

306
2ej



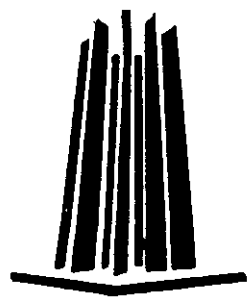
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON

"LA PRESCRIPCION DE LA ACCION
PENAL".

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
VICTOR RODRIGUEZ LEYVA

ASESOR: JOSE PACHECO RAMOS.



ESTADO DE MEXICO

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

271352
1999



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES,

**Porque gracias a su apoyo y
consejo he llegado a realizar la
más grande de mis metas, la cual
constituye la herencia mas
valiosa que pudiera
recibir.**

CON ADMIRACION Y AGRADECIMIENTO

A MIS PROFESORES,

**Porque sus consejos y apoyo
durante la carrera y en la
elaboración del presente trabajo.**

Especialmente al

Lic. José Pacheco Ramos

por su gran

paciencia.

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

INTRODUCCION.....	I
-------------------	---

CAPITULO I LA ACCIÓN PENAL

1 - Concepto:	
A) Acción.....	1
B) Acción Civil.....	7
C) Acción Penal.....	11
D) Diferencias entre las acciones civiles y penales.....	15
2 - Antecedentes históricos:	
A) En el derecho romano.....	19
B) En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.....	26
3 - Características de la acción penal:	
1) - Es autónoma.....	29
2) - Es pública.....	29
3) - Es indivisible.....	29
4) - Es irrevocable.....	29
5) - Es de pena.....	29
6) - Es única.....	30

CAPITULO II MONOPOLIO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

1 - Jurisdicción:	
A) Elementos de la jurisdicción decisión e imperio.....	34
B) El juez: facultades y funciones.....	38
2 - Proceso:	
A) Objeto del proceso.....	42
B) Fines del proceso.....	43
3 - Principios del proceso:	
A) Indisponibilidad del objeto del proceso.....	45
B) Inmutabilidad del objeto del proceso.....	46

4 - El acto investigatorio y jurisdicción:	
A) Valor probatorio de las diligencias practicadas por el Ministerio Público.....	47
B) Poderes del juez en el curso del proceso.....	50
5 - La apertura del juicio y la acción penal:	
A) Conclusiones en general.....	52
B) Conclusiones del Ministerio Público.....	53
C) Conclusiones del Defensor.....	54

CAPITULO III LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

1 - Definición y concepto de prescripción:	
A) Definición de prescripción.....	57
B) Concepto de prescripción.....	61
2 - Naturaleza jurídica de la prescripción:	
A) Teoría de la prescripción como instituto del derecho penal.....	70
B) Teoría de la prescripción como instituto del derecho procesal penal.....	71
C) Teoría mixta, que considera la prescripción como instituto de derecho penal y de derecho procesal pena.....	72
3 - Titulares de la declaración en orden a la prescripción:	
A) Titular de la declaración de prescripción de la acción persecutoria.....	73
B) Titular de la declaración de prescripción de la sanción legalmente impuesta.....	77
4 - La prescripción de la acción persecutoria atendiendo a la clasificación de los delitos en orden a la conducta:	
A) Los delitos de acción.....	80
B) Los delitos de omisión.....	85
C) Los delitos unisubsistentes.....	88
D) Los delitos plurisubsistentes.....	90
E) Los delitos complejos.....	91
F) Los delitos habituales.....	94
5 - La prescripción de la acción persecutoria atendiendo a la clasificación de los delitos en orden al resultado	
A) Los delitos instantáneos.....	97
B) Los delitos instantáneos con efectos permanentes.....	100
C) Los delitos permanentes.....	102
D) Los delitos de simple conducta o formales.....	103
E) Los delitos de resultado o materiales.....	105
F) Los delitos de lesión.....	107

G) Los delitos de peligro..... 108

6 - La prescripción de la acción persecutoria atendiendo a la clasificación de los delitos en orden al tipo:

- A) Clasificación de los delitos en orden al tipo, atendiendo a su ordenación metodológica..... 111
- B) Clasificación de los delitos en orden al tipo, atendiendo al alcance y sentido de la tutela penal..... 114
- C) Clarificación de los delitos en orden al tipo, atendiendo a la unidad o pluralidad de bienes tutelados..... 120

7 - El curso total del tiempo necesario para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria:

- A) Presupuesto para el inicio del curso de la prescripción 124
- B) Regla general para determinar el tiempo necesario para la operancia de la prescripción..... 125
- C) Excepciones a la regla general de la operancia de la prescripción..... 126
- D) Condiciones posteriores al hecho, que deben darse para que el plazo de la prescripción siga su curso..... 130

8 - Las causas que interrumpen el curso del tiempo necesario para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria:

- A) Texto de las disposiciones legales que regulan las causas de interrupción del curso de la prescripción de la acción penal..... 143
- B) Principio general 144
- C) Naturaleza de los actos procedimentales idóneos para interrumpir el curso de la prescripción..... 145
- D) Casos en los que las actuaciones (actos procedimentales) no interrumpen el curso de la prescripción 149

9 - Las causas que suspenden el curso del tiempo necesario para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria:

- A) Texto de las disposiciones legales del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal que regulan las causas de suspensión..... 153
- B) Naturaleza jurídica de las causas de suspensión del curso de la prescripción 154
- C) Casos de aplicación de los artículos 109 y 359 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal..... 156
- D) Los límites de la suspensión del inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria..... 157

10 - La prescripción de la acción persecutoria tratándose de hechos perseguibles por querrela de parte:

A) Interpretación del segundo párrafo del artículo 107 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal.....	162
B) Temporalidades necesarias para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria según el artículo 107 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal.....	163
C) Inicio del curso del tiempo en función del conocimiento de la parte ofendida	166
D) Concepto de parte ofendida para comprensión del artículo 107 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal	167
E) Diferencia entre acción persecutoria y querrela del ofendido.....	168
F) Prescripción de la acción persecutoria o del derecho a formular querrela.....	169
G) Algunos casos que pueden presentarse para la interpretación de los artículos 107, 110 y 111 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal.....	170
H) La significación de la muerte del ofendido para la prescripción	171

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION.

En el Derecho Penal mexicano, la finalidad es poder perseguir y sancionar al delincuente mediante el ejercicio del derecho, que garantice la seguridad pública dentro de la sociedad en que nos desarrollamos.

En las diversas leyes penales que trataremos existen normas limitantes que regulan la actividad jurisdiccional que realiza el Estado, por medio de las cuales, el mismo se impone ciertas limitaciones de no perseguir a los autores de determinados hechos, ya sea para determinar la existencia de un delito o a no hacer efectiva alguna sanción impuesta por algún delito.

Esto parece contradictorio al considerar que el Estado detanta el “ius punendi”, esto es que tiene el poder de aplicar las medidas adecuadas para eliminar la peligrosidad social de ciertos individuos, para así garantizar la paz pública.

Nada hay, aparentemente, que justifique esa autolimitación, pero es indudable que existe y que en cierta medida equivale a un incumplimiento de parte del Estado de la obligación básica que tiene de restituir el orden jurídico que el hecho delictuoso haya alterado.

Con lo anterior estamos haciendo mención ya a una de las formas de la autolimitación que el Estado se impone para perseguir y sancionar a los delincuentes, esto es, en términos concretos la prescripción. La cual es motivo del presente trabajo, destacando que esta no es la única forma de limitación que se impone el propio Estado.

Existen en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero Federal, en el Título Quinto Libro Primero, limitaciones que se refieren a la persecución, así como para la ejecución de las

sanciones que se hayan impuesto y que son: muerte del delincuente, la amnistía, el perdón, el indulto, la rehabilitación y **la prescripción**.

De las formas que anteriormente se hace mención, cabe destacar que su fin último es la extinción de la posibilidad de perseguir al delito y al delincuente o de que se haga efectiva la sanción impuesta. Sin embargo, ello no es el motivo central de este trabajo, que ha sido estructurado pensando solamente en una de dichas formas, que lo es la prescripción.

Basta reiterar que en el tema a tratar se está ante la presencia de casos muy específicos en los que el Estado, por medio y a través del Derecho Penal, se impone la autolimitación para perseguir hechos aparentemente delictuosos y a sus respectivos autores, o se limita también en la ejecución de las consecuencias que debieron derivarse de la declaración cierta, hecha por la autoridad judicial, de que un hecho determinado es constitutivo de delito y un individuo es responsable ante la ley y la sociedad por la comisión de ese delito.

A continuación, se hará referencia especialmente a la prescripción, misma que en el desarrollo del presente trabajo trataré de hacer comprensible en todos sus alcances y con las variantes que pueden presentarse, sobre todo en lo que corresponde a la autolimitación del Estado para perseguir o para sancionar, según el caso o el delito de que se trate.

Como aclaración relevante en el desarrollo del presente trabajo, es de hacer mención que para una lectura más fluida se redactó, Código Penal para el Distrito Federal, omitiendo el nombre completo del mismo que es: Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero Federal

CAPITULO I

LA ACCION PENAL

1.- Concepto

A) Acción:

Se abordará la presente investigación tratando de resumir el concepto que han vertido los diferentes autores de lo que entienden por Acción de manera genérica, recurriendo a autores como son los procesalistas, que son los que tradicionalmente retoman dicho concepto.

Primeramente recurriremos a los romanos por ser el antecedente más lejano de nuestro actual sistema jurídico, así Eugéne Petit, nos informa que: " Los derechos que pertenecían a las personas, derechos reales y derechos de crédito, podían ser violados, y todo aquel que fuese víctima de esta violación debía de tener un medio de obtener reparación y de hacer sancionar la legitimidad de su derecho. En toda sociedad civilizada hay Tribunales organizados encargados de examinar las pretensiones de la parte que se crea lesionada y de zanjar la contienda." ¹

A propósito de la Acción, Paulo la definió de la siguiente manera: "*Non est singulis concedendum quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi.*" (Paulo, L. 176. pr., D., de reg., jur., L. 17). Haciendo una traducción de la definición citada, el mismo Petit, afirma: "... se puede definir la acción en el sentido más amplio: Todo recurso a la autoridad judicial para hacer consagrar un derecho desconocido, o, sencillamente, la persecución de un derecho en justicia."²

Por otra parte, el Doctor. Guillermo Flores Margadant, cita a Celso y nos ilustra al decirnos que: " la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir, mediante un proceso, lo que le deben a uno."³

¹ P. 111. Eugéne. Tratado elemental de Derecho Romano. Trad. José Fernández González. Edit. Epoca, S. A. México 1977 p. 611

² *Ibidem* p. 611

³ MARGADANT, Guillermo Flores. El Derecho Privado Romano. 13ª Edición. Edición. Estingue. México 1985. p. 140.

Evidentemente los dos autores citados, así como los jurisconsultos romanos, enfocan la acción como un concepto procesal, esto es, que es un medio mediante el cual las personas hacían valer un derecho llámese real o personal, y recurrían ante la instancia jurisdiccional a dirimir sus derechos, luego entonces, el remoto concepto romano tiene un acerto, es el considerar a la acción como un derecho. O como apunta Niceto Alcalá Zamora y Castillo: " Ahora bien: esa sustitución, que el proceso implica, de la acción directa contra el adversario, por la acción dirigida hacia el estado, reclama, como es natural, que este la acoja mediante un órgano instituido al efecto. Luego, en este sentido, el proceso supone el desdoblamiento de la auto defensa en dos instituciones: Acción y Jurisdicción, que son sus puntos de partida y de destino. Téngase en cuenta a este propósito que la huella autodefensista de la acción directa contra el adversario es la que consiente, inconsciente o subconscientemente inspira la doctrina que, en contraste con las que he llamado jurisdiccionalistas, caracterice como obligacionistas a cerca de la acción, grupo este segundo que abarcaría, a su vez, dos sectores: el que asocia acción y derecho subjetivo material y el que imagina la acción como derecho concreto a la tutela jurídica." ⁴

El Doctor Carlos Arellano García, nos da la significación gramatical de acción, y apunta: "La expresión acción es un sustantivo femenino que alude al ejercicio de una posibilidad dinámica de una cosa o de una persona. -Agrega más adelante- cuando la acción se atribuye a la conducta humana, se hace alusión a una actitud dinámica en la que el sujeto realiza un hecho o un acto, es decir, provoca un acontecimiento en el mundo de la realidad que lo rodea, lo que puede dar lugar a una actitud en los demás, ya sea de pasividad, de tolerancia, de respuesta, de indiferencia, de obligación, de secundamiento, de auxilio, de oposición o de crítica.

⁴ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Proceso, Autocomposición y Auto Defensa. 3ª Edición Edit. UNAM México 1991.p. 168.

En la acción procesal interesa la conducta dinámica de una persona, física o moral, que originará la actuación del órgano con potestad para el desempeño de la función jurisdiccional respecto de otro sujeto que habrá de adoptar, a su vez, una conducta de aceptación total o parcial, o bien de rechazo total o parcial, y también de pasividad.⁵

En este mismo orden de ideas el maestro Arellano García propone que la acción es: "el derecho subjetivo de que goza una persona física o moral para acudir ante un órgano del estado o ante un órgano arbitral a exigir el desempeño de la función jurisdiccional para obtener la tutela de un presunto derecho material, presuntamente violado por la persona física o moral presuntamente obligada a respetar ese derecho material."⁶

Para Eduardo J. Couture acción es: "el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión."⁷

El propio Diccionario Jurídico Espasa nos proporciona el siguiente concepto: "La acción es el derecho subjetivo público que los sujetos jurídicos tienen para dirigirse a los tribunales, y obtener de ellos unas concretas tutelas jurisdiccionales, mediante resoluciones con un concreto contenido.

La acción esta ligada, pues, a una situación previa jurídico-material, que justifica, no sólo el derecho del justiciable a dirigirse a los órganos jurisdiccionales, sino, además, que éstos le dispensen la concreta tutela que, en relación con esa situación jurídico-material, solicita. La acción no es, por tanto, el mismo derecho subjetivo privado (o, en su caso, público) que se da en el presupuesto jurídico-material; ni es tampoco un mero derecho procesal (el simple ejercicio del derecho subjetivo preexistente), sino que constituye un

⁵ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Teoría General del Proceso, Edit. Porrúa, S.A. México. 1980 p. 239.

⁶ *Ibidem* p. 246

⁷ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Edit. Nacional, S.A. México. 1984 p. 57

derecho subjetivo público, del que se es titular frente al Estado, que debe otorgar la concreta tutela jurídica.

En el ámbito penal, sin embargo, no puede hablarse de un derecho subjetivo público a que se condene al delincuente (piénsese en la acción popular o en la querrela del ministerio fiscal). Por ello, la acción penal no puede ser definida más que como el poder de realizar un acto por el que se ejercita un derecho a ser parte acusadora o por el que se cumple un deber de acusar."⁸

Mientras que, para Cipriano Gómez Lara entiende por acción " el derecho, la potestad, la facultad o actividad, mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional... consideramos a la acción como algo que provoca la función jurisdiccional del estado."⁹

De las definiciones antes citadas podemos concretizar en términos generales que sus autores se encuentran de acuerdo en que la acción en términos generales es el derecho que tienen los gobernados para acudir ante el órgano jurisdiccional a reivindicar un derecho transgredido, situación que se objetiva en el artículo 1 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; que a la letra dice: " Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario.

Podrán promover los interesados, por si o por representantes o apoderados, el Ministerio Público y aquellos cuya intervención esté autorizada por la Ley en casos especiales."

Asimismo comulgamos con la definición proporcionada por el Doctor Arellano García, quien nos explica los elementos vertidos en su concepto, de la siguiente manera:

⁸ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA Edit. Espasa Calpe, S.A. España 1991

⁹ GÓMEZ / LARA, Cipriano Teoría General del Proceso, 6ª Edición Edición Edit UNAM México 1983 p.109.

" a) La acción es un derecho subjetivo por que el actor tiene la prerrogativa de exigir de un sujeto obligado la realización de una conducta de hacer. En la relación jurídica existen dos sujetos: uno obligado y otro pretensor.

El titular del derecho de acción es el sujeto pretensor, a quien denominamos actor. El sujeto obligado es el órgano estatal o arbitral que tiene la obligación de hacer, consistente en el desempeño de la función jurisdiccional. Como la relación jurídica que deriva del derecho de acción es compleja, existe otro sujeto obligado, como destinatario del derecho de acción a contestar sobre la acción hecha valer y a soportar las consecuencias de una situación de rebeldía o de resolución contraria.

b) Sólo la persona jurídica es la susceptible de tener derechos y obligaciones, por tanto, el titular del derecho de acción. a de ser forzosamente una persona física o una persona moral.

c) La persona física o moral goza del derecho de acción. Esto significa que, tiene el derecho de acción, aún que no lo llegue a ejercitar. De esta manera, se distingue el derecho de acción del ejercicio del mismo.

d) El derecho de acción permite a su titular, acudir ante quien va a desempeñar la función jurisdiccional. pueden ejercer la función jurisdiccional para resolver una controversia plantada un órgano del estado o un órgano arbitral. El órgano del Estado será un Juez desde el punto de vista material pues procederá a decir el derecho ante una situación controvertida. desde el punto de vista formal podrán pertenecer al Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial. Como se a pactado someter la controversia al arbitraje, el derecho de acción se ha de ejercitar ante el órgano arbitral. Por ello, establecimos como sujeto obligado a ejercer la función jurisdiccional al órgano del Estado o al órgano arbitral.

e) Hemos utilizado el vocablo "exigir" en atención a que el titular del derecho de acción tiene la prerrogativa de reclamar la intervención del órgano estatal o del órgano arbitral y tal órgano la obligación de realizar su actividad intermediadora.

f) La exigencia se dirige a obtener una actuación del órgano estatal o del órgano arbitral para que desempeñen la función jurisdiccional. La función jurisdiccional es la aplicación de derecho a dos situaciones en antagonismo para llegar a una solución. se distingue de la función administrativa en que en esta no hay antagonismos.

g) El objetivo del derecho de acción es obtener la tutela o protección de un presunto derecho material. Esto significa que, el derecho de acción está apoyado en la presunta existencia de un derecho subjetivo material. El actor se considera a él mismo como titular de un derecho subjetivo material que pretende tener, aún que de hecho no lo tenga. El derecho de acción no es independiente o autónomo de un derecho material. Por el contrario, esta condicionado a la existencia de un derecho que dice tener el actor. Le llamamos en el concepto "presunto" derecho por que el actor afirma tenerlo y da algunos elementos crediticios para demostrar que lo tiene, aunque, en definitiva, puede resultar que no tuvo ese derecho. Por otra parte, le denominamos derecho material para distinguirlo del derecho de acción que es un derecho procesal.

h) Como antecedente inmediato del derecho de acción es indispensable que haya una conducta contraria al derecho material que se reclama ante órgano estatal o arbitral. Esta presunta conducta se imputa al sujeto destinatario último del derecho de acción. Por tanto, en el concepto incluimos al tercer sujeto de la relación jurídica que entraña el derecho de acción y mencionamos a la persona física o moral, presuntamente obligada a respetar ese derecho material.

i) De esta manera, consideramos que un concepto de derecho de acción ha de mencionar todos los elementos que concurren en el mismo. No concebimos el derecho de

acción sin que haya un sujeto que figure como último destinatario del derecho de acción y que tendrá la obligación de intervenir. sino interviene se hará acreedor a las consecuencias que engendren su actitud de rebeldía. Si interviene y el fallo le es desfavorable, la acción le producirá consecuencias jurídicas que modificarán su esfera jurídica. Si el fallo le es favorable, la acción intentada en su contra no habrá prosperado pero, mientras duró el proceso permaneció involucrado en virtud de haberse ejercido el derecho de acción en contra de él. Consideramos que un concepto de acción que no mencione al destinatario último del derecho de acción, ha de ser un concepto incompleto pues, si ese sujeto no existiera no habría derecho de acción, sólo se habría ejercido un derecho de petición."¹⁰

B) Acción Civil:

En lo que corresponde a la acción civil Couture, nos da la siguiente definición: " Por acciones civiles se entiende tradicionalmente aquellas en que se dirime un conflicto de intereses de carácter civil."¹¹ Regularmente se ha venido encuadrando dentro del concepto de acciones civiles no sólo aquellas que solucionan los conflictos surgidos por la interpretación y aplicación de la Ley civil; sino que se ha extendido a conflictos regulados por el Código de Comercio, en Derecho Marítimo, Aeronáutico, de Comercio Exterior, por citar algunos ejemplos. El carácter civilista de la acción, es un problema de derecho positivo. Ya que los diversos textos legales son los que regulan la competencia y en definitiva fijan su verdadero contenido, verbigracia nuestro viejo Código de Comercio que ordena que a falta de disposición expresa en dicho ordenamiento se aplicará la legislación procesal civil del lugar donde se genere el conflicto.

