, pág. 3107.

provoca es un estado de adormilamiento, de vida latente, lo cual traducido a los planos de la prescripción quiere decir que a diferencia de la interrupción la suspensión provoca que aun cuando se haya dado la relación conducta tipicidad, el termino para la prescripción aun no comience hasta en tanto no desaparezca la causa suspensoria.

Dadas someramente las diferencias entre la interrupción y la suspensión así como sus efectos, explicaré los lineamientos establecidos en el Código Penal vigente para la operancia de las causas interruptoras y suspensorias de la prescripción

Nuestro ordenamiento penal vigente establece en su artículo 110, que las actuaciones que se realicen para la averiguación del delito y del delincuente, aún cuando por ignorarse quién o quiénes sean estos, las mismas no se realicen en contra de persona determinada, tienen fuerza interruptora. En segundo lugar se establece que tendrán fuerza interruptora: el requerimiento de auxilio en la investigación del delito o del delincuente, las diligencias que se realicen para la extradición internacional, el requerimiento de entrega del inculpado que haga formalmente el Ministerio Público de una entidad federativa a otra en la cual se refugie aquél o se encuentre detenido, de igual forma tendrán fuerza interruptora las diligencias que practique aquella autoridad que es requerida. En el caso de requerimiento de entrega del inculpado, la causa interruptora subsistirá hasta en tanto la autoridad requerida niegue la entrega del inculpado, o bien, desaparezca la situación legal del detenido.

Ahora bien, al referirse el Código Penal vigente que aquellas actuaciones que se practiquen en la averiguación del delito y del delincuente, tendrán fuerza interruptora de la

prescripción, no se refiere a que toda actuación por simple que esta sea interrumpa el plazo de la prescripción; por el contrario, es importante mencionar, que las actuaciones a que se refiere el artículo 110 del Código Penal vigente, deben estar revestida de una finalidad, deben tener una orientación final, la averiguación del delito y del delincuente, es decir, para poder señalar que actuaciones tienen fuerza interruptora hay que atender a su naturaleza misma. No podemos afirmar que la simple diligencia de radicación de la averiguación previa , o una Fe Ministerial de documentos, se interrumpe el término de la prescripción, la diligencias que debe ser tomadas como interruptoras de la prescripción son aquellas que tienen como finalidad la obtención de datos e indicios que sirvan para acreditar todos y cada uno de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Es de vital importancia señalar que autoridad es la indicada para realizar o llevar al cabo las mencionadas actuaciones interruptoras. En la legislación mexicana se señala, como ya lo he expresado con anterioridad, en el artículo 21 constitucional que el Ministerio Público es el encargado de la persecución del delito y del delincuente, y aclarando el término persecución, entendido como investigación del delito y del delincuente, es indudable que concluimos que el Ministerio Público al ser, junto con la Policía Judicial como auxiliar, los facultados para investigar los delitos y a sus posible autores, todas aquellas actuaciones que tengan como orientación final la averiguación del delito y del delincuente, y que sean realizadas por el Ministerio Público y su auxiliar, tendrán fuerza interruptora de la prescripción. Sin embargo, al ejercitarse acción penal ante el órgano jurisdiccional, este al recibir el asunto, tiene como finalidad última, la averiguación de la

verdad histórica de los hechos, con lo cual afirmamos que estando las actuaciones del Juez orientadas a la averiguación de la verdad, éstas tienen también fuerza interruptora.

La interrupción de la prescripción no es ilimitada, y la misma ley es la encargada de fijar los límites para la operancia de las causas interruptoras, ya que de lo contrario las disposiciones legales contenidas en cuanto a la interrupción de la prescripción serían un obstáculo insuperable para la figura de la prescripción, ya que al estar realizando constantemente, tanto el M.P. como el Juez, actuaciones encaminadas a la investigación del delito y del delincuente, harían imprescriptible la pretensión punitiva estatal y por ende al delito.