Algunos tratadistas han clasificado para su estudio las diversas acciones civiles como es el caso de Ignacio Galindo Garfias quien afirma "... que la acción es una cubierta protectora de todo derecho, que acompaña a este y que refleja su estructura -clasificándolas así

¹⁰ ARIEL AND GARCIA, Carlos Op. Cit p.p. 246 y 247

¹¹ COUTURE, Eduardo J Op. Cit p. 82

- Desde el punto de vista del derecho protegido, las acciones pueden ser: reales: que garantizan el ejercicio de un derecho real. Típica de tal naturaleza es la acción reivindicatoria; personales: si tienen por objeto garantizar una obligación personal, como la derivada de un contrato y la que se intenta para exigir el cumplimiento de una obligación; finalmente las acciones son mixtas; cuando participan de ambas características, por ejemplo la acción de partición de herencia, la división de la cosa común y las acciones de deslinde."¹²

El mismo autor nos proporciona otra división con fundamento en los fines que persiguen las multitudes acciones civiles, a saber.

" Desde el punto de vista de los fines que persiguen, las acciones pueden ser: a) de condena, si tienen por objeto el cumplimiento de una determinada prestación; b) declarativas, si se proponen obtener la declaración de la existencia de una determinada situación jurídica o de un hecho jurídicamente relevante como por ejemplo en el caso de las acciones de estado civil; c) constitutivas, si tienen por objeto obtener la modificación de un estado jurídico existente. como ocurre con el ejercicio de la acción de divorcio; d) cautelares, si con su ejercicio se busca conseguir una resolución judicial provisional, que garantice la efectividad del derecho substancial (la acción ad exhibendum) y finalmente e) son ejecutivas aquellas acciones que se ejercitan para obtener coactivamente lo que es debido o su equivalencia en dinero."¹³

Para Rafael de Pina y coautor, también nos ilustra cuando nos dice: " Las acciones se suelen dividir también en: a) Civiles, comerciales, penales, etc., por razón de la materia. b) Muebles (o mobiliarias) e inmuebles (o inmobiliarias), en atención a la naturaleza del objeto del derecho. c) Petitorias o posesorias, según tengan por objeto pedir la propiedad o defender la posesión. d) Principales y accesorias, ya tengan vida propia o dependan de otra acción principal. e) Simples o dobles. Las acciones son simples en general;

¹² GALINDO GARFÍAS, Ignacio Derecho Civil. 7ª Edición Edit. Porrúa, S.A México p p 286 y 287.

¹³ GALINDO GARFÍAS, Ignacio Op. Cit. p 287

las excepcionalmente dobles son las llamadas mixtas. f) Reconvencionales o propuestas por el demandado contra el actor; y principales o iniciales del proceso. g) Directas, las ejercidas por aquellos a quienes competen de una manera inmediata (o por sus representantes legítimos del titular), actúan en su calidad de sustitutos procesales, como en el caso en que el acreedor hace uso de la facultad de ejercer la acción que compete normalmente a su deudor, cuando el crédito conste en título ejecutivo y excitado éste para deducirla descuide o rehuse a hacerlo."¹⁴

Nuestro Código de Procedimientos Civiles (para el Distrito Federal), se refieren directamente en sus artículos 4 a 11, 13, 14, 16 a 21, 24 y 27 a las siguientes acciones: la reivindicatoria, la negatoria, la confesoria, la hipotecaria, la de petición de herencia, las posesorias, las de estado civil, la de indemnización por enriquecimiento ilícito y la de otorgamiento de escritura.

La clasificación de las acciones dependen del punto de vista que sirva para formularlas, tradicionalmente se les ha dividido en acciones reales, personales y mixtas.

Las acciones reales tienen por objeto garantizar el ejercicio de algún derecho real, o sea son aquellas que ejercita el actor para reclamar y/o hacer valer un derecho sobre de alguna cosa con independencia de la obligación personal de parte del demandado. De conformidad con el artículo 3 del Código de Procedimientos Civiles por acciones reales se reclamarán: La herencia, los derechos reales o la declaración de libertad de gravámenes y se ejercitarán contra la persona que tenga en su poder la cosa y la obligación real, con la excepción de la petición de herencia y la negatoria. De estas emanan las del dominio o de los derechos inherentes al mismo, como son el cuasi-dominio, la posesión la herencia o el derecho hereditario, la servidumbre, el derecho de superficie, el censo, la prenda, la hipoteca y el usufructo. Es importante recordar que la acción real es por excelencia reivindicatoria y que a

¹⁴ DE PINA, Ratael, y José Castillo Larrañaga. Instituciones de Derecho Procesal Civil. 18ª Edición Edit. Porrúa, S.A. México. 1988 p.p 173 y 174

grosso modo es la facultad que tiene el propietario de reclamar de aquel que la estuviera poseyendo por cualquier motivo o de quien prive al dueño del uso o del disfrute de la cosa reclamada.

Por otra parte las acciones personales son las que tienen por objeto garantizar un derecho personal; suelen provenir o ser el resultado de contratos o cuasicontrato, delitos y cuasidelito, es decir, de hechos u omisiones de los que puede quedar obligada una persona a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Como lo ordena el artículo 25 de la Ley en cita.

Se dice que existen acciones mixtas cuando se ejercita de una manera unitaria tanto acciones reales como personales, nuestro Código de Procedimientos Civiles no acepta dicha clasificación, pero se pueden ejercitar al mismo tiempo con fundamento en los preceptos en que se funden las acciones tanto reales como personales.

Doctrinariamente las acciones civiles se clasifican por lo que solicita el actor, y pueden ser: a) Acciones de condena. b) Acciones declarativas. c) Acciones constitutivas o modificativas. d) Acciones cautelares. e) Acciones ejecutivas.

A este respecto, De Pina menciona, que las acciones de condena el actor pide que se le imponga al demandado el cumplimiento de una determinada prestación. Con ellas se pretende la ejecución inmediata del derecho declarado por la Sentencia judicial, de lo que podemos observar que este tipo de acciones es doble ya que se obtiene la declaración de un derecho y la posibilidad de su ejecución.

Por lo que respecta a la finalidad perseguida con las acciones declarativas es la de obtener mediante la cosa juzgada la declaración de existencia de una determinada declaración jurídica o un derecho nacido de un negocio jurídico. Por la misma naturaleza de estas acciones la sentencia que se dicte no trae aparejada una ejecución ya que la misma únicamente determina una nueva relación jurídica, que puede ser positiva o negativa o sea la declaración de la existencia o inexistencia de un derecho.

Las acciones constitutivas se dirigen a modificar un estado jurídico ya existente ya que la característica de estas acciones es la de arribar a un cambio jurídico preexistente.

Por lo que hace a las acciones cautelares estas pretenden una resolución judicial de carácter provisional o transitorias que únicamente garantice la efectividad del derecho ejercitado, como ejemplo claro y clásico el embargo de bienes propiedad del demandado.

Las acciones ejecutivas son las que de una manera coactiva pretenden el pago en dinero líquido la ejecución de un derecho reclamado que de manera singular puede ser la vía de apremio para la ejecución de Sentencia.

No podemos pretender dejar aquí agotado la presente investigación referente a las acciones civiles sin citar los elementos de la misma. " La acción -según Chiovenda- cuenta de los tres elementos siguientes.

1° Los sujetos o sea el sujeto activo al que corresponde el poder de obrar, y el pasivo frente al cual corresponde el poder de obrar.

2° La causa eficiente de la acción, o sea un interés que es el fundamento de que la acción corresponda, y que ordinariamente se desarrolla, a su vez, en dos elementos: un derecho y un estado de hecho contrario al derecho mismo (*causa petendi*); y

3° El objeto, o sea el efecto a que tiende el poder de obrar. lo que se pide (*petitum*).

Los sujetos activo y pasivo de la acción son el demandante y el demandado. es decir. las partes cuyo poder de obrar constituye la fuerza motriz primordial del proceso."¹⁵

C) Acción Penal:

Ahora bien, una vez que hemos entendido que acción la posibilidad o facultad, que tiene una persona de poner en movimiento alguna cosa, en el caso que nos ocupa al poder jurisdiccional para hacer valer un derecho que se nos ha sido irrogado.

¹⁵ DE PINA, Rafael Op. Cit. p.p. 164 y 165

Para Ernesto Beling, precisa: " el derecho de la acción penal como la facultad de provocar la actividad de la jurisdicción penal mediante la declaración de un órgano público (Ministerio Público) o privado, según esta facultad sea conferida a dichos órganos privados exclusivamente (delito de acción privada) o en concurso con el órgano público (acción pública); es decir, mediante una oferta o proposición de actuar la voluntad de la Ley aplicable al caso."¹⁶

Para Francesco Carnelutti, la acción es un derecho al juicio y no un derecho al juicio favorable; un derecho al derecho independientemente de los resultados de la Sentencia; viene a ser un derecho que tiene toda persona para solicitar a la función jurisdiccional competente que inicia un proceso judicial en orden a declarar si tuvo o no derecho subjetivo material violado que reclamar; es decir, entiende a la acción como un derecho subjetivo procesal de las partes frente al Juez o al titular del órgano jurisdiccional.

A este particular consideramos que la concepción que nos plantea Carnelutti es errónea en virtud de que directamente traslada la facultad (derecho subjetivo), del gobernado directamente a un ente jurisdiccional, que sería un juez penal, cuando en nuestra realidad el sujeto pasivo de algún delito recurre ante una dependencia del Poder Ejecutivo; mediante alguno de los dos requisitos de procedibilidad (denuncia o querrela), para que el Ministerio Público dirima su bien jurídicamente tutelado transgredido, a hora sí ante la autoridad jurisdiccional.

Por otra parte para Franco Sodi afirma que: " la acción es un derecho; pero como su ejercicio tiende a la realización del derecho de penar, resulta al mismo tiempo un deber. por lo que parece más acertado considerarla como un derecho jurídico. A hora bien, el uso de ese poder pone invariablemente en movimiento al Juez, quien no puede actuar si la

¹⁶ CASTILLO SOBERANES, Miguel Angel El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México. 2ª Edición Ed. Porrúa, S.A., México, 1993 p 28

acción penal no se ejercita ante él, y, por último, permite al mismo Juez aplicar en forma definitiva la Ley al caso concreto de que se trate."¹⁷

En apoyo de lo anterior para Castillo Soberanes considera a la acción " como un poder, como un derecho o una facultad ... que tiene el Ministerio Público es, sin lugar a dudas, un deber, una obligación ineludible de dicho órgano".¹⁸

Angel Martínez Pineda define a la acción penal como " el deber jurídicamente necesario del Estado que cumple el órgano de acusación con el fin de obtener la aplicación de la ley penal de acuerdo con las formalidades de orden procesal."¹⁹

Asimismo Walter Guerrero la define como: " institución de orden público y procesal establecida por el Estado, a través del cual el Ministerio Público y los individuos pueden llevar a conocimiento de la función jurisdiccional competente el cometimiento de un ilícito, a fin de que el órgano correspondiente inicie el proceso en contra del supuesto infractor."²⁰

No podemos pretender dejar agotado el concepto de acción penal, sin citar la propuesta de Jorge Alberto Silva Silva quien manifiesta de una manera más poética que jurídica su noción de acción en los siguientes términos: " La acción constituiría, permítasenos la metáfora, el vehículo que lleva las presunciones, que es conducido por el pretensor, que corre sobre un camino estructurado en etapas y que continúa su desplazamiento a virtud de previo 'permiso', hasta llegar a la meta, donde el sujeto que ha venido dando ese permiso o visto bueno, resuelva el conflicto."²¹

" Se considera a la acción penal como el derecho que incumbe al Ministerio Público, en sus funciones como representante de la sociedad, el cual ejercita ante los órganos

¹⁷ FRASCO SODI, Carlos. El procedimiento penal mexicano. 4ª Edición. Edit. Porrúa, S.A. México. 1957 p.28

¹⁸ CASTILLO SOBERANES, Miguel Angel. Op. Cit. p.37.

¹⁹ MARTÍNEZ PINEDA, Angel. Estructura y valoración de la acción penal. Edit. Azteca México 1968 p. 37

²⁰ GUERRERO, Walter. Derecho Procesal Penal, La Acción Penal, T. II Edit. Universitaria. 1978 p. 106

²¹ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Edit. Harla, S.A. México. 1994. p. 81

jurisdiccionales, en la primera fase del procedimiento penal, solicitando la radicación de la causa en contra de un presunto responsable, se decreta el auto de formal prisión, en caso de estar detenido, o la correspondiente orden de aprehensión si está fuera de la acción de la justicia, así como la reparación del daño en caso de que hayan causado a consecuencia de la comisión del delito."²²

"En conclusión, consideramos que por Acción Penal debe entenderse como el derecho de

las personas a que se les imparta justicia gratuita, pronta y expedita, derecho que está tutelado por un órgano del Estado denominado Ministerio Público, quien tiene la obligación constitucional de investigar la comisión de los hechos que se reputen como delictuosos y perseguir a los presuntos responsables, actos que integran una fase procesal llamada Averiguación Previa, durante la cual recibirá la denuncia, queja o acusación en contra de presuntos responsables de ilícitos, aportando todas las pruebas necesarias tendientes a comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del autor y ejercitar ese derecho de acción punitiva ante el órgano jurisdiccional competente, solicitando la incoación del procedimiento respectivo y se imponga al culpable la pena correspondiente.

También se puede decir que la Acción Penal es el derecho y obligación que corresponde al Estado y que esta delega en un órgano administrativo denominado Ministerio Público o Representante de la Sociedad, cuya función es la de investigar la comisión de los delitos, perseguir a los autores de tales actos considerados ilícitos, y una vez integrada la Averiguación Previa con apego de los requisitos que la ley procesal de la materia señala, ejercitar ese poder ante el órgano jurisdiccional denominado Juez, solicitándole la incoación del proceso respectivo, con todos sus actos procesales inherentes, fungiendo desde el inicio de

²² DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. Procedimiento Penal Mexicano. Edit. Porrúa, S.A. México 1995 p. 87

la causa hasta la última instancia con el carácter de parte en igualdad de derechos y obligaciones con el acusado."²³

D) Diferencias entre las acciones civiles y penales.

Las diferencias que existen entre acciones civiles y penales vistas desde el derecho positivo; comenzaremos por la cuasi definición legal en virtud de que el artículo 1 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal nos proporciona un esbozo de lo que el Legislador pretendió ordenar por acción civil en los siguientes términos: " sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en el, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o sustituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario.

Podrán promover los interesados, por si o por sus representantes o apoderados, el Ministerio Público y aquellos cuya intervención este autorizada por la Ley en casos especiales."

Continuando con un examen exegético por lo que respecta al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no proporciona una definición legal propiamente de lo que es acción penal; sino que el Legislador se concreta a enumerar una serie de conductas que debe de asumir el Ministerio Público en ejercicio de la acción que nos ocupa, a mayor abundamiento transcribiremos lo preceptuado por el artículo 2 del ordenamiento que nos ocupa. " El Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto:

Primero Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales:

Segundo Pedir la libertad de los procesados, en la forma y términos que previene la ley:

²³ DE LA CRUZ AGUIERO, Leopoldo. Op. Cit. p p 88 y 89

Tercero Pedir la reparación del daño en los términos especificados en el Código Penal.

En este mismo orden de ideas el Código Federal de Procedimientos Penales tampoco proporciona una definición legal de lo que se debe de entender por acción penal; sino se concreta a enunciar de una manera genérica la participación de la Representación Social Federal, en el proceso penal federal, en este sentido citaremos lo ordenado por el artículo 136 de la legislación que nos ocupa: " En ejercicio de la acción penal, corresponde al ministerio público:

I Promover la incoación del proceso penal;

II Solicitar las ordenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión, que sean procedentes:

III Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño:

IV Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculpados:

V Pedir la aplicación de las sanciones respectiva: y

VI En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos."

Como hemos podido observar de los numerales de la legislación procesal supracitada, la única diferencia que se observa es la relativa a que en la legislación civil quien ejercita alguna acción es un gobernado el que excita al órgano jurisdiccional, con el objeto de que resuelva siguiendo el procedimiento aplicable al caso concreto el derecho irrogado y le restituya en el ejercicio del mismo. Mientras que la legislación procesal penal le otorga el monopolio del ejercicio de la acción penal no aún ciudadano común y corriente, sino a una institución dependiente del Poder Ejecutivo, denominada Ministerio Público, que no actúa de

mutuo propio. al contrario representa a la sociedad, provocando la intervención de los juzgados penales. para que mediante sentencias declare la transgresión de los diferentes bienes jurídicamente tutelados por los tipos penales, previstos en diversos ordenamientos legales.

A grosso modo Couture diferencia de una manera muy simplista a las acciones civiles de las penales, que interesa primorosamente a la jurisdicción con motivo de la competencia esto es: " Por acciones civiles se entienden tradicionalmente aquellas en que se dirime un conflicto de intereses de carácter civil; por acciones penales, aquellas en que el conflicto es de carácter penal; y mixtas, aquellas en que participan de ambas cualidades."²⁴

En virtud de lo anterior, las acciones mixtas son aquellas que contienen una considerable participación en materia no penal, cuando se debaten ante los jueces de lo penal todo lo relativo a la constitución de alguna parte civil, o cuando se ejecutan ante la jurisdicción civil las sentencias dictadas por un juez penal que condenan a la reparación de las consecuencias pecuniarias de un ilícito penal.

" El carácter civil o penal de un conflicto es, en último término. un problema de derecho positivo. Son los textos que regulan la competencia los que, en definitiva, fijan su verdadero contenido."²⁵

Por su parte Francesco Carnelutti nos ilustra, al manifestar: " no se sigue el proceso penal sino para castigar; no se sigue el proceso civil restitutorio sino para obtener la restitución."²⁶

El ejemplo típico del ejercicio de la acción penal en un proceso de carácter penal es el seguido contra un ladrón; mientras que un ejemplo del ejercicio de la acción civil es un proceso contra el deudor; mientras en el primero se pretende la aplicación de una pena para

²⁴ COUTURE, Eduardo J Op. Cit. p. 82

²⁵ Ibidem p.p 83 y 84

²⁶ CARNELUTTI, Francesco Derecho Procesal Civil y Penal. 3ª Edición. Ed. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. Pedagógica Iberoamericana México 1994 p. 38.

el ladrón, en el caso de la acción intentada en contra del deudor esta es con el objeto de que el deudor haga pago de la obligación previamente celebrada.

2.- Antecedentes históricos.

El surgimiento del derecho penal surge como una necesidad de regular el comportamiento del hombre en sociedad. Dado que el crimen es contemporáneo del ser humano, es decir al existir dos hombres sobre la faz de la tierra se dio la posibilidad de que uno realizará una conducta delictiva en contra de su congénere a este respecto es importante citar lo manifestado por la profesora Irma G. Amuchastegui Regena en el sentido de que: " el crimen nace con el hombre, cuando todavía no existía un orden jurídico, ni una sociedad organizada; ya el delito se manifiesta en su más rudimentaria forma de inferirle daño a bienes ajenos.

El hombre aún no articulaba palabras pero ya desarrollaba conductas que afectaban a otros, por ejemplo, el apoderamiento legítimo del animal cazado por otro, las violencias físicas ejercidas sobre una mujer, etc. De ahí la necesidad de regular tales conductas y señalar castigos para lograr el orden y la convivencia pacífica."²⁷

La venganza en sus diversas modalidades constituye el antecedente más remoto de la acción penal, ya que en virtud de la misma el hombre ante una agresión recibida, obtenía la satisfacción de la misma mediante un acto violento y en este sentido los diversos tratadistas para efectos didácticos han tenido a bien distinguir cuatro fases de la venganza; privada, divina, familiar y pública. Que no es otra cosa que el ejercicio de la acción penal en los diversos estadios en los cuales ha evolucionado la humanidad desde sus inicios hasta nuestros días.

Se entiende por venganza: "Privada la venganza privada también se conoce como venganza de sangre y consiste en que el ofendido se hace justicia por propia mano, o

²⁷ AMUCHASTEGUI REGUENA, Irma G. Derecho Penal, 2ª Edición Edit. Harla S.A. México 1993 p. 4

sca, el afectado ocasiona a su ofensor un daño igual al recibido. Esta fase se identifica como la ley del talión, cuya formula es 'ojo por ojo y diente por diente'. Aquí se ve la venganza individual, en la que se infringe un mal por otro recibido con daño.

La Venganza Familiar consiste en que un familiar del afectado realiza el acto de justicia, y causa un daño al ofensor.

La Venganza Divina es el castigo impuesto a quien causa un daño en virtud de creencias divinas, de modo que aveces se entremezclan rituales mágicos y hechiceros. Generalmente, el castigo es impuesto por los 'representantes' de las diversas deidades.

La Venganza Pública es ejercida por un representante del poder público. Aquí, simplemente se traslada la ejecución justiciera a alguien que representa los intereses de la comunidad, en su manifestación más primitiva."²⁸

De lo antes transcrito consideramos a las etapas de venganza más que un antecedente genérico del derecho penal en nuestra opinión son los tipos de acciones penales que contaban los individuos en esas remotas épocas para la restitución de sus derechos mancillados.

A hora bien hubo de pasar muchos años antes de que se instaurará en la sociedad la función jurisdiccional propiamente dicho como la conocemos actualmente y tuvieran los gobernados la acción de recurrir a dicho órgano a efecto de ejercitar la acción penal.

Con la aparición de la escritura y el establecimiento de los imperios orientales se pone punto final a la época prehistórica, dando nacimiento a la época antigua donde sobresalen pueblos con una trayectoria histórico jurídica tales como Egipto, Grecia y Roma: con interés directo para la presente investigación, lo realizado por el pueblo romano.

A) En el derecho romano:

²⁸ *Ibidem* p.p 4 y 5

De los antecedentes históricos del pueblo romano que poseemos se inician en el año 1000 A.C. cuando diversas tribus comienzan a penetrar en el territorio que actualmente conocemos como Italia. Para 900 A.C. aparecen los Etruscos y al rededor de 750 A.C. se fundan algunas ciudades griegas en el sur de Italia (Sicilia, Cerdeña y Córcega), y para 753 de la misma Era aproximadamente se funda la ciudad de Roma con predominio de la etnia latina.

" En la historia romana, así como la de otros pueblos de la época, la naturaleza del litigio matizó ligeramente el tipo o forma del enjuiciamiento.

Las cuestiones penales, como hoy las conocemos, no siempre fueron consideradas de orden público, de manera que gran parte de esos conflictos se tramitaron en el orden privado. Esto significó que la división entre delitos 'privados' y delitos 'públicos' marcara el tipo de enjuiciamiento."²⁹

Los romanos distinguían dentro de los delitos privados al hurto, homicidio, daño en propiedad ajena, etc., y como delitos públicos o sea los que atentaban contra la comunidad podemos mencionar los de traición a la patria (*maiestas*), falsificación de moneda, abuso del poder, entre otros. Del tratamiento para este tipo de delitos hasta nuestros días no contamos con muchas referencias, pero con la evolución política de la historia de Roma esta atravesó por tres periodos distintos a saber: La monarquía (753 hasta 510 A.C.), la república y el imperio.

Con los tres tipos de organización señalados se influyó la administración de justicia.

" La época de los reyes (época arcaica) prácticamente coincide el período de la que se conoce como las *legisactionem*. Durante esta fase, en la administración de justicia encontramos aún residuos de la época prehistórica. La influencia religiosa establecía ciertas acciones que habían de realizarse para poder satisfacer la pretensión. especialmente en la de

²⁹ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. Cit. p. 45

los delitos privados. dichas 'acciones' consistían en rituales, movimientos y frases sacramentales que debían pronunciarse para someter la pretensión ajena a la propia.

En los 'delitos públicos', aunque inicialmente el pueblo decidía tales cuestiones, la delegación de poder a órganos especialmente creados dio surgimiento a una burocracia encargada de administrar justicia penal. Los 'comicios por centurias' eran las únicas organizaciones que podían imponer la pena de muerte, el destierro y las multas. Más que realizar función jurisdiccional, estos comicios que representaban al pueblo se encargaron de la represión política.

No obstante, el derecho de presentar el asunto a los comicios por centurias (derecho de acusación) no perteneció a todos los ciudadanos, sino a los magistrados los cónsules, pretores y los tribunos. A los ciudadanos lo único que les quedó fue el derecho de denunciar los delitos ante los últimos.

Con el transcurso del tiempo, el derecho de juzgar las cuestiones penales pasó al rey, el cual ejerció esa función, especialmente en asuntos graves, pero podía delegar el conocimiento a ciertos funcionarios que fue creando especialmente para conocer (*qaestio*) cada caso se planteaba. Surgieron así los *qaestores*.

Originalmente estos *qaestores*, sólo conocían del caso que se les planteaban y luego desaparecían (eran juzgadores por comisión); pero después se empezó a dictar una serie de leyes que permitieron a los *qaestores* profesionalizarse; es decir, tener mayor permanencia en sus puestos. Esto se presentó prácticamente en la época de la República.

Las *quaestiones perpetuae*, especie de leyes especializadas, dieron esta permanencia, pero no para todos los delitos, sino para cada tipo de delito. Aparecieron entonces los *questores de clandestinis conjurationibus* (para conjuraciones), *magestate* (para la seguridad de la nación), *venefisiis* (de envenenamiento), *homicidiis* (de homicidio), *peculatus* (peculado), *pecuniae respetumdae* (exsaciones ilegales).

Se tuvo, de este modo, un tribunal para cada delito, donde un magistrado conocía *quaestio*, y otro grupo de personas (jurado) resolvía. Para entonces ya se permitió a todo ciudadano acusar, y se le exigía tan sólo el juramento de no acusar calumniosamente (*juramentum calumniae*).

Como se advierte, este tipo de enjuiciamiento, con tintes más democráticos, poseía dos fases bien delineadas similares a las del enjuiciamiento civil: una fase *in iure*, donde el magistrado cocía o instruía en torno a los hechos que le eran denunciados, y otra segunda fase en la cual este magistrado sometía a la consideración del jurado el asunto para que lo resolviera (*iudiciun*).

En la fase *in iure*, tratándose de delitos privados, se llegaba hasta la entrega de la fórmula, y cuando trataba de delitos públicos, el caso se turnaba a los *questores* para que resolviera.

En la fase *in iudicium*, el número de jurados era variable, dependiendo de la *quaestio perpetuae* (entendámosla como ley especial) de manera que los jurados podían ser 32. 50. 75, etc. Este tribunal resolvía en tres sentidos: *in condemno* (condenando), *in absolve* (absolviendo) o con un *non liquet* (que equivale a la absolución de la instancia: no condena ni absuelve).

Durante esta época, una diferencia entre el enjuiciamiento civil y el penal consistió en que el civil se regulaba con base en una fórmula (derecho formulario), en tanto que el penal (en delitos públicos) se regía según las *quaestio perpetuae*. Igualmente, mientras que en el civil los juzgadores eran escogidos por las partes; en lo penal aunque también había posibilidad de escoger, era el que les designaba el magistrado o el factor suerte era el que decidía. Al respecto, se sabe que existían listas de personas para escoger.

El imperio surge casi imperceptiblemente. Cesar Octaviano fue adquiriendo paulatinamente mayores poderes y funciones para sí, hasta el momento en que recibe el título

de emperador. es entonces cuando comienza la tercera época de la vida política de la Roma antigua.

Los procedimientos formulario y de las *quaestio perpetuae* no cambiaron bruscamente. sino que fueron sustituidos de manera paulatina.

Ya desde la época de los reyes, el magistrado en casos excepcionales podía resolver (*extraordinem*) haciendo uso también de su extraordinario imperio, facultad que vino a sustituir la ordinaria de la formula y de la *quaestio perpetuae*, que exigían dos faces en el enjuiciamiento (*in iure e in iudicio*), para que el mismo sujeto (el magistrado) juzgara también, decidiendo sobre las pretensiones propuestas.

Adviértase que la concentración de poder en el emperador fue seguida por la del magistrado. pues la actividad de este ya no quedo en la mera *cognitio*, sino que también alcanzo la *juris-dictio*.

En este momento dejaron de hacerse, las listas de jurados que antes se elaboraban. y los miembros del pueblo dejaron de ser jueces. Al asumir el *iudicium*, los antiguos magistrados recibieron también el nombre de *judex* o de *judicis* mayores. así, del *judicium populi* se paso al *iudicium publicum*.³⁰

Con Diocleciano emperador romano que dividió a este último en dos partes; el de oriente y el de occidente. En este panorama Europa en los primeros años de la edad media y después de las invasiones que habían sufrido el imperio romano no logrando su objetivo surgiendo lo que propiamente conocemos como feudalismo que caracterizo a la Europa de la edad media en la que se pretendía deliberadamente de perder la tradición romana, por no ser cristiana.

De esta manera la humanidad sigue su curso y el cristianismo se legitimo: "mediante los Edictos de tolerancia y se cristianizo el Estado"³¹. Con esta nueva religión del

³⁰ Ibidem p p 46 y 47

³¹ Ibidem p 51

Estado, que en medida se popularizaba introduciendo la filosofía cristiana, introduciendo conceptos como la igualdad de los hombres, el amor al prójimo y la suavización de las penas por los delitos cometidos cambiaron de la pena de muerte hacia el encarcelamiento. Poniendo punto final a la venganza privada (acción) y como resultado la creación de tribunales donde los ciudadanos ejercitaban sus acciones en contra de los delincuentes para obtener de parte de los tribunales Sentencias en contra del delincuente.

España que por ese entonces era provincia romana, impero el derecho romano, por lo que respecta a las acciones penales a ejercitar, hasta la llegada de los visigodos pueblo germano que en el siglo quinto implantaron su derecho, como ejemplos tenemos el Código de Eurico o de Tolosa, en mescolanza con un derecho romano: el Breviario de Alarico o de Aniano.

Silva Silva nos hace un resumen de la evolución de la combinación de los diversos derechos que dieron origen al derecho penal español, en los siguientes términos:

"La implantación del derecho romano en la península (ibérica) arranca propiamente a partir del siglo II con motivo de la Constitución de Caracalla, que extendió la ciudadanía romana. Anteriormente, por esa región pasaron los Fenicios, los Cartaginenses y los Griegos.

Poco después los Musulmanes arribaron a la península donde permanecieron casi por espacio de un milenio (la última reconquista fue en 1492). Al lado de los Musulmanes conviven además los Moros, los Judíos y otras culturas.

La fusión de los derechos Visigodos y Romano dio lugar al *Fuero Juzgo (663)*, que destaco algunos derechos humanos, pero al cual la invasión árabe hizo caer prácticamente en desuso.

No obstante, durante muchos siglos del fuero juzgo sobrevivió la sujeción de la función jurisdiccional al monarca. De tal sujeción aún quedan las voces "corte", como voz que hace hincapié en lo regio de la justicia; "devolutiva", que alude a la evolución de la función jurisdiccional al monarca.

Durante los siglos siguientes la regulación residió en las ciudades, cada una de las cuales tuvo su propio régimen de administración de justicia. Los gobernantes "reconocerá" sus derechos mediante los reconocimientos que recibieron el nombre de *fueros*. Recordemos tan sólo al *fuero viejo de Castilla* o al *fuero de león*.

Las diversas influencias romanas, musulmanas, cristianas, moras e incluso las antiguas germanas, con el transcurso del tiempo originaron gran cantidad de leyes, que se trataron de compilar, pero sin resultado inmediato. El agotador trabajo dio finalmente por resultado, lo que se conoce como las siete partidas, obra de Alfonso X "el sabio" (1258).

De los antecedentes antes descritos y con la evolución de la legislación penal podemos observar que la acción penal propiamente dicha se desarrolló en tres grandes momentos: La acusación privada, la acusación popular y la acusación estatal, mismas que a continuación describiremos:

"Acción privada. en esa etapa el individuo que resentía el daño ejercitaba la acción penal. Fue en los tiempos de la venganza privada cuando el hombre defendía por si mismo sus derechos-ley del talión". 'tal pena cual delito' eso quiere decir la palabra 'talión' o sea 'alna por alta, ojo por ojo, diente por diente, quemadura por quemadura, llaga por llaga, mano por mano, cardenal por cardenal". Es este el principio de la ley del talión en que se creyó que todos los problemas estaban resueltos; lo único que se debía hacer era aplicar al transgresor lo mismo que el había hecho al ofendido; sin embargo, poco después empezaron varias dificultades, pues no siempre se podía aplicar el principio... acusación popular. A través

de esta figura los ciudadanos tuvieron en sus manos el ejercicio de la acción, pues no sólo el ofendido, sino también los ciudadanos solicitaban a la autoridad la represión del delito.

Se pensó que los delitos engendraban un mal a la sociedad, por lo que los ciudadanos, fueran o no víctimas, eran los encargados de ejercitar la acción.

Esta figura tiene su origen en Roma, en la época de las delaciones. Se nombraba a un ciudadano para que este llevará ante el tribunal del pueblo la voz de la acusación; como ejemplo de ello citamos a Cicerón, quien tuvo a su cargo el ejercicio de la acción penal representando a los ciudadanos; en Grecia existían los *temosteti*, que tenían el deber de denunciar los delitos ante el Senado, y, durante la Edad Media, a los señores feudales, quienes ejercitaban dicha acción... Acusación estatal. En esta, son los órganos del Estado los que ejercitan la acción al cometerse un delito, y el estado es el que debe reprimirlos, velando así por el interés general. En este sistema, tiene intervención el estado por medio del Ministerio Público, que tiene el deber de ejercitar la acción penal cuando se han reunido los requisitos indispensables para ello; así cuando se presenta un hecho con las características de delito, es el estado el que debe velar por el orden público mediante órganos predispuestos para ello: Ministerio Público y el Juez. ¹²

B) En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917:

Fue de manera definitiva cuando se implanto al Ministerio Público con funciones de persecución e investigación del delito, teniendo bajo sus ordenes a la policía judicial. Es cuando en nuestro sistema y conforme al artículo 21 de nuestro código fundamental el ejercicio de la acción penal es encomendado al órgano ya señalado, o sea al Ministerio Público.

En efecto, así lo establece el principio de oficialidad, que consiste en que el ejercicio de la acción penal debe de encargarse a un órgano del estado. Actuando de la misma

¹² CASILLLO SOBERANES, Miguel Angel Op. Cit. p.p. 41, 42 y 43.

forma el principio de la publicada, ya que al cometerse un delito, se lesiona con ello a la sociedad y por ende al interés público razón por la cual el Ministerio Público como órgano del estado es el encargado de velar por los intereses de esta sociedad y reprimir el delito.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1857, la investigación de los delitos era facultad exclusiva de los Jueces quienes realizaban funciones de policía judicial. El Ministerio Público estaba impedido para practicar investigaciones por sí mismo y su única función era la de poner en manos del Juez competente las averiguaciones que hubiese recibido, y en caso de que practicara diligencias por falta de la policía judicial, estaba obligado a remitirlas al Juez competente dentro de las 36 horas de haberlas realizado. Cuando el detenido era puesto a disposición del Juez, este o sus agentes compelian a los reos a declarar en sus contra y hasta a torturarlos.

En los debates del Congreso Constituyente de 1857 no prosperó la idea de constituir al Ministerio Público, motivo por el cual el ofendido por algún delito acudían directamente a los tribunales, en virtud de que se pensaba que este no debía ser sustituido por ninguna institución, además de que el Ministerio Público retardaría la acción de la justicia, pues se tendría que esperar a que dicho órgano ejercitara la acción penal.

Por las razones expuestas fue que el Legislador del Constituyente de 1917 vio las desventajas de dejar en manos de un particular el ejercicio de la acción penal, quedando a su arbitrio su ejercicio o no, de esta forma infinidad de delitos quedaban impunes, pues los tribunales estaban impedidos para actuar sin el previo ejercicio de la acción: de esta manera, el particular podría auto componerse con el infractor, no habiendo seguridad jurídica. Por lo que el Estado instituyó la figura del Ministerio Público como un órgano especializado y de buena fe, para que él en representación del individuo y de la sociedad ejercitara la acción penal, velando de esta manera por los intereses colectivos de la sociedad por encima del interés particular.

"En conclusión consideramos que por acción penal debe de entenderse como el derecho de las personas a que se les imparta justicia gratuita pronta y expedita, derecho que esta titulado por un órgano del Estado denominado Ministerio Público, quien tiene la obligación constitucional de investigar la comisión de los hechos que se reputen como delictuosos y perseguir a los presuntos responsables, actos que integran una fase procesal llamada Averiguación Previa, durante la cual recibirá la denuncia, queja o acusación en contra de presuntos responsables de ilícitos, aportando todas las pruebas necesarias tendientes a comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del autor y ejercitar ese derecho de acción punitiva ante el órgano jurisdiccional competente, solicitando la incoación del procedimiento respectivo y se imponga al culpable la pena correspondiente.

También se puede decir que la Acción Penal es el derecho y obligación que corresponde al estado y que este la delega en un órgano administrativo denominado Ministerio Público o Representante de la Sociedad, cuya función es la de investigar la comisión de los delitos, perseguir a los autores de tales actos considerados ilícitos, y una vez integrada la Averiguación Previa con apego a los requisitos que la Ley procesal de la materia señala, ejercitar ese poder ante el órgano jurisdiccional, denominado Juez solicitándole la incoación del proceso respectivo, con todos sus actos procesales inherentes, fungiendo desde el inicio de la causa hasta la última instancia con el carácter de parte en igualdad de derechos y obligaciones con el acusado.³³

3.- Características de la acción penal.

En este orden de ideas, procederemos a enumerar la interesante serie de características de la acción penal que propone Carlos M. Oronoz Santana en los siguientes:

³³ DÍAZ CRUZ ARGÜERO, Leopoldo. Op. Cit. p.p 88 y 89

" 1. Es autónoma, comprendiéndose en el sentido de que la acción penal es independiente tanto del derecho abstracto de castigar que detente el Estado como del derecho referido a un caso concreto.

2. Es pública, significando con ello que tanto su fin como su objetivo son públicos, excluyendo así los casos en que prevalecen únicamente intereses privados. Es necesario dejar asentado que en la doctrina mexicana, por imitación de corrientes extranjeras, se incluyó lo referente a la reparación del daño que necesariamente es de carácter particular, violando así el aspecto de público que ha sostenido.

3. Es indivisible, puesto que se ejercita contra todos los individuos que cometen un delito, sin distinción de personas; se toma como ejemplo práctico la querrela, donde si se presenta en contra de uno solo o se otorga el perdón, este favorecerá a todos los participantes por igual.

4.- Es irrevocable, por que el titular de la misma no puede desistirse de ella una vez ejercitada se requiere que la sentencia se dicte. En el medio jurídico mexicano tal situación no presenta carta de naturalización, ya que en ambos fueros el ministerio si puede desistirse de su acción: un caso concreto se aprecia en los llamados delitos políticos.

5.- Es de pena, por que al ejercitarla se pretende que recaiga sobre el sujeto activo del delito una pena, un castigo; claro esta que existen casos en que las medidas de seguridad no constituyen propiamente una pena, pero admitiendo que lo que se pretende ejemplificar es el castigo puede ser aceptada.

Sin embargo, han surgido dos corrientes opuestas, los que califican a la acción penal eminentemente de condena, y los que, como Cuenca, admiten que si bien generalmente es de condena, puede ser también declarativa (absolutoria) y constitutiva (rehabilitación).

En México el titular de la acción penal se caracteriza por que con su actividad no siempre busca la aplicación de una pena, sino que el órgano jurisdiccional declare lo que a

derecho corresponda teniendo en cuenta, claro esta, lo que obra de probanzas en el expediente relativo, ya que en múltiples casos el Ministerio Público presentará conclusiones inacusatorias donde el juzgador no podrá aplicar una pena al procesado toda vez que el titular de la acción penal, una vez realizadas determinadas diligencias, considera que no existe delito y para ello no puede aplicarse penalidad alguna.

6.- Es única, lo que se significa que si bien la pena se señala en cada caso, la pluralidad de tipos penales no alcanza a trascender el proceso; es decir, se aplica en forma distinta a cada uno de los delitos.³⁴

Como podemos observar de las características de la acción penal antes enumeradas podemos concluir dos principios a los que debe de regular la actividad del ejercicio de la acción penal, y estos son:

1.- En nuestro medio jurídico se ejercita de oficio la acción procesal de la cual es titular el Ministerio Público.

2.- Este ejercicio se encuentra regido por el principio de legalidad, y su titular no queda como una facultad discrecional de su titular, si no que, debe de ejercitarla en todos y cada uno de los casos donde la Ley así lo ordene.