El Código Penal vigente en su artículo 111 señala la primera regla que sirve como límite para la interrupción de la prescripción, y establece que para considerar como causa de interrupción y que opere el párrafo segundo del artículo 110 del mencionado ordenamiento legal, el cual establece que una vez que se deje de actuar, la prescripción comenzará a correr de nuevo, desde el día siguiente al de la última diligencia; las actuaciones que se realicen con la orientación final de investigación del delito y del delincuente, aún cuando no se enderecen éstas contra persona determinada por ignorar quién sea el probable responsable, o aquellas consistentes en el requerimiento de auxilio en la investigación del delito o del delincuente; deberán practicarse antes de que haya transcurrido la mitad del plazo para la prescripción, según sea el caso. Es decir, si las actuaciones que ya he mencionado se realizan una vez que ha transcurrido la mitad del plazo señalado para la prescripción, no interrumpirán el plazo de la misma y por ende no comenzará nuevamente a correr el plazo para la prescripción.

Sin embargo, la regla antes mencionada se prestaría para vicios por parte de la autoridad, ya que bastaría que ésta, la autoridad, estuviera pendiente de la mitad del plazo para la prescripción, y actuara hasta antes de la misma, para estar interrumpiendo indefinidamente la prescripción de la pretensión punitiva. Es por ello que en enero de 1994, hubo algunas reformas a los preceptos señalados, agregándose un cuarto y último párrafo al artículo 110 del Código penal vigente, en donde se establece que una vez que se haya interrumpido la prescripción, el plazo de la misma sólo podrá ampliarse hasta en una mitad del plazo que le corresponda, es decir y a manera de ejemplo, si en un delito de robo sancionado por el artículo 370 párrafo tercero el cual tendría, según el artículo 105 del Código Penal vigente, un plazo para la prescripción de siete años, al verificarse una causa interruptora, ya no se aplicaría el párrafo segundo del artículo 110, sino que comenzaría un nuevo plazo de tres años y seis meses para la prescripción, por tanto aún cuando se interrumpa nuevamente la prescripción con actuaciones idóneas para tal efecto, practicadas antes de la mitad del plazo señalado de tres años 6 meses, el plazo para la prescripción será el ya indicado, tres años seis meses.

Con la anterior regla se ha limitado más estrictamente la interrupción de la prescripción, sin embargo la nueva reforma entra en conflicto con el multicitado párrafo segundo del 110, el cual menciona que una vez que se deje de actuar, comenzará a correr de nuevo el plazo para la prescripción, sin embargo en mi opinión debe aplicarse el criterio señalado por el último párrafo del artículo 110.

Ahora tratare en tema de la suspensión de la prescripción, la cual provoca como ya se ha dicho, que el plazo para la prescripción no comience, sino que se encuentre en un

estado de adormilamiento, así tenemos el caso mencionado por el artículo 109 del Código Penal vigente, en el cual se señala que cuando para ejercitar acción penal o continuar con la pretensión punitiva (investigación de los hechos delictivos y del o los probables responsables), sea necesaria una resolución previa de autoridad jurisdiccional, la prescripción comenzará a correr desde el momento en que se dicte la sentencia irrevocable. Es decir, cometido un delito, el plazo para la prescripción de la pretensión punitiva estatal, no comenzará, hasta en tanto se tenga una resolución jurisdiccional, de la cual se dedujan elementos necesarios para continuar con la investigación del delito o el ejercicio de la acción penal. El caso más ejemplificativo de lo anterior es el delito tipificado en el artículo 279 del Código Penal, vigente para el Distrito Federal, el cual menciona que se aplicara tal sanción. . "al que estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales". Si una persona denuncia el mencionado delito, pero el asunto se encuentra subjudice de un Juez de lo Familiar, el cual es el competente para declarar disuelto o nulo un matrimonio, no podrá comenzar el plazo para la prescripción sino hasta que se dicte sentencia irrevocable en el asunto familiar, ya que de lo contrario el elemento normativo del tipo penal reseñado (no disuelto ni declarado nulo), no se encontraría satisfecho, y por tal el plazo para la prescripción no puede comenzar, debido a la existencia de la causa suspensoria mencionada.

IX. EFECTOS JURIDICOS DE LA PRESCRIPCION DE LA PRETENSION PUNITIVA DEL ESTADO EN EL PROCEDIMIENTO.

A lo largo del presente estudio se han dado las características y reglas generales para la comprensión y aplicación del fenómeno de la prescripción, así mismo se ha explicado brevemente en el segundo capítulo acerca de la abstención del ejercicio de la acción penal, y menciono dicho apartado, ya que el efecto jurídico de la prescripción dentro del procedimiento puede ser dos tipos, esto entendiendo el procedimiento penal en sentido amplio, desde la averiguación previa hasta la sentencia.