Para que se pueda ejercitar la función persecutoria de la cual es titular el Ministerio Público se debe de regir por los siguientes principios:

El principio de la iniciación, conocido en nuestra legislación como requisitos de procedibilidad (denuncia y querrela, sin los cuales el Ministerio Público no puede avocarse al conocimiento de los delitos. El principio de oficiosidad, que significa que una vez que el órgano investigador tenga conocimiento de un hecho delictuoso, no es necesario que las partes denunciadas aporten mayores elementos, sino que el Ministerio Público se encuentra

³⁴ GORZCO SANTANA, Carlos. Op. Cit. p.p. 63 y 64.

obligado a realizar todas las actividades necesarias para integrar los elementos del tipo y la presunta responsabilidad de los indiciados.

El principio de legalidad, mediante el cual el órgano investigador realiza de oficio sus pesquisas, las cuales deben de encontrarse sujetas a los extremos que la propia ley marca.

CAPITULO II

MONOPOLIO DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

1.- Jurisdicción:

"En sentido amplio, jurisdicción es la función del Estado consistente en tutelar y realizar el Derecho objetivo diciendo (y/o haciendo) lo jurídico ante los casos concretos, a través de los órganos especialmente calificados para ello. En igual sentido se habla de "función jurisdiccional" y de "Administración de Justicia".

En otro sentido, el término "jurisdicción" designa al conjunto de órganos que desempeñan la función jurisdiccional. Dentro de esta acepción, se distingue entre jurisdicción ordinaria y jurisdicciones especiales. Jurisdicción ordinaria es el conjunto de órganos jurisdiccionales a los que se encomienda el conocimiento y resolución de la generalidad de los procesos. relativos a su vez, a la generalidad de las materias jurídicas. Jurisdicciones especiales son los conjuntos de órganos jurisdiccionales constituidos o dedicados al completo conocimiento y resolución de procesos concernientes a materias y/o sujetos específicos. En España existe hoy una sola jurisdicción especial que es la militar - en nuestro país también - . Dentro de la jurisdicción ordinaria cabe distinguir cuatro diferentes ramas, ordenes o especialidades. en función de una convencional división de la materia jurídica. que son: Civil, criminal o penal. contencioso-administrativo y laboral o social. (Muy similar en México).

Por último, en sentido más restringido, jurisdicción es el presupuesto del proceso consistente en que el órgano ante el cual se ha de sustanciar y que ha finalizado mediante sentencia, tenga naturaleza jurisdiccional, pertenezcan a la rama de la jurisdicción correspondiente al caso de que se trate y pueda, en razón de normas que atienden al territorio y al objeto, decir validamente el Derecho objetivo en otros casos en los que aparecen elementos de extranjería. Así, por ejemplo, un Gobierno Civil no tiene una jurisdicción para enjuiciar una conducta de apariencia criminal o el pago debido o indebido de una deuda, no tiene jurisdicción para un asunto mercantil un tribunal laboral y no tiene jurisdicción los tribunales

españoles para conocer de un litigio entre extranjeros relativo a un inmueble sito fuera del territorio nacional."³⁵

Después del concepto vertido por el Diccionario Jurídico Espasa enunciaremos de una manera muy breve de como la jurisdicción ha ido evolucionando con el avance de las ideas, doctrinas y escuelas mediante las cuales se ha desarrollado, así podemos citar la época antigua donde se creía que la jurisdicción emanaba del rey, quien ejercía su autoridad por derecho divino, nombrando y destituyendo a su arbitrio jueces y magistrados por ser el único facultado para la administración de justicia.

Con el devenir del tiempo, las ideas fueron evolucionando hasta que se consideró que la jurisdicción es un atributo del Estado y que se traduce en la potestad de que se invisten a los jueces para conocer asuntos de las más diversas materias jurídicas a fin de decidirlos y sentenciarlos con arreglo a las mismas leyes en que se encuentra dividido el derecho para su aplicación de las leyes antes citadas.

De lo anterior podemos concluir que la jurisdicción es una y solamente se fracciona la competencia para que los órganos que la ejerzan puedan actuar con una mayor eficiencia. La competencia es la facultad de cada tribunal para conocer de los juicios, mientras que la jurisdicción es una función que compete al Estado para juzgar y poder cumplir con la norma, de lo que se concluye que puede haber varias competencias pero una sola jurisdicción.

La jurisdicción se puede dividir siguiendo varios criterios; ya que puede ser:

a) Secular y eclesiástica. La primera deriva de la palabra latina *secolo*, o sea siglo y desde la época medieval se considera la terrenal, o más bien la creada por el hombre que es con vigencia pasajera, en contraposición con la jurisdicción eclesiástica, que para la religión esta es eterna.

³⁵ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA CALPE

b) Común, especial y extraordinaria. La jurisdicción común es la que imparte el Estado a todos sus gobernados sin un criterio específico de especialización. La jurisdicción especial que es más especializada es resultado de la división del trabajo, toda vez al desenvolver la sociedad, surgen tribunales del trabajo, federales y locales. Mientras que la jurisdicción extraordinaria es el tribunal creado ex profeso para juzgar hechos y acontecimientos sucedidos con anterioridad a su creación, verbigracia los tribunales en materia electoral, no obstante el ejemplo referido nuestra Constitución en su artículo 14 prohíbe que: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos..." .

c) Jurisdicción civil, penal, contencioso administrativa, laboral y mercantil. Esta clasificación de jurisdicción, tiene una estrecha relación respecto de la jurisdicción especial o especializada, y es una división de los asuntos que se tratan a través de la función jurisdiccional y se enfoca al contenido del proceso que redunde en la distribución de funciones con base a las competencias.

d) Jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa. En nuestro criterio creemos que la única y verdadera jurisdicción es la contenciosa, ya que el litigio es el elemento necesario para la existencia del proceso y por lo tanto, para el desempeño y desarrollo de la función propiamente jurisdiccional, ya que esta recae sobre una controversia. Sin embargo algunos autores hablan de jurisdicción voluntaria para aludir a una serie de gestiones o trámites que se desarrollan ante el órgano jurisdiccional, sin que haya litigio.

A) Elementos de la jurisdicción decisión e imperio.

La jurisdicción se compone de dos elementos principales: la decisión y el imperio.

Por lo que respecta a la decisión, por esta entendemos la facultad de que gozan los jueces para poder aplicar la ley al caso concreto, que se traduce en la decisión que emite el órgano jurisdiccional para resolver los litigios sometidos a su jurisdicción en la Sentencia.

"El juez esta obligado, por imperativo legal, a dictar la sentencia con imparcialidad y sin someterse a los términos de la acusación. En este sentido, si el juzgador encuentra que la tipificación del delito por la que acusó el Ministerio Público es errónea, puede variar la denominación del delito en sentencia siempre y cuando los hechos sean los mismos en los que se basó el Ministerio Público para la acusación:"³⁶

Por lo anterior inferimos que el juzgador puede variar la tipificación del delito en dos etapas del proceso penal, en el auto de formal prisión o sujeción al proceso y/o en la sentencia por que es a él a quien corresponde la facultad de decidir.

El diccionario jurídico Espasa respecto de la decisión genéricamente nos ilustra informándonos: "Decisión. Disposición comunitaria de derecho derivado obligatoria en todos sus elementos y dirigida bien a los Estados miembros, bien a los particulares.

Las decisiones se adoptan por el Consejo o por la Comisión, por propia iniciativa o por delegación del consejo. deben ser motivadas y mencionar los dictámenes emitidos. Se notifican a los interesados, salvo en materia de derecho de la competencia donde deben publicarse".³⁷

Como podemos observar de la definición supra - citada se aplica tanto al Derecho Nacional como a la comunidad de naciones; de igual manera Eduardo Pallares concretiza el término decisión en la siguiente forma: "Decisión. Resolución judicial, decreto, auto o sentencia. La parte de la sentencia en que se decide el pleito."³⁸

³⁶ CASTILLO SOBERANES, Miguel Angel Op. Cit. p. 57.

³⁷ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA CALPE.

³⁸ PALLARES, Eduardo Op. Cit. p. 217

Cabe reflexionar a cerca de si el Estado puede imponer su pretensión sin necesidad de escuchar al sometido y sin que haya revisado su pretensión. En múltiples casos diversos del penal impone diversamente su pretensión sin pasar por un juicio. Es esto lo que ha llevado a que se proclame titular del *ius puniendi* a someter su pretensión ante otro funcionario, que normalmente es el juez en su calidad de representante del tribunal. De esta forma ese juez se encuentra en la posición de homologar lo decidido por el pretensor o juzgar realmente la legitimidad y lo justo de esa pretensión.

"Tradicionalmente se ha sostenido que el proceso penal tiene como objetivo que se resuelva un litigio, es decir, resolver una controversia. No obstante, a este respecto la doctrina no ha sido uniforme. Encontramos así, en la posición opuesta, al genial Francisco Carnelutti, para quien en el proceso penal no existe litigio y, obviamente, con base en este marco no puede haber jurisdicción verdadera (o jurisdicción contenciosa, como también se le llama).

Carnelutti sostiene que en el proceso penal- proceso penal puro- el único interés es el de el imputado. el ministerio Público no puede tener interés, por que si pensamos que su interés fuera de cargo, esto sería una deshonestidad, sobre todo cuando el imputado es inocente".³⁹

"En su momento Alcalá Zamora sostuvo que por jurisdicción podría entenderse: *función desenvuelta por el Estado para (a) conocer, (b) en su día decidir y (c), en su caso, ejecutar la sentencia firme emitida con carácter imperativo por un tercero imparcial, instituido por aquel y situado 'supra partes' acerca de una o más pretensiones litigiosas deducidas por los contendientes y canalizadas ante el juzgador a través del correspondiente proceso, en el que podrian haber mediado también actuaciones preliminares o asegurativas.*

³⁹ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. Cit. p. 95

Manzini, considerado uno de los más grandes procesalistas penales italianos, expuso que la jurisdicción (*ius dicere*) es la función soberana que tiene por objeto establecer, a demanda de quien tenga deber o interés en ello (acción), si en el caso concreto es o no aplicable una determinada norma jurídica y puede darse o no ejecución a la voluntad manifestada por ella; función cuyo ejercicio, en las materias penales, esta exclusivamente reservada a órganos del Estado instituidos con las garantías de la independencia y de la imparcialidad (jueces) y esta garantizado mediante determinadas formas (procesos coacción indirecta)".⁴⁰

Ahora abordaremos el concepto de imperio, este consiste en el poder necesario con que cuenta el juzgador para llevar a cabo sus resoluciones judiciales, ya que sin dicha facultad no podría ejercer la jurisdicción y los mandatos de dicha autoridad quedarían sin cumplimiento, motivo por el cual la resolución del juez debe de proveérseles de una fuerza ejecutiva si es preciso para hacer cumplir las sentencias.

Eduardo Pallares considera imperio como: "La potestad de que gozan los tribunales de ejecutar sus sentencias y resoluciones, usando los medios de apremio que la ley autoriza, así como también la de imponer correcciones disciplinarias. Algunos diccionarios y jurisprudencias lo identifican con la jurisdicción, pero esto es un error que debe de evitarse si se quiere dar al vocablo su propio significado. Los jurisprudencias clásicos lo dividían en imperio mero e imperio mixto. El primero reside en el soberano que lo delega en los tribunales, es el más completo y comprende la facultad de imponer la pena de muerte y las más graves y afflictivas. El mixto concierne a la facultad de ejecutar las sentencias civiles y de imponer penas más leves que aquellas".⁴¹

⁴⁰ *Ibidem* p 97

⁴¹ PALLARES, Eduardo. Op Cit p 403

En la *praxis*, el imperio se manifiesta en los medios de apremio judicial y correcciones disciplinarias que implica diversos medios de que dispone el tribunal para hacer que se cumpla lo dispuesto en sus resoluciones esto es evidentemente la potestad jurisdiccional.

"Si en el medio de apremio- dice Gómez Lara, la finalidad que se persigue es que las resoluciones del tribunal puedan hacerse cumplir aún contra la voluntad de los obligados, en la corrección disciplinarias, el objetivo que se persigue radica en mantener en buen orden y en hacer que los litigantes, que los terceros, que inclusive cualquier particular o los mismos subordinados, le guarden al titular del órgano jurisdiccional el respeto y la consideración que un funcionario de su jerarquía debe de tener."⁴²

De esta manera la jurisdicción es la potestad con que se inviste al juez para aplicar el derecho, así como también el poder necesario para llevar a cabo la ejecución de las resoluciones judiciales a través de los elementos de decisión e imperio.

B) B) El Juez: facultades y funciones.

C) Como una emanación de la soberanía del Estado, este ejerce la función de administrar justicia, en la que intervienen necesariamente los hombres, que en ejercicio de dicha función realizan la actividad de juzgar, con la característica principal de ser imparcial en sus fallos. Esta función el Estado la delega en el juez persona investida por la ley de poder aplicar la ley al caso concreto.

El juez además como ya hemos visto posee imperio y poder de decisión, facultades que lo convierten en el sujeto más importante de un proceso, ya que él es quien establece la certidumbre sobre la justicia.

Para Pallares, juez es el "Funcionario judicial investido de jurisdicción para conocer, tramitar y resolver los juicios así como para ejecutar la sentencia respectiva. La

⁴² SILVA Y SILVA, Jorge Alberto Op Cit p 99

noción más generalizada del juez es la que se ve en él a la persona encargada de administrar justicia. "La palabra juez, dice Caravantes, trae su etimología de las latinas *ius y dex*, nominativo poco usado y contracción de *vindex*, como si dijera *iuris vindex*, por que el juez es el vindicador del derecho o el que declara, dicta o aplica el derecho o pronuncia lo que es recto o justo. Es pues, juez, la persona constituida con autoridad pública para administrar justicia, o la que ejerce jurisdicción con arreglo a las leyes, conociendo y dirigiendo el procedimiento de las causas civiles y criminales, y dictando sobre de ellas la sentencias que crea justas".⁴³

Se considera que la función del órgano jurisdiccional esta representada por una persona física denominada juez o magistrado o bien, por cuerpos colegiados titulados tribunales colegiados, tribunales superiores de justicia de los estados, tribunales agrarios o fiscales y Suprema Corte de Justicia de la Nación. El juez es la persona física dependiente del Poder Judicial Federal o Estatal en quien el Estado delega el ejercicio de la función jurisdiccional de aplicar la ley mediante un procedimiento judicial o administrativo de manera imparcial. Para algunos autores el juez es la persona designada por el gobierno para administrar justicia dotada de jurisdicción, que se traduce en la potestad de mando, facultades coercitivas para hacer cumplir sus determinaciones y la facultad de decidir litigios a él sometidos.

En este mismo orden de ideas el diccionario Espasa Calpe define al vocablo juez de la siguiente manera: "Jueces son los funcionarios que integran el personal juzgador que, junto con el no juzgador, constituyen el sustrato físico de los órganos jurisdiccionales.

En sentido amplio, jueces son las personas encargadas de estudiar y decidir si procede o no, en Derecho, dispensar las tutelas jurídicas que los sujetos solicitan mediante el proceso.

⁴³ PALLARES, Eduardo Op. Cit. p. 456

En el ejercicio de su función, los jueces actúan con desinterés objetivo, respecto a los asuntos que se les planteen y han de ser imparciales e independientes. Así mismo, los jueces deben ser también inamovibles. a la hora de juzgar. los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley y del derecho. lo que significa que para determinar si se otorga o no la tutela pedida, deben proceder ateniéndose a las normas del derecho objetivo. Así mismo son responsable en el ejercicio de su función, pudiendo incurrir, en determinados casos, en responsabilidad disciplinaria, civil y penal.

En sentido restringido, y por oposición a la denominación "Magistrados" son jueces los juzgadores de órganos unipersonales, si bien la división no es tajante, ya que aún existen los llamados magistrados-jueces (cuando ocupan un órgano jurisdiccional unipersonal de cierta categoría) los magistrados de trabajo (en los órganos unipersonales del orden jurisdiccional laboral) "44

2.- Proceso.

Cuando alguna persona comete un ilícito penal, y al notificar dicha conducta al Estado, que es el titular *ius punendi*, mediante alguno de los requisitos de procedibilidad (querrela o denuncia) nace una relación jurídica material de derecho penal entre el presunto delincuente, y el Estado, personificado por el Ministerio Público, quien por ley tiene el derecho abstracto de perseguir y de exigir una sanción para el delincuente, no de una manera arbitraria, sino mediante una resolución judicial, después de haberse cumplido ciertos requisitos y formalidades, que en conjunto se les denomina proceso.

Con el mencionado proceso surge una relación procesal en la que interviene el Juez, el Ministerio Público, el acusado, la defensa, el ofendido y si la causa penal lo amerita peritos y profesionales de diversas ciencias y artes, policía, testigos, etcétera.

⁴⁴ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA CALPE

"El proceso, como nos dice, Florián, ""se manifiesta con una relación jurídica que se desarrolla progresivamente entre varias personas ligadas por vínculos jurídicos"", con lo cual estamos de acuerdo, ya que, como hemos señalado, del proceso surge una serie de vínculos entre las personas que en él intervienen, principalmente entre las partes y el juez, ""de tal manera que los actos de unos originarán a su vez los actos de otros pero siempre regidos en todo por la ley"".45

En efecto en nuestro medio el proceso se encuentra regulado desde la Constitución general (artículo 20), de la cual emanan el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales, según se trate los diversos tipos de delitos, estos serán de aplicación federal y del fuero común.

Esta relación incumbe al Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, y se inicia cuando el órgano acusador (Ministerio Público), se dirige ante el Juez ejercitando la acción penal, llevándose posteriormente todos los actos y actividades que sean necesarios para llegar a la sentencia, de los cuales se conforma el proceso.

No esta por demás afirmar que el ofendido del delito que motive la causa penal, debe ser tomada en cuenta en la relación principal y darle la calidad de parte en el proceso por que en caso de que no interviniese en el proceso el proceso no podría desarrollarse por ser indispensable para el mismo.

A diferencia del contenido del derecho penal que se encarga de definir los delitos, señalar penas y medidas de seguridad correspondientes, el proceso penal esta constituido por un formulismo preciso, objetivo y concreto cuya secuela y fundamentación tiene su razón de ser en los artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución Federal.

Se estima que la forma de todo acto procesal esta constituido a la conformación de diversas diligencias que se practican en la Instrucción, como son la integración de la

⁴⁵ CASTILLO SOBRANES, Miguel Angel Op. Cit. p. 64

Averiguación Previa, la Consignación, Liberación de la Orden de Aprehensión, Declaración Preparatoria del Inculpado. resolución de la situación jurídica del mismo (Auto Constitucional). Desahogo de Probanzas, careos, testimoniales, inspecciones, periciales. para concluir con las conclusiones y sentencia.

La idea de proceso penal debe a su vez deslindarse del concepto de procedimiento penal. "del procedimiento recordaremos que evoca la idea de seriación de haceres, actos o actuaciones. El procedimiento es la manera de hacer una cosa; es el trámite o rito que ha de seguirse, el orden de actos o diligencias penales.

Del proceso recordaremos que implica una sucesión de actos a que nos hemos referido, pero unidos en atención a la finalidad compositiva del litigio, y esta finalidad es la que define al proceso en la medida en que también comprenda los nexos sobre los sujetos y no se quede en lo meramente ritual... Por tanto los juristas- pero en especial para los procesalistas- el proceso penal comprende al procedimiento judicial penal, y no éste a aquél. Profunda diferencia que de ser comprendida en su magnitud... Remarquemos a la vez que dentro del proceso penal se tramitan varios procedimientos y no uno sólo. Tenemos así diversos procedimientos probatorios (testimoniales, confesionales, inspeccionales, etc.), procedimientos incidentales (competenciales, recusacionales, de nulidad, etc.), procedimientos impugnativos (apelaciones, revocaciones, nulidades, etc.), procedimientos cautelares (embargos, detención preventiva, etc.).⁴⁶

A) Objeto del proceso.

"El objeto del proceso esta constituido por todo aquello que sea tema del mismo (proceso) y que el juez tiene que resolver en la sentencia.

Cometido el delito, surge, como se ha señalado, una relación procesal entre el Estado y el delincuente: determinar esa relación es lo que constituye el objeto del proceso.

⁴⁶ SILVA SÁENZ VA. Jorge Alberto. Op. Cit. p p 106 y 107

Al respecto, Florián indica que el objeto fundamental del proceso penal es una determinada relación de derecho penal que surge de un hecho que se considera como delito y se desarrolla entre el Estado y el individuo al cual se atribuye el hecho, con el fin de que sea aplicada a este último la ley penal".⁴⁷

B) Fines del proceso.

Al efecto, Silva Silva se inclina a manifestar que: "El fin o los fines del proceso penal en última instancia y meta final, conduce a los mismos fines generales del derecho: alcanzar la justicia, el bien común y la seguridad jurídica, a los que Lefur, Delos, Radbruch y Carlyle se refieren en su momento... Punto conocido es el que el proceso en general tienden a orientarse o esta orientado a la composición del litigio o a la satisfacción de la pretensión, según la idea que impere. Si se trata de un litigio calificado como penal, su fin habrá que reducirlo a la mera composición del conflicto penal, que a su vez es el medio de restablecer el orden jurídico que, se dice, se ha violado.

Descendiendo a las ramas del proceso, la enunciación de fines se multiplica. Así, según las ya apuntadas definiciones del proceso penal las finalidades serían: Para Bettiol, fijar las condiciones de hecho de los cuales deriva el *ius puniendi* y el deber de sujetarse a la pena el reo; para MacLean Este nos, conducir a una sentencia condenatoria o de absolución; para Prieto-Castro, determinar si en el caso concreto el Estado tiene derecho a castigar; para De Pina, aplicar la ley penal."⁴⁸

"Florián clasifica tales fines en *generales y específicos*. Los generales, a su vez, pueden ser *inmediatos y mediatos*, y los específicos se subdividen en *investigar la verdad e individualizar la personalidad del justiciable*.

⁴⁷ CASTILLO SOBERANES, Miguel Angel Op. Cit. p. 65

⁴⁸ SILVA SILVA, Jorge Alberto Op. Cit. p.p. 108 y 109

El *fin general* mediato alcanza según Florián, los fines mismos del derecho penal- prevención y represión del delito-, en tanto que el inmediato, la aplicación de la norma material de derecho penal al caso concreto.

Teniendo en consideración este fin general, se advierte que el proceso penal, según sus características, puede ser penal represivo o penal preventivo. El primero procura sancionar la peligrosidad delictiva, en tanto que el segundo sólo pretende evitar la comisión de delitos.

En México es desconocido el preventivo, cuyo ejemplo se encuentra en la ley española relativa a vagos y malvivientes.

En los *fines específicos*, Florián destaca dos: La verdad histórica, como contrapartida a la verdad ficticia o formal; y la personalidad del justiciable, que ha llamado la atención a García Ramírez.

En el caso de la *verdad -que es única-*, parece ilógico clasificarla, pero esto ocurre entre los juristas. Se alude así a verdad real o histórica, o a verdad formal.

En la llamada *verdad formal*, la adecuación entre el hecho y la idea que del mismo se tiene ocurre prácticamente por decreto.

En la *verdad histórica*, conocida propiamente como la verdad real (verdad verdadera), la adecuación entre el hecho ocurrido en el pasado y la idea que del mismo nos formamos hoy resulta perfecta. Es en este sentido que se ha dicho que el juez es también un historiador".⁴⁹

"Técnicamente la verdad material (o histórica) - dice Briseño Sierra - significa la más eficiente reproducción del acontecimiento discutido; pero en el ámbito procesal y aun en el extenso campo de la juridicidad, esa reproducción suele estar impedida por razones legales. Así, cuando se considera la confesión como una declaración de voluntad, vinculativa

⁴⁹ *Ibidem* Op. Cit. p. 109

para las partes y el juez, el valor de este medio de convicción **resulta tasado** o previo y aparece como una barrera en la búsqueda de esa verdad material" ⁵⁰

"Por lo que hace a la *personalidad del justiciable*, importa que sea investigado, no solo para graduar la sanción en el caso que la sentencia **fuera en contra**, sino también para determinar mediante el conocimiento de su persona si es o **no imputable** (en los términos del derecho penal), y aun si puede figurar como parte dentro del proceso.

Descendiendo del nivel del proceso penal a los **procedimientos penales**, habrá de advertir que sea cual fuere el procedimiento empleado (**probatorio, cautelar, impugnativo, etc.**) debe inspirar en sus fines a los ya mencionados (**del derecho del proceso en general, del proceso penal**)." ⁵¹

3.- Principios del proceso:

A) Para nuestro estudio tiene relevancia **el tratar los principios de indisponibilidad, irrevocabilidad o irrevocabilidad del objeto del proceso**, el cual consiste que una vez ejercitada la acción penal por el Ministerio Público **ante el órgano jurisdiccional**, este no se puede desistir de la acción intentada y se encuentra **obligado a continuarla** hasta que el juez ponga fin al proceso con una sentencia ya sea esta **condenatoria o absolutoria**. De esta forma, las partes no pueden en ningún momento disponer **del proceso**, establecer limitaciones o imponer al juez su criterio toda vez que este funcionario **goza de las facultades para clasificar al delito de manera diversa a la realizada por el Ministerio Público**, ya que dentro de las facultades que la ley confiere al juzgador son las **funciones específicas** decisorias, que el Ministerio Público al convertirse en parte carece por lo tanto **de autoridad decisoria**.

⁵⁰ IRINEÑO SIERRA, Humberto Consideraciones generales sobre el Código Procesal Civil de Zacatecas, 2ª Edición. Edit. Limusa, 1970, p. 118

⁵¹ SILVA SILVA, Jorge Alberto Op. Cit. p. 111

El Ministerio Público que al momento de desistirse o reconocer la inocencia del inculpado invade facultades reservadas de la voluntad soberana del juez, convirtiéndose en un coadyuvante de este; ya que de conformidad con lo ordenado por los artículos 323 y 324 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, "si el pedimento del procurador fuere de no acusación, el juez, al recibir aquél, sobreseerá en el asunto y ordenará la inmediata libertad del procesado produciendo el sobreseimiento, los efectos de una sentencia absolutoria".

Como sabemos, la jurisdicción consta de dos elementos a saber: el imperio, que se traduce en la facultad ejecutiva para ordenar que se cumplan las determinaciones judiciales y la decisión que se traduce en la facultad de que se encuentra investido el juez para aplicar las leyes al caso concreto,

al momento de dictar su sentencia misma que supone la existencia de un juicio previo con todas las formalidades del procedimiento necesarias para determinar si el hecho es o no delito y si existe o no responsabilidad. En consecuencia el Ministerio Público invade la función decisoria del juez que equivale a disponer del proceso al abandonar la acción penal que se traduce en el sobreseimiento del negocio.

B) Respecto del principio de inmutabilidad del objeto del proceso. este se hace consistir en que una vez constituida la relación procesal su desarrollo queda fuera del alcance de las partes. las que no pueden buscar una solución distinta a la soberana decisión del órgano jurisdiccional. siendo este el único capacitado para decidir si el sujeto a quien se le imputa el delito es responsable o no. Este principio se deriva del carácter público del proceso penal en contra posición al proceso civil, donde las partes pueden renunciar o transigir y dar por terminado el proceso situación que evidentemente no opera en el proceso penal donde ni el Ministerio Público, ni el acusado ni la defensa se encuentran facultados para detener el proceso y darle una solución distinta a la que el juez dicte.

"Sin embargo, de acuerdo con los artículos **anteriormente** citados del Código de Procedimientos Penales, concomitantemente con el artículo **298, fracción I**, en relación con los artículos 294, 295, 302, 303 y 304 del Código Federal de Procedimientos Penales, si el pedimento del procurador fuere de confirmar o formular **conclusiones no acusatorias**, el juez, al recibir aquél, sobreseerá el asunto, lo que equivale a **que el Ministerio Público invada funciones del órgano jurisdiccional**, por lo que es necesario **que, conforme al artículo 21 constitucional**, independientemente de que el Ministerio Público formule conclusiones de no acusación, el juez, de acuerdo con sus funciones decisorias y en cumplimiento estricto de nuestra ley, debe valorar y comprobar los pedimentos de las **partes** y sentenciar de acuerdo a ello, pues sólo la declaración del juez debe tenerse como **valor legal**, y debe rechazarse que el Ministerio Público esté autorizado para desistirse, aunque **con ello reconozca la inocencia del inculpado**, por que **ello compete única y exclusivamente al órgano jurisdiccional**"⁵²

Para este principio existen casos de excepción **por lo que hace a los delitos** que se persiguen de querrela, donde el ofendido por el delito, su **representante legal** o tutor especial manifiesten su voluntad de que no se persiga a quien cometió el **delito otorgándoles el perdón**. En consecuencia esta manifestación de voluntad, es la **extinción de la responsabilidad penal** y el cese del procedimiento o la ejecución de la pena. como **se podrá notar** en esta especie de delitos, es el juez quien decreta el sobreseimiento que lo **realiza mediante una resolución judicial ejercitando su facultad decisoria para poner fin al proceso**.

4.- El acto investigador y jurisdicción:

A) Valor probatorio de las diligencias practicadas por el Ministerio Público.

Cometido un hecho delictuoso surge el **derecho a castigar al autor de parte del Estado**, y mediante la institución denominada **Ministerio Público la obligación de ejercitar la**

⁵² CASTILLO SOBERANES, Miguel Angel Op Cit p 71

acción penal. apegada en todo momento al principio de legalidad consagrado en nuestra Constitución General, en estas condiciones el órgano acusador (Ministerio Público) inicia la fase denominada Averiguación Previa. Etapa procedimental en la que el órgano citado recibe de la ciudadanía las denuncias, acusaciones o querellas sobre hechos que pueden ser constitutivos de delitos y practica todas aquellas diligencias que sean necesarias para el esclarecimiento de la verdad, por lo que a la vez que investiga y persigue el delito se allega de las pruebas que le sean indispensables para ejercitar la acción penal, cumpliendo con los requisitos exigidos por el artículo 16 constitucional.

De lo antes transcrito se infiere que en esta primera fase del proceso penal tiene por objeto el órgano acusador investigar delitos y reunir las pruebas suficientes para presumir la responsabilidad del delincuente y se habrá la causa penal correspondiente.

No debe de ignorarse, "que la base legal y fundamental del procedimiento penal es la Averiguación Previa, la cual es practicada por el Ministerio Público, sus auxiliares, Jefes de Hacienda Federal y síndicos municipales. en suplencia, o sea, en los lugares en donde no exista dicha institución... La Averiguación Previa viene a ser la piedra angular de ese edificio tan aparentemente bien construido denominado proceso penal, puesto que con ella el Ministerio Público debe plasmar las bases sobre las que se fincará la jurisdicción del juez, cuyos elementos fundamentales son la comprobación del cuerpo del delito (elementos del tipo penal) y la presunta responsabilidad del acusado, bajo pena de nulidad del procedimiento y libertad del inculcado si falta alguno de ellos" ⁵¹

Sentado lo anterior nos queda claro que la Averiguación Previa penal es la fase fundamental de la acción penal que incumbe al Ministerio Público, la cual debe desarrollarse mediante un proceso administrativo en el que dicha autoridad, ejerciendo también sus funciones de policía, procede a la investigación de la comisión de los delitos y a la

⁵¹ DE LA CRUZ, Agustín Op. Cit. p. 93

intervención de los autores aportando los elementos que comprueben los elementos del tipo y la presunta responsabilidad. Todas las diligencias e investigaciones que realiza el Ministerio Público en la Averiguación Previa lo hace con el carácter de autoridad, teniendo imperio, ya que esta facultado para imponer por vía de corrección disciplinaria multas que no excedan del importe de un día de salario mínimo general vigente en el distrito federal, arresto hasta de treinta y seis horas y el auxilio de la fuerza pública, de los artículos 20 en concordancia con el artículo treinta y tres fracción III del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Cuando el Ministerio Público ejercita la acción penal pierde su carácter de autoridad decisoria y se convierte en parte y también queda sujeto a las determinaciones judiciales.

Ahora bien en la fase investigatoria donde el Ministerio Público actúa como autoridad y en donde la fuerza probatoria de las diligencias que practica tiene la misma fuerza y el mismo valor que las diligencias que se practican ante el juez, esto se desprende de la fracción II del artículo 20 constitucional siempre y cuando se encuentre asistido de su defensor. El juez, en este sentido, al imponer una pena, tiene que atenerse a la valoración de la prueba que hace un agente del Ministerio Público, "estamos constriñendo al juez a la valoración que de ella ha hecho el órgano acusador y volviendo a los tiempos del sistema inquisitorio en que un sólo órgano es juez y parte en el proceso, lo cual es absurdo, ya que si el constituyente de 1916-1917 tuvo extraordinario empeño en quitarle al juez sus funciones inquisitoriales, que lo convertían simultáneamente en acusador y en parte, por el contrario se considero conveniente que tales funciones las asumiera en lo sucesivo el Ministerio Público, pues resulta claro este, durante la Averiguación Previa, actúa por sí y ante sí, con carácter de autoridad decisoria, y hace lo mismo que antes hacían los jueces; es decir, por una parte recaba ex officio las pruebas de cargo, y, por otra, debe emitir un juicio de valoración razonada sobre

dichas pruebas a efecto de determinar si ejercita o no la acción penal en contra del acusado, por lo que el Ministerio Público realiza funciones de juez y parte, actuando en forma inquisitorial"⁵⁴

B) Poderes del juez en el curso del proceso.

Comenzaremos por tratar de conceptualizar la noción de instrucción; señala González Bustamante, significa "enseñar, informar de alguna cosa o circunstancia". A su vez, instructor proviene de *instructoris*, que significa supervisor. Trataremos de analizar la connotación del vocablo dentro del derecho procesal donde tiene dos acepciones:

"a) La que implica el verbo instruir, es decir, enseñar, mostrar, formar, adoctrinar, ilustrar, preparar, encaminar, explicar, etc.

b) La que denota al sustantivo instrucción, que quiere significar lapso o periodo dentro del cual se realizan diversos actos procesales.

La instrucción no es privativa del derecho procesal penal, ya que existe instrucción en los procesos civiles, mercantiles, laborales o familiares. El que alguno de los tratadistas de estas áreas no le quieran nombrar así, no es óbice para negar su existencia... recordemos a Cipriano Gómez Lara que en su obra derecho procesal civil considera la instrucción, cuyo propósito es "acercarle al juzgador todo el material informativo para que se produzca el juzgamiento con la propiedad jurídica y lógica debida"⁵⁵

Motivo por el cual el órgano jurisdiccional no debe permanecer estático, en la secuela del procedimiento, como simple receptor de las pruebas que le aporten las partes, sino que debe de buscar los elementos de convicción adicionales para llegar a descubrir la verdad de los hechos puestos a su jurisdicción; si bien es cierto que el Ministerio Público valora todas las pruebas en la etapa de averiguación previa sus efectos no son tan trascendentales, como

⁵⁴ CASILLLO SOBERANES, Miguel Ángel. Op. Cit. p. 74

⁵⁵ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. Cit. p. 285

cuando los aprecia el juez, ya que de dicha valoración se infiere la responsabilidad de la conducta realizada por el sujeto para emitir una sentencia.

En estricto derecho el juez no realiza funciones investigatorias, con esto no queremos decir que el juez no pueda decretar y ordenar la práctica de alguna diligencia tendiente a aclarar alguna prueba ofrecida por las partes y que dicho órgano jurisdiccional considere obscura o insuficiente. El juez tiene la facultad para ordenar en los procesos sujetos a su jurisdicción, los trámites y providencias necesarios para la pronta y eficaz administración de justicia, ya que cuenta con el imperium necesario para la comprobación de los elementos del tipo con el goce de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes, según su criterio, aunque no se encuentren detallados en la acción penal.

" En tal sentido, no debe confundirse al juez con un investigador del delito, sustituyendo al Ministerio Público en sus funciones; el juez debe, en todo momento, cumplir con la función más alta que le ha confiado la sociedad: La de poder decidir y aplicar la ley en el caso concreto, y si esta investido de esa autoridad, puede decidir sobre la inocencia o culpabilidad de un procesado y, lógicamente, debe también valorar el grado de responsabilidad que se deduce en las constancias procesales.

El Ministerio Público, en todos los casos, debe motivar una resolución de la jurisdicción: resolución que, por provenir de un juez, es apelable y recurrible, y si al Ministerio Público se le concede la facultad decisoria, sería un juez inapelable, cuyas decisiones no pueden impugnarse y, por tanto, sería irresponsable"⁵⁶

Asimismo, el artículo 291 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en corroboración de lo antes transcrito: "nos ordena en caso de que el inculpado desee declarar será examinado sobre los hechos que se le imputan para lo cual el juez adoptará la forma términos y demás circunstancias que estime conveniente y adecuadas al

⁵⁶ CASTILLO SOBFRANES, Miguel Angel. Op. Cit. p. 75

caso, a fin de esclarecer el delito y las circunstancias de tiempo y lugar en que se concibió y ejecutó".

5.- La apertura del juicio y la acción penal.

La *preparación del juicio o debate* se inicia mediante lo que podría considerarse un *auto de apertura del proceso* principal, y que en el ritual cotidiano de nuestros tribunales se identifica con la resolución que ordena se le "*corra traslado al Ministerio Público, para que presente conclusiones*"... Esta fase termina en el momento en que se tiene por contestada la demanda del acusado; es decir, se tienen por presentadas las conclusiones de este, o se resuelve que fictamente se han presentado las de inculpabilidad.

Esta subfase -que se suele llamar preparación del juicio o debate- consiste realmente en el momento postulatorio, en especial de *concretas pretensiones*. Es aquí donde ambas partes exigen del órgano jurisdiccional la declaración favorable en sus exigencias sustantivas.

A) Conclusiones en general

La *discusión, debate, audiencia o vista*, se inicia en el momento en que el tribunal cita a las partes para la *audiencia de "vista"*, llamada también *audiencia final*, y anteriormente *audiencia de fallo*. Transcurrida la citada audiencia, la fase concluye con la declaratoria de "*visto el proceso*".

El *período decisorio* comienza con la resolución del tribunal a través de la cual deja "citadas" a las partes para "oír sentencia". La fase concluye en el momento en que el tribunal dicta los "puntos resolutivos", firmando su determinación final (sentencia).³⁷

Las pretensiones de las partes en el proceso son sometidas al tribunal que conoce del litigio y son los resultados de los elementos instructorios, cuya finalidad es que las

³⁷ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. Cit. p. 340.

partes fijen de una forma concreta sus respectivas posiciones en relación con el debate que ha de plantearse.

Para Alcalá-Zamora y G. Cabanellas, nos indican que por conclusiones debe de entenderse los puntos de hecho y de derecho contenidos en el escrito que con tal nombre, deben presentar el Ministerio Público y el defensor del procesado, que han de contener: a) Los hechos que se consideren probados; b) El delito que integran; c) El autor, coautor y encubridores del mismo; d) Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; e) La pena que debe imponerse o, en su caso, la absolución del procesado.

Para Sánchez Colín las conclusiones son: "actos procedimentales realizados por el Ministerio Público, y después por la defensa, con el objeto, en algunos casos, de fijar las bases sobre las que versará el debate en la audiencia final, y en otros, para que el Ministerio Público, fundamente su pedimento y se sobresea el proceso".

B) Conclusiones del Ministerio Público.

El Ministerio Público conforme a los elementos instructores del proceso, ha de precisar sus conclusiones, mediante las cuales podrá solicitar al órgano jurisdiccional que le sea aplicada una pena al infractor por considerarlo responsable de la comisión de algún delito, o bien, deberá de expresar las razones de hecho y de derecho en que se funda para no acusar y solicitar la libertad del procesado y el sobreseimiento de la causa. De lo antes transcrito se infiere que las conclusiones realizadas por la representación social podrán ser acusatorias y no acusatorias, en cualquiera de las dos hipótesis deberá cumplir con los requisitos ordenados por la legislación procesal penal vigente, (los artículos 315-325 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Las conclusiones elaboradas por el Ministerio Público deben de reunir ciertos requisitos de forma y de contenido; deberán presentarse por escrito; señalar el órgano jurisdiccional ante quien se formulen; determinar el proceso a que se refiere; nombre del

procesado; una exposición de los hechos invocar los preceptos legales, doctrina y jurisprudencia aplicables y señalar los puntos concretos de la acusación. En cuanto al contenido estas deberán entrañar una exposición sucinta y metódica de los hechos, un estudio de los medios de prueba en relación con el delito y con la personalidad del delincuente; con el objeto de que el juez pueda individualizar e imponer, con forme al caso una pena o medida de seguridad.

Formuladas las conclusiones del órgano acusador, el expediente se pone a disposición de la defensa para que a su vez formule las suyas.

B) Conclusiones del defensor.

En las convulsiones de la defensa se da la posibilidad de clarificar la posición del procesado dentro de su derecho de defensa, por lo que la naturaleza jurídica de estas conclusiones es una verdadera contestación a la acusación de que fue objeto.

"En las conclusiones del penalmente demandado se consagra con plenitud el *derecho procesal de defensa*, entendido este como *oportunidad de contradecir las pretensiones* del demandante. Vale decir, como derecho de contradicción o contrapretensión.