Así en una primera parte (averiguación previa), la prescripción de la pretensión punitiva (acción penal, según nuestra legislación), tiene como efecto jurídico la imposibilidad de ejercitar la acción penal, es decir, operando la prescripción existe motivo suficiente para no ejercitar acción penal, no por haber desaparecido el delito, por que éste como hecho natural, existe; sino que al verse limitado el Estado en la persecución del delito y del delincuente (investigación de los hechos), se encuentra impedido legalmente para poner en conocimiento del órgano jurisdiccional de los hechos, solicitando al juez acepte todos los argumentos esgrimidos y resuelva la relación jurídico-penal que se le presenta. El anterior sería el primer efecto jurídico que produce la prescripción.

El segundo de los efectos que produce la prescripción, es el que se da una vez que ha sido ejercitada la acción penal ante un Juez, quien al recibir el asunto y estudiarlo a fin de obsequiar o negar la orden de comparecencia o aprehensión solicitada, según el caso,

debe analizar la cuestión relativa a la prescripción con el fin de saber si ya opero ésta o bien que plazo queda para la misma. En el supuesto de que al recibir el asunto el Juez determine que la prescripción ha operado, encontrándose extinta la pretensión punitiva estatal, dicta un auto de extinción en virtud de haber operado la prescripción, por lo que en ese momento queda extinta la pretensión punitiva estatal. Sin embargo el artículo 418 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece que serán apelables los autos que resuelvan las excepciones fundadas en algunas de las causas que extinguen la acción penal; Siendo aceptado el recurso de apelación en el efecto devolutivo, según la interpretación que nos da el artículo 419 del ordenamiento mencionado.

La impugnación del auto a que me he referido, al beneficiar al inculgado ya que determina que la pretensión punitiva se encuentra extinguida por haber operado la prescripción, es lógico pensar que será realizada por el Ministerio Público el cual tiene derecho a apelar, según lo establece el artículo 416 de la Ley adjetiva penal.

Lo importante de lo anteriormente expuesto radica en el hecho de que, al dictarse el auto de extinción por prescripción, el asunto se resuelve, no de fondo, ya que el fin del proceso penal que es el conocimiento de la verdad histórica de los hechos no se cumple, ya que al transcurrir los tres días después de notificado el auto, sin que se interponga la apelación, el asunto queda resuelto y dicho auto tiene los efectos de una sentencia absolutoria, y por tanto es cosa juzgada.

X. CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

En el presente apartado expondré algunas de las tesis jurisprudenciales que considero importantes para la mejor comprensión del tema, así como también a través de las mismas conoceremos el criterio de nuestra Suprema Corte acerca de la prescripción de la acción penal:

PRESCRIPCION.- DIFERENCIA ENTRE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION Y PRESCRIPCION DE LA PENA.- En la primera, la renuncia estatal va dirigida hacia la persecución penal y en la segunda, a la ejecución de las penas impuestas por los órganos jurisdiccionales mediante una sentencia firme⁴².

En esta jurisprudencia transcrita es posible entender que por prescripción de la acción se entiende la renuncia estatal a la persecución penal, lo que puede traducirse en la pretensión punitiva, como lo he venido exponiendo a lo largo del presente trabajo.

A continuación transcribiré dos jurisprudencias en las que se establece que para el cómputo de la prescripción debe tomarse como base la sanción abstracta señalada por el legislador y no la concreta que el juzgador aplicaría, así tenemos las siguientes:

⁴² Tesis 174, pág. 91 Anales de Jurisprudencia. Índice 1990. Derecho Penal.

"PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.- La prescripción de la acción penal en delitos con sanción privativa de la libertad opera en términos generales, en razón de la penalidad fijada a la entidad del delito por el legislador (individualización legal), y no atendiendo a la sanción señalada a posteriori al delinciente (individualización judicial)⁴³.

"PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.- Opera, en términos generales en función a la penalidad fijada a la entidad del delito por el legislador y no atendiendo a la sanción señalada al delinciente a posteriori por lo jueces⁴⁴.