Cuando el legislador concede el derecho de defensa o contradicción, no importa saber si el penalmente demandado *tendrá o no buenas razones para exculparse o defenderse*. Simple y sencillamente el legislador le da la oportunidad de que pueda contradecir las pretensiones del acusador.

No vale entonces negar el derecho a contradecir, so pretexto de que no posee los derechos substanciales en que se pretenden fundar las excepciones del penalmente demandado. En otro lugar dijimos que el *derecho de defensa es independiente* del derecho material en que se sustenta la pretensión.

Las pretensiones del demandado (contrapretensiones) a su vez se plantean en el cuerpo de sus conclusiones. Las pretensiones de este, al igual que las del demandante,

coinciden en que ambas exigen *del órgano jurisdiccional la declaración favorable a sus exigencias sustantivas*.

Uno de los efectos que produce la presentación de conclusiones a cargo de la defensa- afirma Colín Sánchez es el fijar los actos de defensa sobre los que versará la audiencia, a la que mejor sería llamarle debate.⁵⁸

No podemos terminar de hablar de las conclusiones sin manifestar que las conclusiones definitivas del órgano acusador sólo pueden modificarse por causas supervenientes y en beneficio del procesado. La defensa podrá modificarlas libremente en cualquier tiempo, hasta antes de que se declare visto el proceso.

⁵⁸ *Ibidem* p. 355

CAPITULO III

LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

1.- Definición y concepto de prescripción:

Al abordar el concepto de prescripción, por razones obvias tendremos que recurrir a tratadistas civilistas, en virtud de que dicho concepto tiene su origen en el derecho romano, como apunta Troplong -citado por Eduardo Pallares - quién nos indica: "Según el Derecho Romano, la citación en justicia no podía jamás transformar a una acción que, por su naturaleza era temporal, en perpetua. Para obtener este resultado era necesario llegar hasta la *litis contestatio* a virtud de la cual se consideraba obligado el demandado a reconocer el derecho del demandante tal como existía en el tiempo de la litis, si este último probaba ese derecho. A virtud de este cuasi-contrato, la *litis contestatio* novava la acción original y de temporal se hacía perpetua, es decir, la hacía durar treinta años. Justiniano creyó deber modificar esta jurisprudencia en lo concerniente a las acciones perpetuas por su naturaleza, es decir, que duraban treinta años, de acuerdo con las Constituciones de los emperadores. Quiso que la *litis contestatio* las prorrogase cuarenta. (Ley última del Código de Prescript. 30 vel 40 annor.). ""De esta manera, cuando se trataba de una acción temporal, la *litis contestatio* la prorrogaba hasta 30 años; cuando se trata de una acción prescriptible, la prorrogaba hasta 40."" Además existía un principio fundamental en el Derecho Romano y que cita el mismo Troplong: "Por lo demás, dice, en tanto que el procedimiento continua, la prescripción no es posible, aunque la acción durase 30, 40 y 50 años. Se conoce la máxima: *Actiones inclusae iudicio non pereunt*." Esta máxima esta tomada del título del digesto que enuncia las diversas reglas del derecho, entre las cuales figura la 139 que dice: "Todas las acciones que se extinguen por la muerte o por el tiempo, permanecen salvadas, una vez que se han deducido en juicio."⁶⁹

Por lo antes transcrito inferimos que en el Derecho Romano la acción se hacía perpetua cuando el demandado contestaba la demanda, y al contrario sensu el hecho de no dar

⁶⁹ PALLARES, Eduardo Op. Cit. p. 609

contestación a la misma hacía que esta prescribiera dentro de los 30 o 40 años posteriores, según la naturaleza de la acción, contados a partir de que la acción era exigible.

A) Definición de prescripción:

En virtud de que el presente trabajo, nos proponemos a estudiar la prescripción del ejercicio de la acción penal, abordaremos el tema desde la perspectiva del derecho penal, en virtud de que ese es nuestro objetivo, por lo que a continuación citaremos diversos conceptos, que como ya quedó asentado tienen su origen en el derecho civil; a mayor abundamiento citaremos la definición plasmada en el diccionario jurídico Espasa que apunta:

"La prescripción constituye una manifestación de la influencia que el tiempo tiene sobre las relaciones jurídicas y los derechos subjetivos. Estos a lo largo de aquel, nacen, se ejercitan y mueren. Aquí nos corresponde estudiar una de las causas que determinan la desaparición de aquellos: La prescripción extintiva.

Pero bajo el término prescripción se recogen dos instituciones esencialmente distintas entre sí: La prescripción adquisitiva o usucapio y la prescripción extintiva. A pesar de su misma denominación las diferencias entre ambas figuras son substanciales. Brevemente diremos que la usucapio determina un efecto adquisitivo de un derecho real y que además de con el tiempo juega con el elemento fundamental de la posesión. En cambio la prescripción extintiva provoca la desaparición de un derecho real o de un crédito o de una acción, y se basa en un dato puramente negativo como es el no ejercicio de su derecho por el titular del mismo. Esta diferencia entre ambas figuras tiene la importante consecuencia práctica de impedir la aplicación analógica de las normas de ambas.

Puede definirse la prescripción extintiva como el modo de extinguirse los derechos y las acciones por el mero hecho de no dar ellos adecuadas señales de vida durante el paso fijado por la ley (De Castro). Así se pone de relieve como junto con el transcurso del tiempo lo característico de la prescripción extintiva es la inacción del titular del derecho

durante toda la extinción de aquel; Es lo que se ha denominado con acierto como "el silencio de la relación jurídica" (Alas, De Buen y Ramos).

Cuestión tradicionalmente problemática al estudiar la prescripción ha sido la de determinar cual sea su fundamento: pues en principio parece extraño que simplemente por el no uso pueda verse alguien privado de su derecho. Las justificaciones de la doctrina han sido muy diversas: se ha basado en la renuncia tácita del titular del derecho, en el mantenimiento del buen orden social, en el intento de evitar las dificultades en la prueba de las relaciones jurídicas que se prolongan indefinidamente en el tiempo ("Probatio diabólica"), en la idea de sanción contra el propietario que actúa negligentemente con sus bienes en la seguridad jurídica que no puede lograrse sin las situaciones inciertas se mantienen prolongadamente, siendo necesario que el derecho objetivo ponga fin a las mismas. Todas ellas son válidas, si bien sólo contemplan aspectos parciales de la institución. Pero, en definitiva, lo cierto es que la prescripción aunque puede dar lugar en ocasiones a situaciones injustas, constituye una necesidad de orden social, pues sin ella se primaría la negligencia en el ejercicio de los derechos. gracias a la prescripción se logra una purificación en el tráfico jurídico que impide las reclamaciones desleales por parte de quienes no se consideran merecedores de la protección del ordenamiento, dada la pasividad con que se comportan sobre sus derechos.

El estudio de la naturaleza jurídica de la prescripción exige partir de una premisa básica: la prescripción es un modo de extinción del derecho por la inacción de su titular durante el tiempo que marca la ley. De esta idea se desprende sus caracteres básicos.⁶⁰

a) La prescripción al actuar por ministerio de ley, no permite que los particulares amplíen o disminuyan el término de la misma, no obstante que no existe disposición legal que prohíba dichos pactos.

⁶⁰ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA CALPE

b) Con motivo de su origen legal la prescripción actúa *Ipso iure* una vez que se haya cumplido con el plazo respectivo, en materia civil no es estudiable por parte de los tribunales de oficio, y en materia penal sí.

c) Son susceptibles de prescripción la mayoría de los derechos y acciones, con excepción de los relativos al estado civil, a la personalidad y los derechos de familia: aunque algunas veces algunas acciones tituladas por estos derechos estén sometidos a plazos de caducidad.

d) Tampoco prescriben las acciones declarativas como son inexistencia, nulidad y simulación, aunque algunas acciones restitutorias derivadas de las mismas si son susceptibles de prescripción.

e) Las excepciones se ha discutido de que si son prescriptible en nuestra opinión si lo son vgr. la preclusión.

En el área de lo jurídico, la prescripción tiene diversas variantes, en materia civil se dice que "prescripción es la facultad o el derecho que la ley establece en favor del deudor, para excepcionarse validamente y sin responsabilidad de cumplir con su prestación, o para exigir a la autoridad competente la declaración de que ya no se le puede cobrar en forma coactiva la prestación, cuando ha transcurrido el plazo que otorga la ley al acreedor para hacer efectivo su derecho."⁶¹

En este mismo orden de ideas, "consideramos que la prescripción penal puede definirse así: es el fenómeno jurídico penal por el que, en razón del simple transcurso del tiempo, se limita la facultad represiva del Estado, al impedirsele el ejercicio de la acción persecutoria o la ejecución de las sanciones impuestas."⁶²

De la definición citada se obtienen las siguientes consideraciones:

⁶¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto Derecho de las Obligaciones, 5a. Edición, Edit. Cajica S.A México 1974 p 789

⁶² ALFARERVIÑO, Sergio La Prescripción en Materia Penal, 2a. Edición Edit. Trillas S.A México 1995 p 57

a) Se trata de un fenómeno jurídico penal; en virtud de contar con una regulación normativa y que forma parte del sistema de la legislación penal.

b) La prescripción opera por el simple transcurso del tiempo; con el devenir del tiempo el que hace funcionar al instituto de la prescripción tanto de la acción persecutoria como de la sanción y de la pena, en este talante es aplicable el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis cuyo rubro es:

"PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LA PENA. Hay dos clases de prescripción: la de la acción y la de la pena. La acción penal como derecho de persecución que nace cuando se ha cometido un delito, prescribe por el transcurso del tiempo si no se ejercita por el Ministerio Público, reclamando del órgano jurisdiccional, la reclamación del derecho en el acto que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe aplicarse al delincuente. Consecuentemente, la prescripción de la acción supone una inactividad del Ministerio Público por todo el tiempo que la ley señala como suficiente para extinguirse por su no ejercicio o actuación de ese derecho de persecución. En cambio, la prescripción de la pena supone el incumplimiento de la sentencia y el quebrantamiento, en una pena privativa de la libertad, es cabalmente la fuga.

Amparo directo 8793/60. Santos Rodríguez Maravel. 2 de marzo de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Sexta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XLV, página 63".

c) La prescripción es limitativa del ejercicio de la facultad represiva del Estado, se caracteriza por la limitación al ius puniendi que es el derecho penal en sentido subjetivo o derecho de penar y el derecho penal en sentido objetivo o ius poenale. O sea, la prescripción tiene que ser entendido como uno de los casos de excepción al principio general que autoriza y obliga al Estado a la persecución de los delitos y a la sanción de los delincuentes, excepción que tiene como fundamento sólo el transcurso del tiempo.

La ley mexicana vigente se ocupa de tratar el problema de la prescripción en los artículos 100 a 118 del Código Penal, lo que revela la existencia de un conjunto de normas que, a nivel de Derecho Penal objetivo, tratan y regulan el fenómeno que, por el propio contenido sustancial de tales normas implican una limitación legal a la facultad represiva del Estado, o seas al Derecho Penal subjetivo o ius puniendi.

d) La prescripción es de carácter personal ya que es aplicable única y exclusivamente al presunto responsable de un delito, en la etapa de averiguación previa, asimismo al sentenciado que se sustrae a la justicia una vez comprobada su responsabilidad y los elementos del tipo penal.

e) La prescripción producirá su efecto, aunque no la alegue como excepción el acusado; toda vez que en materia penal no hay excepciones, sin embargo el juez suplirá de oficio dicha salvedad tan luego tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso.

f) El Ministerio Público en su doble función de autoridad (en la averiguación previa), y como parte en el proceso. En el primer caso, se infiere de la lectura a contrario sensu de la fracción I del artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en virtud de lo anterior, la Representación Social debe de abstenerse de ejercitar acción penal entre otras razones cuando haya operado la prescripción. Y la otra hipótesis se encuentra regulada cuando este órgano deja de ser investigador y se convierte en parte de conformidad con lo ordenado por los artículos 6 y 8 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, solicitando "la libertad del procesado... en los casos... de prescripción...". Cabe hacer notar que el Ministerio Público solicita y es el Juez quien resuelve.

B) Concepto de prescripción:

De conformidad con lo supracitado y con nuestra forma de ver el objeto de estudio de esta investigación, referente al concepto de prescripción, esta es: "la autolimitación que el Estado se impone para perseguir los hechos con apariencia de delito o ejecutar las sanciones impuestas a los delincuentes, por razón del tiempo transcurrido".⁶¹.

En este orden de ideas la autolimitación a que se refiere el concepto es que en la mayoría de las legislaciones que regulan el fenómeno de la prescripción, el propio Estado Soberano el que, por medio y a través de sus sistemas legislativos, se impone limitaciones a su derecho y deber de perseguir y sancionar las transgresiones a sus leyes penales.

Si recurrimos a la teoría tripartita de la división del poder, nos encontramos que dentro del mismo Estado, el poder supremo se encuentra dividido para su ejercicio, y por mandato de disposiciones constitucionales podemos afirmar que todo lo relativo al delito (acción persecutoria, fijación y ejecución de las sanciones), es facultad exclusiva del propio Estado con apego a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En consecuencia, el gobierno es el primer obligado a restringir su actividad represiva, en acatamiento a las normas jurídicas que legisla, ejecuta y aplica, en este orden de ideas quedan reflejados a los poderes Legislativos, Ejecutivos y Jurisdiccional.

Como observamos la finalidad de la autolimitación en ejercicio de su soberanía el Estado regula el fenómeno de la prescripción para dos hipótesis que son absolutamente diferentes: el ejercicio de la acción persecutoria y el ejercicio de las sanciones que se hayan impuesto en una sentencia firme.

"Es completamente falso que del delito nazca acción penal, entendido como comúnmente se entiende el término acción; del delito lo más que nace es la pena y, y por tanto, el derecho o el deber del Estado de castigar esa conducta. La acción penal nace como consecuencia de la realización de un hecho que reúne las apariencias de un delito, calificado

⁶¹ Ibidem p 67

así 'a priori'; de la actividad que desarrolle el Ministerio Público respecto de ese hecho con apariencia de ser delictuoso resultará la intervención del único órgano estatal facultado para dar una calificación certera y legal del hecho, en cuanto a que sea o no constitutivo de delito, órgano que, conforme hemos visto, es el jurisdiccional." ⁶⁴

Para que opere el fenómeno de la prescripción en cuanto a la acción persecutoria, la ley alude el término medio aritmético de la pena, que ha sido interpretado como el deducible de la individualización de la pena legal correspondiente a los delitos consumados, pero sin modalidades.

Sirve de sustento a lo antes mencionado la jurisprudencia emitida por la Corte en ese mismo sentido, cuyo rubro es:

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

Amparo Directo. 8793/60. Santos Rodríguez Marvel. 2 de marzo de 1961.
Unanimidad de 4 votos.

Amparo Directo 3002/74. Salvador Cadena Higuera. 23 de octubre de 1974.
Unanimidad de 4 votos.

Amparo Directo. 2842/76. Ramón Luna Avila. 2 de septiembre de 1976.
Unanimidad de 4 votos.

Amparo Directo. 2174/76. Faustino Sánchez Rea. 27 de septiembre de 1976.
Unanimidad de 4 votos. Amparo Directo. 4681/78. José Duran Ramos. 26 de febrero de 1978. 5 votos.

Séptima Época. Primera Sala. Apéndice de 1975. Tomo II. Tesis 7, página 6".

⁶⁴ Ibidem p 71

Para poder dar un concepto de prescripción penal, debemos de encontrar su fundamento en la definición antes proporcionada y tener congruencia este fenómeno de la prescripción con el conjunto de normas que la regulan; en ese mismo orden de ideas y con la firme convicción de la naturaleza jurídica de la prescripción, habremos de referirnos a la normatividad que la regula, como ya se ha afirmado la prescripción es un fenómeno natural (el transcurso del tiempo) con valoración jurídica, que la convierte en una institución propia de la ciencia del derecho.

Para Sergio Vela la prescripción "es la auto limitación que el Estado se impone para perseguir los hechos con apariencia de delito, o ejecutar las sanciones impuestas a los delinquentes, por razón del tiempo transcurrido."⁶⁵

Ahora bien prescripción es: " La pérdida -Fernando Castellanos- por el transcurso de cierto tiempo, de la atribución del Estado para ejercitar la acción penal contra el indiciado, o para ejecutar la pena impuesta al condenado."⁶⁶

De los conceptos vertidos podemos rescatar que la prescripción es la autolimitación que se impone el Estado para perseguir y castigar conductas que pueden ser constitutivas de delito. Se han dado diversas explicaciones de parte de la doctrina, por ejemplo la prescripción de la sanción se fundamenta en que su tardía ejecución carecería de objeto; ya que no colmaría los fines de la represión y tampoco resultaría útil para lograr la readaptación del delincuente. En virtud de que la prescripción es una institución de orden público, en aras del interés social; motivo por el cual los jueces deberán hacerla valer de oficio.

El Doctor Fernando Castellanos, citando a Goldstein nos manifiesta: "El transcurso del tiempo tiene fundamentales consecuencias en el ordenamiento jurídico; mediante él pueden adquirirse o perderse derechos. En el ámbito penal, su influencia radica en

⁶⁵ *Ibidem* p 67

⁶⁶ CASTELLANOS FERNA, Fernando Lineamientos elementales de derecho penal 31ª Edición. Edit Porrúa, S.A México 1992 p.p 343 y 344

la conveniencia política de mantener una persecución contra el autor de un delito a través de un lapso cuya duración determinan las leyes minuciosamente.

Con la prescripción, el Estado circunscribe su poder de castigar a límites temporales excedidos los cuales, considera inoperante mantener la situación creada por la violación legal incurrida por el agente.

La prescripción se puede operar con respecto a la acción, es decir, relativa la persecución del judiciable; y con respecto a la pena, en cuanto se busca su efectiva ejecución.

Conviene tener presente que la prescripción hace desaparecer el derecho del Estado para perseguir o para ejecutar la pena, pero no elimina el delito, que queda subsistente, con todos sus elementos pero sin la consecuencia final de la aplicación de la pena misma. El delito no se extingue; se esfuma en cambio la posibilidad de castigarlo.⁶⁷

A mayor abundamiento y en reafirmación a lo afirmado por los autores supracitados, la Suprema Corte de Justicia de la Nación a sustentado el criterio de que la prescripción es una institución de orden público, de conformidad con la siguiente jurisprudencia, que a la letra dice:

"ACCION PENAL, PRESCRIPCION DE LA. La prescripción producirá sus efectos aunque no la alegue como excepción el acusado; los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso.

Quinta Época. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II. Tesis 9. Página 7.

Amparo en Revisión. 2246/26. Toscano Jesús y coag. 9 de diciembre de 1926.
Unanimidad de diez votos.

Amparo en Revisión. 1160/26. Sepulveda Elíseo. 16 de agosto de 1927.
Unanimidad de nueve votos.

⁶⁷ *Ibidem* p p. 345 y 346

Amparo en Revisión. 4074/27. Pérez Primitivo. 7 de junio de 1929. Mayoría de tres votos.

Amparo en Revisión. 2585/28. Arrieta Eligió. 11 de octubre de 1929. Cinco votos.

Amparo en Revisión. 2364/29. Legorreta Juan de Dios. 14 de enero de 1931. Mayoría de tres votos".

Es importante resaltar que la institución de la **prescripción** en materia penal y siendo reiterativos, en el sentido de que la misma es de **orden público** y de que no es obligación del indiciado hacerla valer como excepción, en **virtud de la obligación legal** a que se encuentran constreñidos los tribunales, opera la **suplencia de la queja**, de conformidad con la siguiente tesis:

"PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y SUPLENCIA DE LA QUEJA. Si de acuerdo con el artículo 183 de la Ley de Amparo, esta Primera Sala debe suplir la deficiencia de la queja cuando estando prescrita la acción penal el quejoso no la alega, por la misma razón jurídica debe considerar la extinción de la acción persecutoria cuando, aducida en la apelación, la responsable deja de estudiarla. Es decir, en **puridad**, esta Sala siempre debe estudiar como presupuesto de las violaciones de fondo que se invocan, si la acción penal esta o no prescrita, pero sí, como sucede en la infinita mayoría de los asuntos el quejoso no la argumenta como concepto de violación y además no existe tal **prescripción** resultaría ocioso hacer relación de ella. Como consecuencia, no es el caso de que se conceda el amparo para el efecto de que la responsable estudiara la prescripción, en virtud de que como se ha dicho, esta Suprema Corte de Justicia, por imperativa del artículo 183 mencionado, tiene la obligación preferente de resolver la citada prescripción tratándose de la acción penal.

Séptima Época. Amparo Directo. 10753/66. José Luis Patiño Velazco. 9 de mayo de 1969. cinco votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Tomo V. Página 43".

Ahora bien, es importante dejar aquí asentado que para comience a correr la prescripción de la acción penal se debe de tomar en consideración, el simple transcurso del tiempo como ya quedo detallado y deberá tomarse el término medio aritmético del delito que se trate sin tomar en consideración las modalidades del mismo, que son objeto de resolución de la autoridad judicial, sirve de fundamento a nuestras afirmaciones las siguientes tesis jurisprudenciales:

"PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. Para que opere el fenómeno extintivo de la acción penal, la ley alude al término medio aritmético de la pena que se ha interpretado como no deducible de la individualización judicial, sino del legal, correspondiente a las entidades delictivas, pero si modalidades.

Amparo Directo. 2147/76. Faustino Sánchez Rea. 27 de septiembre de 1976. Unanimidad cuatro votos.

Amparo Directo 2842/76. Ramón Luna Avila. 2 de septiembre de 1976. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Séptima Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Tomos XCI y XCVI. Página 39".

"PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. Para que opere el fenómeno de la prescripción en cuanto a la acción persecutoria, la Ley al término medio aritmético de la pena que se ha interpretado como deducible de la individualización legal correspondiente a las entidades delictivas consumadas, pero sin modalidades. La acción penal es la potestad jurídica que el Estado delega en un órgano específico para exigir del poder jurisdiccional una decisión concreta respecto a una relación jurídico material de derecho penal. que en el caso de condena

actualiza la pretensión punitiva del propio Estado. La acción penal no puede concebirse, sino en relación a un determinado hecho correspondiente a una figura de delito; de ahí que se afirme que del delito surge la acción penal, o más propiamente de la sospecha del delito. Se considera que la prescripción implica la cesación de la potestad punitiva del Estado, al transcurrir un período de tiempo determinado, en virtud de que el propio Estado abdica de su potestad punitiva, por razón de que el tiempo anula el interés represivo, apaga la alarma social y dificulta la adquisición de pruebas respecto a la realización del evento delictivo, la prescripción penal, por la esencia misma del ordenamiento punitivo, opera coactivamente. Es un mandato impuesto por el Estado para que el órgano delegado específicamente, la institución del Ministerio Público, conforme al artículo 21 constitucional, se abstenga de toda acción represiva del delito, y para que el órgano jurisdiccional decrete la extinción de la pretensión punitiva; y por ello, se aplica de oficio y en cualquier grado y estado de la causa. Entendida la acción penal como el fundamento y marco de la decisión jurisdiccional y la prescripción como una causa extintiva de la acción de orden coactivo, es lógico concluir que para calcular el término de su operancia, debe atenderse a la pena conminada en abstracto para el delito simple y no la pena en concreto que habría debido infringirse, computadas las circunstancias objetivas y subjetivas del delito. La acción penal al ejercitarse y mover al órgano jurisdiccional tiene un contenido concreto, pero le compete al órgano decisorio su calificación técnica. El Ministerio Público sólo la ejercita por hechos que estima delictivos, en el auto de formal prisión o de formal procesamiento deberá el Juez natural fijar el tema del proceso y esta determinación se dictará por el delito que se estime comprobado en forma genérica, sin precisar las modalidades del delito, que son materia de la sentencia definitiva. En tal sentido, si la acción penal, en el acto de consignación, se ejercita únicamente por hechos delictivos y el Juez natural dicta formal prisión o sujeción a proceso por el delito simple sin considerar sus modalidades, y la prescripción atiende al término medio de la pena conminada en abstracto, es obvio que si la

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

Amparo Directo. 8431/63. Mario Valdéz González. 17 de abril de 1968.
 Mayoría de tres votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Amparo Directo. 5848/59. Meliton Gómez Moya. 10 de febrero de 1960.
 Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcon.

Sexta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXXX.
 Página 19".

"PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. Opera, en términos generales, en función de la penalidad fijada a la entidad delito por el legislador (individualización legal), y no atendiendo a la sanción señalada al delincuente a posteriori por los jueces, (individualización judicial).

Amparo Directo. 178/61. Mauro Martínez Rivera. Resuelto el 30 de noviembre de 1961, por unanimidad de cuatro votos. Ausente el Sr. Mtro. González de la Vega. Ponente: Mtro. Mercado Alarcon. Srio. Lic. Rubén Montes de Oca. 1ª Sala. Boletín 1962, Página 65".

Agotados pues, tanto el concepto de prescripción de la acción penal como los diversos criterios jurisprudenciales emitidos por nuestro más alto tribunal, abordaremos la naturaleza jurídica de la institución en estudio.

2.- Naturaleza jurídica de la prescripción.

Una vez que ya ha quedado anotado que la prescripción es un fenómeno jurídico que se refleja en la imposibilidad de la calificación legal de determinados hechos, por lo que se refiere de ejecutar sanciones legalmente impuestas nos enfrentamos a la cuestión relativa de la naturaleza jurídica de dicho fenómeno.

Por el momento mencionaremos las posiciones de los tratadistas que mencionan que la prescripción, primeramente como parte del Derecho Penal, la que la ubica dentro del Derecho Procesal y una tercera posición ecléctica, que pretende explicar el instituto que nos ocupa con vertientes de las dos posiciones antes mencionadas y antagónicas. En adelante abordaremos dichas posiciones de manera individual.

A) Teoría de la prescripción como instituto del derecho penal.

Tradicionalmente y de conformidad con la formación que tenemos como abogados con la creación del estado moderno corresponde a éste ejercitar el derecho a perseguir los hechos realizados por sus súbditos con la apariencia de delictuosos e imponer y ejecutar las sanciones que previamente se hayan determinado y que son aplicables a los delincuentes, es decir, en ejercicio del *ius puniendi*, con que se encuentra facultado el propio Estado y que se encuentra relacionado con el Derecho Penal, también llamado Derecho Penal Material.

Es por esta razón que la doctrina ha manifestado que estos estados organizados se sirven de este Derecho Penal como un aliado para reprimir ciertos actos que perjudican su propia existencia. "Ese derecho indicativo puede presentarse, en cuanto a su ejercicio, en las dos formas mencionadas: persiguiendo la declaración de delito y de delincuente mediante el ejercicio de la acción penal. o ejecutando las sanciones impuestas al delincuente ya calificado como tal. Siguiendo esta idea, dice Vera Barros que ' se sostiene que la prescripción es un

instituto de derecho material, por que lo que caduca con el transcurso del tiempo es la pretensión punitiva del Estado su derecho a castigar en el caso concreto".⁶⁸

En virtud de lo anterior el Estado pierde por el simple transcurso del tiempo el derecho a perseguir y en su caso a ejecutar la sanción impuesta al delincuente con detrimento directo del ius puniendi que impide al derecho penal alcanzar sus fines represivos, reeducativos o de readaptación social del delincuente. Ya que pierde toda posibilidad el Estado de calificar legalmente un hecho concreto en delito y a su vez a ejecutar la sanción impuesta a la persona del delincuente.

Por lo que concluimos que: "si la prescripción implica una limitación a la facultad del Estado para perseguir los hechos con apariencia de delitos y ejecutar las sanciones legalmente impuestas, afecta, en realidad, al ius puniendi y como consecuencia es un fenómeno propio del Derecho Penal material."⁶⁹

B) Teoría de la prescripción como instituto del derecho procesal penal.

La presente teoría tiene su origen en la legislación francesa posterior a la codificación napoleónica según lo manifiesta Quintano Ripollés, en virtud de que a diferencia de nuestra legislación la prescripción se encuentra regulada en el Código Procesal Penal Francés, mientras en nuestro medio la prescripción se encuentra insertada en el Código Penal.

La premisa principal de la doctrina que nos ocupa consiste en que la prescripción no es otra cosa que un impedimento u obstáculo puesto para la iniciación o prosecución del procedimiento penal, sin anular o disminuir la facultad propia del Estado de perseguir y castigar los delitos; en función del tiempo transcurrido.

⁶⁸ ALFARO-VIÑO, Sergio Op. Cit. p. 81

⁶⁹ Ibidem p. 83

" Sauer, afirma que en la institución de la prescripción ' no pertenece ya al Derecho Penal material', puesto que se trata de impedimentos procesales (impedimentos de persecución y de ejecución) que condicionan mediatamente la solución de la querrela penal ... En similar sentido se expresa Maurach, diciendo que 'la ley distingue entre prescripción penal y prescripción de la ejecución de la pena. la primera impide la propia incoación del proceso penal; la segunda se dará en todos aquellos casos en los que la firme sentencia condenatoria no pueda ser ejecutada dentro de un determinado plazo (por ejemplo, por la fuga del condenado). Ambas especies de prescripción se presentan, pues, como impedimentos procesales' ... Los impedimentos procesales no son situaciones de hecho, sino de estricto derecho."⁷⁰

C) Teoría mixta, que considera la prescripción como instituto de derecho penal y de derecho procesal penal.

"Dice Mezger que 'por el transcurso del tiempo desaparece la pena, bien por que el transcurso del tiempo excluye la posibilidad de la persecución penal (la llamada prescripción de la persecución penal), bien porque el transcurso del tiempo excluye la posibilidad de ejecutar la pena impuesta por sentencia firme (la denominada prescripción de la ejecución de la pena)'... Los dos ordenamientos jurídicos, material y formal se confunden aparentemente en una zona constituida por normas e institutos de carácter mixto (ejemplo, prescripción, rehabilitación, remisión, etc.), pero esencialmente la distinción se mantiene y se manifiesta segura a quien quiera que tenga recto sentido jurídico."⁷¹

Como podemos observar el autor en comento, toma como punto de partida una distinción entre la prescripción de la acción persecutoria y la de la sanción impuesta, y toda vez que son diferentes las situaciones de igual forma deben serlo la prescripción de cada una de ellas, dotándolas luego entonces, de un carácter mixto; ya que en la prescripción de la

⁷⁰ Ibidem p.p. 84 y 85

⁷¹ Ibidem p. 86

acción se impide o se paraliza el procedimiento tendiente a la calificación del hecho determinado y de su autor, mientras que en el caso de la prescripción de la ejecución de la sanción impuesta, en el procedimiento penal ha quedado previamente concluida con la sentencia ejecutoriada y lo que se impide por el fenómeno de la prescripción es la ejecución de la sentencia en el delincuente.

3.- Titulares de la declaración en orden a la prescripción:

Como hemos venido mencionando la prescripción funciona en función del tiempo transcurrido y sus efectos se producen de oficio no obstante que la ley nos ordena que el presunto responsable no la invoque como excepción. Ya que este fenómeno jurídico que en el Derecho Penal recoge elementos extra jurídicos de tratamiento especial toda vez que la prescripción tiene que ser motivo de una declaración en la que se aborde un caso concreto para aplicarle las normas reguladoras de este fenómeno. Ya que mientras no haya la declaración correspondiente de quien o quienes tengan la facultad para hacerlo, no existe prescripción y es hasta que haya la declaración correspondiente y esta quede firmemente establecida es cuando puede decirse que ha operado la prescripción.

A) Titular de la declaración de prescripción de la acción persecutoria.

" No es nuestra intención abordar los múltiples problemas que el concepto de acción penal nos plantea; sólo deseamos dejar establecidas dos cuestiones, por su relación estrecha con el tema de la prescripción: la primera es que entendemos que la acción penal es un monopolio que nuestra Constitución ha puesto en manos del Ministerio Público (artículo 21) salvo discutibles casos de excepción que pudieran plantearse en relación con responsabilidades oficiales; y la segunda es que sin acción penal ejercitada por su titular monopolístico, los tribunales penales, encargados de administrar justicia penal en los casos concretos, no tienen posibilidad alguna de llevar a efecto su función jurisdiccional... Existe una

tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se refiere a las etapas por las que pasa la acción penal y que consideramos es clarísima en cuanto a lo que venimos tratando. Dice así:

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

Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XXXIV, Página 9, A.D. 746/60. Luis Castro Malpica." ⁷²

En virtud de que reconocemos que el titular monopolístico de la acción penal es el Ministerio Público y que a él mismo corresponde la investigación de los hechos con apariencia de delitos y la persecución de ellos para efectos de su calificación final por la autoridad judicial es claro que es el Ministerio Público como entidad en esta etapa sea motivo de titularidad para realizar las declaraciones de prescripción que procedan, siempre y cuando la ley no faculte expresamente a una autoridad diferente.

" Con lo anterior queremos significar que durante la llamada etapa de investigación, o de averiguación previa cuando aún no se ha ejercitado la acción penal, el Ministerio Público es el titular del derecho para declarar la prescripción de la acción persecutoria, sin violar ningún derecho, ley o principio." ⁷³

Corrobora nuestra afirmación los siguientes preceptos legales, a nivel federal el artículo 137 fracción III del Código Federal de Procedimientos Penales, que consigna: "El Ministerio Público no ejercitará la acción penal ... III. Cuando esté extinguida legalmente"; por lo que hace a la materia local, en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en su artículo 1 fracción IV, indica que es facultad del Ministerio Público ejercitar la acción penal cuando proceda y que a esta afirmación de la ley tenemos que asociar,

⁷² Ibidem p. 95

⁷³ Ibidem p. 96

por sazón natural, la facultad de abstenerse de tal ejercicio de la acción penal, cuando ella no proceda; entre las causas que hacen que no proceda el ejercicio de la acción penal está la prescripción.

Con las aseveraciones antes manifestadas, consideramos que la facultad que creemos es propia de Ministerio Público en esta etapa del procedimiento no implica una invasión a la esfera de facultades de los órganos jurisdiccionales en cuanto a la calificación final de que un hecho puede o no ser delictuoso, sino simplemente la declaración de la existencia de un impedimento para lograr la declaración de existencia de delito y de delincuente.

Por lo que en síntesis afirmamos que durante la etapa de averiguación previa en preparación del ejercicio de la acción persecutoria, el Ministerio Público es el titular del derecho a declarar la prescripción. Creemos que la etapa que nos ocupa va desde que se tiene noticia del hecho aparentemente delictuoso hasta que se acude ante el órgano jurisdiccional haciendo valer la pretensión punitiva.

Una vez que el Ministerio Público ha actuado ante los jueces, ejercitando la acción penal y abriendo con ello la actividad jurisdiccional, puede decirse que abdica de su titularidad para resolver con referencia a la prescripción de la acción persecutoria. Ya que se convierte en una parte del procedimiento penal y obviamente pierde la facultad que le era antes propia para declarar la procedencia de la prescripción del ejercicio de la acción penal y ella pasa en exclusividad a los jueces. Como lo ordena el artículo 101 del código penal para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal y de su idéntica terminología con los códigos de los Estados de la República.

El numeral en comento en su párrafo segundo, dice:

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

" En cuanto a que el Juez puede resolver sobre la prescripción de la acción fuera de lo que se entiende por proceso, podemos citar la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

ACCION PENAL PRESCRIPCION DE LA. Si conforme a las disposiciones de la ley penal relativa, la acción para perseguir un delito está prescrita, la orden de aprehensión que se libre contra el indiciado importa una violación de los artículos 14 y 16 constitucionales.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Volumen XVIII, Página 1024, Guzmán Cid Benito.

Consideramos que es clara la posición en la tesis precedente en cuanto a que es perfectamente posible y aún diríamos obligado, estudiar y resolver sobre prescripción de la acción persecutoria al momento de librar una orden de aprehensión que, obviamente, es anterior a la iniciación de un proceso, con lo que se confirma, según nuestro punto de vista, la correcta interpretación del párrafo segundo del artículo 101 del Código Penal en el aspecto que antes apuntamos." ⁷⁴

Con lo expuesto queda precisado que la titularidad de la facultad para resolver en cuanto a la prescripción de la acción persecutoria en favor del Ministerio Público en la etapa en que actúa como autoridad y del órgano jurisdiccional desde el momento en que recibe la consignación y hasta que pronuncie una sentencia que resuelva en definitiva la facultad punitiva propia del Estado.

⁷⁴ Ibidem p p. 103 y 104

B) Titular de la declaración de prescripción de la sanción legalmente impuesta:

Como quedó apuntado en el inciso anterior la facultad para realizar la declaración de la operancia de la prescripción de la acción penal en las diversas etapas y que corresponde en la primera de ellas al Ministerio Público y ya dentro del proceso propiamente al Juez. Por lo que respecta a la prescripción de la sanción no es tan clara, toda vez que no existe una norma clara y precisa que se ocupe de este supuesto y que nuestro legislador permanente no ha establecido norma alguna en la que se precise cual de los órganos de la Administración Pública sea el facultado para declarar la prescripción de la sanción legalmente impuesta por la autoridad judicial. En la praxis sin ningún apoyo legal esta facultad se le ha atribuido a la propia autoridad judicial, por lo que carece de los requisitos de ser fundado y motivado.

A propósito, Carneluti ha dicho que " La jurisdicción de cognición presenta en dimensiones macroscópicas los caracteres del *ius decere*; verdaderamente, la misma se agota en una *dictio*, que es el discurso mediante el cual el Juez declara positiva o negativamente la certeza del delito y por eso condena o absuelve al imputado; aquello que por el Juez se dice es *ius*, en sentido indicado antes de estatuir relaciones jurídicas." ⁷⁵

Como podemos observar el Juez agota su jurisdicción en el momento que dicta una sentencia condenando o absolviendo al demandado y conforme a nuestro derecho positivo esto viene a ser la verdad legal. Por ello es lógico y jurídico que la prescripción de la sanción debe de existir previamente una sentencia condenatoria que ha causado estado, y con ella misma ha terminado la jurisdicción del Juez en lo concerniente a la naturaleza delictuosa o no delictuosa de un hecho.

⁷⁵ *Ibidem* p. 105

" Trayendo la cuestión al área de la prescripción de la sanción, y más concretamente, a la titularidad de la declaración respecto de ella, consideramos que si la prescripción de la sanción presupone la sentencia ejecutoria, lo que es obvio no puede pensarse en una facultad en favor de los jueces si entendemos la jurisdicción en su manera primaria; pero si la hacemos extensiva a la jurisdicción de ejecución, es sostenible la afirmación en el sentido de que el titular de la facultad de declaración de prescripción legalmente impuesta lo sea el propio juzgador, a quien corresponde colaborar para la consecución del derecho del Estado para ejecutar la sanción que se ha impuesto a un delincuente." ⁷⁶

No podemos negar que la sentencia pone fin al procedimiento penal, no es menos cierto que para el derecho penal y su eficacia en sus finalidades esenciales es que la sentencia realmente se aplique al delincuente y no se convierta más que en una mera declaración siendo contraria a la meta final que persigue. Es por lo que el Juez puede y debe actuar después de dictada la sentencia para hacerla efectiva, también es natural que posea la facultad para resolver los casos en que la sentencia se vuelva inejecutable por haber transcurrido el término necesario para que opere la prescripción de la sanción impuesta. Lo perfecto sería que existiera una norma concreta que así lo dispusiera para resolver en orden a la prescripción de la sanción legalmente impuesta; pero el silencio de la ley nos ha llevado a concluir que es una facultad discrecional de los órganos jurisdiccionales.

4.- La prescripción de la acción persecutoria atendiendo a la clasificación de los delitos en orden a la conducta:

Toca ahora tratar las cuestiones relativas a la prescripción de la acción persecutoria referidas a la forma en que se haya manifestado la conducta productora del hecho relevante para el Derecho Penal. Nos referimos a el acto externo del sujeto que contradice el orden jurídico. Es por ello que es un requisito indispensable que algo realice alguien y que esta

⁷⁶ Ibidem p. 107

acción afecte o transgreda intereses jurídicos protegidos por el tipo penal, para que nazca el derecho estatal a perseguir al sujeto autor para la imposición de las consecuencias legales previamente establecidas. Toda vez que al Derecho Penal se interesa en la represión de lo que significa en un principio una conducta delictuosa; lo segundo es la valoración de la llamada peligrosidad predelictual.