"PRESCRIPCION DE LA ACCION 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 lo tanto, no puede correr la prescripción cuando el acusado, aun ignorándolo el juez de la causa que se encuentra sujeto a otro proceso e incluso recluido en prisión con conocimiento de éste⁴⁵.

⁴³ A.D. 552/59/2ª, sexta época, vol. XXV, segunda parte, pág. 727.

⁴⁴ A.D. 178/1961, 1ª Sala, pág. 728.

⁴⁵ A.D. 1429/1954, 1ª SALA, Pág. 727.

Esta jurisprudencia trata de fundamentar el fenómeno de la prescripción argumentando la zozobra y el sentido anímico del probable responsable al sentirse perseguido, sin embargo en su segunda parte manifiesta contrariamente a nuestra ley penal vigente, que la prescripción no corre si el procesado se encuentra sujeto a otro proceso, es decir, no respeta lo señalado en la ley respecto a las actuaciones que pueden causar la interrupción de la prescripción, por lo tanto considero inoperante esta tesis.

"PRESCRIPCIÓN, interrupción de la.- Las actuaciones del Ministerio Público practicadas en la averiguación previa, para la determinación del delito y obtención de datos a fin de demostrar en su oportunidad ante los tribunales la responsabilidad del delincuente, indudablemente interrumpieron la prescripción. El Código Federal de Procedimientos Penales señala entre las partes en que se divide el procedimiento penal, la averiguación previa; por otra parte, el artículo 110 del Código Penal establece que la prescripción de las acciones se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito y delincuentes, aunque por ignorarse quiénes sea éstos, no se practiquen las diligencias en contra de persona determinada. Del precepto mencionado debe concluirse que la Ley, en forma expresa, habla de las actuaciones practicadas por el Ministerio Público, único autorizado, de acuerdo con nuestra Constitución Federal, para averiguar los delitos. En todo caso, la prescripción que comenzó a correr desde el

momento de la comisión de los delitos se interrumpió, como se ha expresado, por las actuaciones del Ministerio Público, en la fase de averiguación previa⁴⁶

Con la anterior tesis queda en claro que las actuaciones que realice el Ministerio Público dentro de la averiguación previa, siempre y cuando tengan la finalidad de averiguar el delito y el delincuente, son capaces de interrumpir el término para la prescripción.

"PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES PENALES. No se interrumpe con las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito o delincuentes, cuando haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción y no se haya aprehendido al inculcado.- De conformidad con los artículos 100, 111 y 118 del Código Penal Federal, 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, y se interrumpe con las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito y delincuente, siempre y cuando no haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción, pues entonces sólo se interrumpe con la aprehensión del inculcado⁴⁷.

Esta última jurisprudencia expuesta robustece lo que se ha señalado con anterioridad respecto a la interrupción de la prescripción, sin embargo los preceptos que

⁴⁶ A.D. 4849/61, 1ª Sala, sexta época, pág. 45.

⁴⁷ Amparo en revisión 483/78. Tribunal Colegiado del 10º circuito, tomo III, pág. 414 y 415.

se analizan en la misma has sido reformados, y actualmente se establece que si las actuaciones se realizan después de transcurrido la mitad del lapso necesario para que opere la prescripción, ésta no se interrumpe, pero si se realizan antes interrumpen la prescripción; además se señala que una vez interrumpida la prescripción y cesada la causa interruptora, el plazo sólo puede ampliarse hasta en una mitad. No obstante lo anterior la tesis transcrita refuerza la idea de que para interrumpir la prescripción es necesario actuar antes de que haya transcurrido la mitad del lapso para la prescripción.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La acción penal debe considerarse no como un derecho o potestad jurídica, debe ser considerada como una obligación jurídica que tiene el Estado. Por tanto la acción penal debe ser entendida como una actividad jurídicamente necesaria, mediante la cual el Estado, a través de la autoridad correspondiente, pide al juez (órgano jurisdiccional), que admita los elementos que se le aportan dentro de una relación de derecho penal, a fin de que emita una resolución al respecto.

SEGUNDA. La naturaleza jurídica de la acción penal, por tanto, es la de una obligación, un poder-deber en virtud de que, por ser la acción penal una actividad de interés social, la misma se torna como una actividad jurídicamente necesaria.

TERCERA. Quiero hacer mención de lo importante que sería erradicar de nuestra legislación el mal llamado término desistimiento de la acción penal, toda vez que entendiéndose el desistimiento como una renuncia procesal a un derecho o pretensión, resulta dicho término inoperante por cuanto respecta a la acción penal, ya que si bien es cierto que el Ministerio Público es el encargado y titular del ejercicio de la misma por ser la acción penal del interés de la colectividad, el M.P. no puede disponer de ella como si fuera

de su propiedad. Así como también es importante para reforzar la anterior idea, respetar cabalmente el principio de autonomía de las funciones procesales, consagrado en el artículo 21 constitucional.

CUARTA. Hay que diferenciar perfectamente, a fin de evitar confusiones y poder entender adecuadamente a la acción penal, los términos "ius puniendi", pretensión punitiva, exigencia punitiva y acción penal; entendiéndose como "ius puniendi", el derecho existente a perseguir los delitos (tipificar conductas antisociales, como delito), y castigar a los delincuentes; en tanto la pretensión punitiva es el derecho en concreto a perseguir el delito y castigar el delincuente, el cual nace al momento de cometerse el delito, siendo éste la condición primera o elemento sine qua non. Pero nacido el delito y anterior al mismo tiene vida en potencia la acción penal, considerando como cuna de la misma el artículo 16 constitucional, pero nace a la vida real o procesal al momento que se tienen suficientes elementos como para considerar la existencia del delito y de la probable responsabilidad del inculcado. Por último la exigencia punitiva es pedimiento del Estado a la sumisión de la sanción por parte del condenado.

QUINTA. De acuerdo con la resolución emitida por el tercer tribunal colegiado en materia penal, del primer circuito, es procedente el amparo en contra de las determinaciones de no ejercicio de la acción penal, toda vez, que aún cuando no se establezca en la ley la vía en que se debe impugnar dicha determinación, el juicio de

amparo, atendiendo a su naturaleza jurídica, como medio de defensa de las garantías individuales, es el indicado y aplicable para tal situación.

SEXTA. La idea de imprescriptibilidad de los delitos ha sido un avance importante dentro de las legislaciones mundiales y considero que el fundamento con el cual se comprendería mejor la prescripción es el hecho de que con ella todos los integrantes de una sociedad vivimos con más seguridad y certeza, al saber que contamos con medios adecuados oponibles al Estado que autolimitan su poder soberano.

SEPTIMA. La prescripción por tanto la considero como un fenómeno jurídico, que autolimita el poder soberano del Estado. Y comprendida adecuadamente la diferencia entre: ius puniendi, pretensión punitiva, exigencia punitiva y acción penal, afirmo que con el fenómeno de la Prescripción, lo que se extingue con el simple transcurso del tiempo es la pretensión punitiva estatal, es decir, se extingue el derecho en concreto que tiene el Estado de investigar la posible comisión de un delito y la probable responsabilidad de un sujeto.

OCTAVA. Para poder aplicar debidamente la prescripción es necesario tomar en cuenta el momento en que debe comenzar el computo del tiempo para que ésta opere, por lo que tiene gran relevancia el conocimiento del tiempo de la conducta, es decir, el momento en que el delito puede afirmarse, es consumado.

NOVENA. Es de especial mención señalar que el Código Penal vigente para el Distrito Federal, por cuanto hace al fuero común, al establecer que los delitos en que sea necesaria la querrela, prescribirá la pretensión punitiva en un año contado a partir de que se tenga conocimiento del delito y del delincuente; lo que realmente se extingue es el derecho a querrellarse, sin embargo, una vez que se satisface el requisito mencionado, para el computo de la prescripción debe analizarse el momento en que se consumo el delito, tomando los plazos señalados para la prescripción en los casos de delitos perseguibles de oficio o por denuncia.

DECIMA. Como conclusión final deseo expresar mi opinión respecto a una forma con la que resultaría más práctica la aplicación de la prescripción. Esta consistiría en que una vez tipificada la conducta, mencionada su pena, sus modalidades y demás circunstancias accesorias al delito, se señale en un artículo aparte el término de prescripción de la pretensión punitiva estatal, del delito que sé este reglamentando. Es decir, una vez que ya se señaló que "comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla", se establezca que el delito de fraude prescribe en tantos años. Con lo anterior quedaría bien establecido y sin duda el término de la prescripción que correspondta, algo semejante a lo que ocurre en el Código Civil, cuando se señala que tal acción prescribe en tantos años.

BIBLIOGRAFIA

- ACERO, JULIO. "PROCEDIMIENTO PENAL", SEPTIMA EDICION, EDITORIAL CAJICA, PUEBLA PUEBLA, MEXICO 1984.
- ARILLA BAS, FERNANDO. "EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO" EDITORES MEXICANOS UNIDOS S.A., MEXICO.
- BORJA OSORNO, GUILLERMO. "DERECHO PROCESAL PENAL". EDITORIAL CAJICA JR. PUEBLA, PUEBLA 1969.
- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO. "EL ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO". SEGUNDA EDICION, EDITORIAL TRILLAS S.A., MEXICO 1982.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. "DERECHO PENAL MEXICANO". EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1989.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. "CODIGO PENAL ANOTADO", EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1997.
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL ", VIGESIMO TERCERA EDICION. EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1986.
- COLIN SANCHEZ, GUILLERMO. "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES". OCTAVA EDICION, EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1985.
- DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO. "DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL". TOMOS I YII. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1985.
- DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO. "CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES COMENTADO". EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1991.
- FLORIAN, EUGENIO. "ELEMENTOS DE DERCHO PROCESAL", EDITORIAL CAJICA, PUEBLA, MEXICO 1969.
- FRANCO SODI, CARLOS. "EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO". EDITADO POR LOS TALLERES GRAFICOA DE LA PENITENCIARIA DEL D.F., MEXICO 1939.

- FRANCO VILLA, JOSE. "EL MINISTERIO PUBLICO FEDERAL" EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1985.
- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO". EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1983.
- GARCIA RAMIREZ SERGIO "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL". CUARTA EDICION, EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1983.
- GARCIA RAMIREZ, SERGIO Y ADATO DE IBARRA VICTORIA. "PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO". TERCERA EDICION, EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1993.
- GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. "EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO". PRIMERA EDICION, EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1975.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. "PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO" DECIMA EDICION. EDITORIAL PORRUA MEXICO 1991.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS. "LA LEY Y EL DELITO". EDITORIAL HERMES. MEXICO.
- MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO. "LAS GARANTIA INDIVIDUALES Y SU APLICACIÓN EN EL PROCESO PENAL". TERCERA EDICIÓN. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1990.
- MARTINEZ PINEDA, ANGEL. "ESTRUCTURACION Y VALORACION DE LA ACCION PENAL". EDITORIAL AZTECA. MEXICO 1968.
- MATEOS MUÑOZ, AGUSTIN, "COMPENDIO DE ETIMOLOGIAS GRECOLATINAS DEL ESPAÑOL". VIGESIMA PRIMERA EDICION. EDITORIAL ESFINGE S.A., MEXICO 1984.
- PALLARES EDUARDO. "PRONTUARIO DE PROCEDIMIENTOS PENALES" EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1981.
- PEREZ PALMA, RAFAEL. "GUIA DE DERECHO PROCESAL PENAL". SEGUNDA EDICION, CARDENAS EDITOR. MEXICO 1975
- RIVERA SILVA, MANUEL. "EL PROCEDIMIENTO PENAL". SEXTA EDICION. EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1973.

- SILVA SILVA, MANUEL. "DERECHO PROCESAL PENAL". EDITORIAL HARLA. MEXICO 1990.
- VELA TERVIÑO, SERGIO. "LA PRESCRIPCION EN MATERIA PENAL". PRIMERA EDICION, EDITORIAL TRILLAS. MEXICO.
- ZAMORA PIERCE, JESUS. "GARANTIAS Y PROCESO PENAL". QUINTA EDICION, EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1992.

REVISTAS CONSULTADAS

- CRIMINALIA, NO. 9-10, SEP.-OCT. 73, AÑO XXXIX. MEXICO 1973.

LEGISLACION CONSULTADA

- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SEGUNDA EDICION ACTUALIZADA. EDITORIAL MAC GRAW HILL. MEXICO 1995
- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. EDITORIAL SISTA 1997.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. CUADRAGESIMO QUINTA EDICION. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1995.
- MARCO JURIDICO DE LA ESTRUCTURA ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, TALLERES GRAFICOS DE MEXICO. MEXICO 1996