" Citando a Ruiz Fundes, dice Fairén Guillen que ' el concepto de estado de peligrosidad significa la vehemente presunción de que una persona quebrantará la ley. Valora el delito como síntoma

de una personalidad antisocial... para creer que el delito cometido no es un episodio aislado y que si no se toman las medidas asegurativas habrá de repetirse sistemáticamente (peligrosidad delictual)... se trata de corregir una actividad antisocial y dañosa, que es índice seguro de una conducta reveladora de inclinación al delito (peligrosidad predelictual o sin delito)".⁷⁷

Como podemos observar en líneas anteriores hablamos de dos casos diferentes en su esencia: En uno hay una conducta manifestada y en el otro hay un estado sintomático; en ambos puede haber peligrosidad, sólo en el primer caso es delictual y en el otro es predelictual o sin delito. Para efectos de nuestro estudio, o sea la prescripción solamente nos interesa el primer caso, ya que es el único que puede dar motivo al nacimiento de la pretensión punitiva del Estado para perseguir el hecho y buscar su calificación a través del procedimiento correspondiente, quedando claro y manifiesto que lo que le da interés al hecho es la conducta realizada, no tanto el autor de la misma . con esto no queremos decir que le restamos importancia al autor de la conducta, ya que estamos bien consientes que el sujeto, pero sobre todo el delincuente es el motivo central del Derecho Penal. Con esto debemos entender que para los efectos de la posible prescripción de la acción persecutoria es con base determinante en la conducta y no el autor de la misma .

⁷⁷ Ibidem p. 127

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

A mayor abundamiento y de conformidad con lo ordenado por el artículo 110 del Código Penal, podemos confirmar este criterio con la mención de los casos en que se interrumpe el curso de la prescripción por la investigación del hecho, aún cuando se ignore quien es el autor del mismo. Dice el numeral en cita:

" La prescripción de las acciones se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen en averiguaciones del delito y del delincuente, aunque por ignorarse quienes sean estos, no se practiquen las diligencias contra persona determinada ".

De lo anterior podemos determinar de donde la ley dice " averiguaciones del delito y del delincuente ", en estricta realidad se esta refiriendo a la averiguación de los hechos y de sus autores, por la razón ya expuesta de que el delito es motivo de una calificación que resulta como consecuencia de una sentencia firme y el delincuente es quien es considerado como penalmente responsable, también con una sentencia ejecutoriada que obviamente se refiere al hecho y al sujeto pero que siempre aparece tal calificación hasta que el hecho y su autor fueron juzgados y no cuando se esta en la etapa de averiguación como lo menciona el artículo 110 antes transcrito.

A) Los delitos de acción.

Dice el artículo 7 del Código Penal que " delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales ", y que nos sirve de base para el estudio de los delitos de acción. De tal forma que la presentación de la conducta que puede ser constitutiva de delito son cometidos mediante una acción o una omisión. La denominación de acción para la primera forma de manifestación de la conducta y desde esta misma se esclarece una situación de diferenciación con la omisión, la segunda forma de manifestación de la propia conducta.

Para los efectos de este trabajo, podemos entender como acción la conducta voluntaria consistente en hacer algo, que produce una mutación en el mundo exterior.

" Bettiol se ha expresado a este respecto diciendo que se puede definir ' la acción como un movimiento muscular voluntario conscientemente dirigido a la realización de un fin. Concurren, por tanto, a caracterizar la acción tres momentos: uno objetivo, uno subjetivo, y uno tercero teleológico. Sólo la consideración de estos tres elementos permite llegar a una concepción verdaderamente humana e integral de la acción que lleve a su inserción en el mundo de los valores ' ".⁷⁸

Jiménez de Azúa, nos dice : " Aunque la palabra acción, en sentido amplio, puede valer como sinónimo del acto, preferimos utilizarla en un sentido propio y estricto, como comisión opuesta a las clases omisivas del delito... En cambio, acto aunque aparezca como sinónimo de acción, también lo es del hecho y posee así más elasticidad semántica " (Tratado, tomo III, página 331).

Maurach, da esta definición: " La acción es una conducta humana, regida por la voluntad orientada a un determinado resultado " (Tratado, tomo I, página 182 ediciones Ariel, 1962). Por su parte Maggiore apunta que acción es una conducta voluntaria que consiente en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior. (Derecho Penal, volumen I, página 309, edición de 1954 de Temis, Bogotá). Es de la máxima importancia, como podrá percibirse la cuestión terminológica, la acción se puede confundir con la conducta, que cubre lo activo y lo omisivo; nosotros tomamos la voz acción en su expresión restringida, para referirla al hacer, en contra posición con el no hacer, que es la omisión; ambas son conducta, pero nuestra ley nos induce a aceptar la terminología por la que optamos ".⁷⁹

Para los efectos de la prescripción de la conducta activa como una manifestación de la conducta delictiva se integra de tres elementos el primero lo constituye la actividad misma, es decir el movimiento corporal el querer hacer algo, y que es perceptible por los sentidos, eliminando los pensamientos en términos de la acción, como dice Antolisei, " los

⁷⁸ Ibidem p. 129

⁷⁹ Ibidem p. 129

actos puramente internos, los actos que acaecen solamente dentro del ámbito de la conciencia y que no le interesan al Derecho Penal; no son punibles. ".⁸⁰

El segundo elemento lo constituye la voluntad que debe contener el movimiento corporal o la actividad desarrollada, sólo lo que es producto de la voluntad del sujeto; no se requiere que la voluntad valla encaminada a la realización del delito, por que ello impediría la aparición de las acciones culposas que se caracterizan por no pretender como finalidad delinquir. Este elemento ha sido expresado por Maurach quien dice que: " la distinción entre estas dos últimas categorías (lo doloso y lo culposo) está fundada no en el si concurre, sino solamente en el como concurre la dirección de la voluntad; mientras que en los hechos dolosos es el resultado desaprobado (típico o legal) lo que constituye el objeto de la manifestación de la voluntad, se caracterizan los hechos imprudentes por ser fenómenos desviados (pretensión final de un determinado resultado regularmente neutro para el derecho, y producción causal del evento legalmente desaprobado)".⁸¹

Como tercer elemento, aparece la modificación en el mundo preexistente, o sea el resultado que con motivo de la voluntad del sujeto la cual puede presentarse modificando materialmente las condiciones existentes o produciendo un estado de desprotección a un interés tutelado por la norma penal. Siendo conveniente citar lo expresado por Zaffaroni, quien indica que: " una afirmación, proveniente nada menos que de uno de los autores que coloca la piedra angular de la llamada teoría o concepto naturalístico (causalista) de la conducta, Liszt, nos parece incuestionable: es inherente a todo delito el requerimiento de un resultado. Si en lugar de Verbrechen (delito) decimos conducta, el acertó es irrefutable: cualquier movimiento de nuestro cuerpo tiene un resultado en el mundo físico. "⁸²

⁸⁰ ANTONIETTI, Francesco La acción y el resultado en el delito. Edit. Idca Mexicana México. 1959. p 26.

⁸¹ MAURACH, Reinhart Tratado de Derecho Penal. Edit. Bosh España. 1959 p 177

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Teoría del Delito. Edit. Ediar Argentina 1973 p. 107

Para efectos con la prescripción de la acción persecutoria tratándose de delitos de acción, es menester tomar como base de partida el nacimiento del derecho del Estado a la persecución del hecho concreto; o sea la prescripción comienza a correr a partir del momento de que puede ser ejercitada la acción penal, o resumiendo que es " al momento del nacimiento del derecho estatal para perseguir que se inicia el curso de la prescripción."⁸³

Como sabemos nuestra legislación acepta la teoría llamada unitaria, mixta o de la ubicuidad, que considera al delito cometido en el tiempo en que han tenido tanto verificativo la actividad y el resultado, de esta manera resulta que la facultad estatal para ejercitar la acción persecutoria nace con respecto a un hecho concreto cuando esta adquiere relevancia en el campo del derecho penal y esto ocurre al momento que aparece una conducta típica, mediante la cual se satisface los elementos propios de la conducta, incluyendo el resultado consistente en la afectación de un interés jurídicamente protegido por algún tipo penal. Esto significa que el resultado unido a la actividad es lo que da nacimiento a la acción persecutoria y base para el inicio del curso de la prescripción.

" Con lo que se ha expuesto, podemos ya entrar a una precisión del fenómeno de la prescripción de la acción persecutoria en los delitos o hechos, expresado esto con más propiedad, que se manifiestan activamente. La precisión sería formulada en los siguientes términos:

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

b) Cuando se ha realizado la conducta activa, integrada por los elementos enunciados (actividad, voluntad y resultado), nace el derecho del Estado para perseguir lo que se considera un hecho relevante.

⁸³ VILA FREVIÑO, Sergio Op Cit p 131

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

d) La relación conducta-tipo es la que da relevancia penal a un hecho concreto."¹⁴

Para efectos de la prescripción de una acción penal en relación a un hecho concreto que ha adquirido relevancia para el derecho penal, funciona tomando en consideración el tipo básico que haya sido afectado al producirse el resultado, sin tomar en consideración las calificativas del tipo penal, es decir, un tipo complementado, cualificado o agravado. Ósea, la prescripción se establece en razón de la relación conducta-hecho y que los elementos ajenos a ella no son tomados en consideración para efectos del fenómeno prescriptivo. En este sentido transcribimos las siguientes ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

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

Sexta Época. Segunda parte. Volumen XXV. Página 88. A.D. 552/59. Clemente Holguin Carmona. Mayoría 3 Votos. Volumen XLV. Página 59. a.C. 8793/60. Santos Rodríguez Marvel. Unanimidad 4 Votos.

PRESCRIPCION. El derecho que indica la prescripción de la acción penal es de que esta no se ejercite o no surta efectos en razón del tiempo transcurrido desde la comisión del delito: por tanto, la penalidad a que debe atenderse para decidir si ha prescrito o no una acción penal es la que fija la ley como correspondiente en abstracto, en modo alguno a la penalidad concreta que se llegue a imponer.

¹⁴ Ibidem p. 132

Sexta Época. Segunda parte. Volumen LVIII. Página 55. a.C. 4562/61. Gabriel Tarula Barrera. 5 Votos. "

Es el artículo 102 del Código Penal quien nos proporciona la pauta para el cómputo del término necesario para la prescripción de la acción persecutoria, por lo que se refiere a delitos en los que la conducta se manifiesta activamente.

En relación al numeral en cita, es el mismo quien nos confronta con tres hipótesis; la del delito consumado, la del llamado delito continuo y la de la tentativa. En los tres casos se presenta la conducta de una forma activa que se manifiesta en el mundo exterior; en materia de delitos consumados cuando se produce la conducta que da como resultado típico y es a partir de ese momento cuando se inicia el curso de la prescripción de la acción persecutoria. Para los delitos continuos la prescripción comienza a transcurrir a partir de que cesa la conducta típica y finalmente la tentativa punible será prescriptible a partir del momento del último acto de ejecución tendiente a crear un resultado externo y con consecuencias para el Derecho Penal.

B) Los delitos de omisión.

Como ya sabemos nuestra legislación penal persigue y sanciona los delitos que pueden manifestarse, en cuanto a la forma de la conducta, mediante una acción o una omisión. Como se desprende de la simple lectura del artículo 7 de nuestro Código Penal vigente en el Distrito Federal en materia de el fuero común y para toda la República en Materia Federal, por lo que de la definición legal deducimos que la conducta típica se puede manifestar indistintamente por una acción o por una omisión y que la ley a ambas formas de manifestación de la conducta la considere delitos.

" Siguiendo lineamientos dados por Jescheck, la búsqueda de ese concepto fundamental de conducta debe guiarse por cuatro ideas rectoras, que son: en primer término, que en el concepto dado puedan tener cabida todas las posibles formas de la conducta humana;

en segundo, que el concepto carezca de valoraciones en orden a la antijuricidad y a la culpabilidad; en tercero, que el propio concepto permita eliminar del ámbito penal, en forma radical, los comportamientos carentes de relevancia penal y, finalmente, que contenga cierto grado de concreción y que no sea una mera abstracción... podemos decir que la omisión es la conducta voluntaria, consistente en la inactividad, que produce un resultado. Se trata, en el caso, de un concepto puramente jurídico, dada la naturaleza jurídica del campo en el que se desenvuelve: destaca, por ende, la característica de voluntariedad que se ha incluido, ya que, como dice el propio Baumann, ' lo que no puede atribuirse de ningún modo a la voluntad humana no puede ser objeto de valoración penal.'⁸⁵

La manifestación de la voluntad de los delitos de omisión tiene una estructura parecida a los delitos de acción; ya que en ellos se manifiesta la voluntad libre y una actuación derivada de la misma. A mayor abundamiento podemos afirmar que la voluntad que adquiere relevancia penal para la conducta en los delitos de omisión es cuando el sujeto, pudiendo optar entre un hacer y un dejar de hacer algo omite el hacer al que esta obligado con una finalidad consiente o sea, que el sujeto tenga conciencia de que al dejar de hacer algo esta transgrediendo o lo que es lo mismo siendo contrario a la obligación legal de hacer ese algo de una manera consiente.

" El resultado que produce la conducta que se manifiesta mediante la inactividad ha sido, por su relación del concepto de la causalidad, uno de los problemas más arduos en la doctrina moderna. Dice Stratenwerth que 'la discusión, prolongada durante más de un siglo, y aun en modo alguno concluida, sobre si la omisión es, al igual que la acción activa, causal para el resultado penalmente relevante, habrá de pasar sin significación práctica. Sin mirar atrás si de una causalidad en la omisión se quiere hablar, queda como requisito decisivo la posibilidad de evitación del resultado, y en ello hay una causalidad hipotética no real'. Sin

⁸⁵ Ibidem p. 136

embargo, sea real (naturalística o hipotética) la causalidad en la omisión, siempre hay un resultado que es precisamente, el que da a la conducta omisiva su relevancia penal.¹⁸⁶

Como ya afirmamos cuando la conducta manifestada de una forma activa es cuando da inicio el curso de la prescripción y en materia de omisión esto ocurre cuando se ha integrado a la conducta el aspecto relativo a su tipicidad, es decir, cuando una conducta omisiva es típica. De esta forma creemos que la perseguibilidad de las omisiones en su justo lugar, es cuando les corresponde en función de la violación de un deber jurídico que se imponía al autor de la conducta la obligación de evitar un resultado típico, entendiendo de este concepto de resultado en una acepción amplia el resultado material (modificación del mundo material) y el jurídico (modificación del mundo jurídico) y quedan incluidas las dos formas de presentación de la omisión perseguible (comisión por omisión), que viola el autor de la conducta con la existencia previa de un deber jurídico.

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

La existencia de esta obligación implica la necesidad de una conducta activa que tiene que ser la idónea para no afectar un interés jurídicamente tutelado. Si se omite la conducta exigible, independientemente de cual sea la que se realice, aparece una omisión que adquiere relevancia penal al no evitarse el resultado típico. La formulación de este principio general no dispensa, del imperativo de averiguar, en cada caso particular, existencia y extensión del deber de acción, del deber de evitar el resultado. Nuestra legislación ha englobado a las omisiones en cuatro grandes grupos atendiendo a su fundamentación: la legal, la libre aceptación, por comunidades de vida y de peligro y por el hacer anterior.

¹⁸⁶ *Ibidem* p 137

La prescripción de la acción persecutoria de las conductas manifestadas omisivamente, es posible afirmar que la acción penal para perseguir una omisión nace cuando se viola el deber jurídico de evitar el resultado (material o jurídico) que el tipo penal particular imponía; en consecuencia, el curso de la prescripción se inicia también al sobrevenir el resultado atribuible a la conducta.

Por lo que se confirma de nueva cuenta la relación conducta-tipo que da nacimiento a la acción persecutoria, puesto que en delitos de omisión no es la omisión misma la que es perseguible, sino la vinculación entre ella y el resultado que produce al no acudirse a los medios idóneos par al evitación; cuando el deber jurídico consiste en evitar el resultado, si este sobreviene, ya sea por el dolo o por la culpa y en forma material o jurídica, es porque se ha violado la posición de garante que el sujeto tenía a su cargo. Al producirse el resultado, desaparece el deber de actuar, por que el tipo ha quedado satisfecho y la conducta (omisiva) que no evito el resultado sobrevenido se convierte en una conducta típica que, es perseguible por el Estado para efectos de su calificación.

" ...debe insistirse en que la conducta, sea cual fuere su forma de manifestación, adquiere relevancia penal al producirse el resultado típico y que ello obliga a adoptar criterios uniformes que no implican, en forma alguna la eliminación del análisis de cada caso particular, atendiendo al tipo que haya quedado satisfecho."⁸⁷.

C) Los delitos unisubsistentes.

Se denomina delitos unisubsistentes aquellos en los que la conducta queda agotada y consumada en un sólo acto. Para los efectos de la prescripción de la acción persecutoria en esta clase de delitos, debemos de estar a lo ordenado por el ya supracitado artículo 102 del Código Penal, cuando establece " los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito si fuere

⁸⁷ Ibidem p. 141

consumado ". de lo que se desprende una asociación que surge entre la consumación del delito y el inicio de la prescripción de la acción persecutoria.

De las características propias de los delitos unisubsistentes es que no se permite una división o fraccionamiento en el tiempo de la conducta que los identifica, ya que pueden manifestarse en orden a la conducta igual por medio de una acción o de una omisión, siempre y cuando no haya posibilidad de fraccionar la conducta, ya que la forma en que esta redactado el tipo permite al titular de la facultad decisoria resolver el momento de la consumación y agotamiento de la conducta.

Para la prescripción objeto de esta investigación la acción para perseguir los delitos unisubsistentes, el problema tiene una clara solución, ya que la conducta, manifestada típicamente en un solo acto, ya sea acción u omisión, coinciden con el nacimiento del derecho a la perseguibilidad y en ese mismo instante se inicia también el tiempo necesario para la operancia de la prescripción.

Si bien es cierto que nuestro Código Penal no contiene una regulación específica tratándose de los delitos unisubsistentes, también es cierto que de la simple lectura del artículo 102 del código en comento, que regula los términos para la prescripción de la acción penal " serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito "; como ya lo hemos afirmado y en ello no hay discrepancia a nivel doctrinario, el delito unisubsistente se consuma y agota en un solo acto, o sea, que es plenamente aplicable el numeral en cita, que maneja como punto de partida en el momento consumatorio; a mayor abundamiento se afirma lo anterior en virtud de que los delitos unisubsistentes no permiten la tentativa. esto implica que el delito unisubsistente sólo es presentable en la forma consumada, por tanto se aplica la perfección el principio regulador del artículo en cita, es decir que esta clase de delitos la acción persecutoria nace con el agotamiento y consumación de la conducta y con ella, también inicia su curso la prescripción.

D) Los delitos plurisubsistentes.

Esta clase de delitos se han definido como aquellos que se integran por una conducta que se manifiesta en actuaciones fraccionadas. Dice Porte Petit " que existe delito plurisubsistente " cuando se consuma (se refiere al delito) con varios actos... los actos constituyen la acción, o sea, en este caso la acción fue susceptible de fraccionamiento ".⁸⁸

En virtud de la forma especial como se manifiesta la conducta en los delitos plurisubsistentes, en relación con nuestra preocupación de determinar el momento que da inicio el curso de la prescripción de la acción persecutoria; si como se ha expuesto el delito plurisubsistente se caracteriza por estar la conducta integrada por varios actos, lo que debe precisarse, en cada caso, es si la perseguibilidad se refiere a los actos o a la conducta; por lo que respecta a nosotros consideramos que el derecho a la persecución nace cuando se integra una conducta típica, independientemente de la forma de presentación de la misma; lo anterior lo deducimos del razonamiento de que: el Derecho Penal tutela bienes o intereses jurídicos, y es hasta el momento en que el autor de la conducta afecte esos intereses jurídicos, es cuando nace el derecho del Estado a perseguir esa conducta. Debemos de reconocer, que la forma en que se encuentra redactado el tipo habrá de servir de base para la determinación de una conducta típica existente, de donde resulta que si el tipo aparece como descriptivo de una conducta plurisubsistente, éste adquirirá su integridad hasta que se haya producido la satisfacción del tipo particular.

Lo importante tratándose de los delitos plurisubsistentes se ubican en lo que ha expuesto Soler, en el sentido de que los " hechos (actos) integrantes de una sola figura no constituyen, a su vez, un delito autónomo ".⁸⁹ lo cual quiere decir que cada acto, visto

⁸⁸ PORTE PETIT, Celestino Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal. Edit. Harla S.A., México. 1980 p 233

⁸⁹ SOLER, Sebastián Derecho Penal Argentino. Tomo I. Edit. Tipográfica editora Argentina. Argentina. 1956. p 285

aisladamente. no es perseguible, sino que lo es sólo la reunión de todos ellos conforme al tipo particular.

De conformidad con lo antes señalado, la perseguibilidad de los delitos plurisubsistentes y consecuentemente el inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria se presentará hasta que la reunión de los actos integre la conducta típica.

El precepto rector de estas diversas situaciones que pueden presentarse en cuanto a los delitos plurisubsistentes en lo relativo a la prescripción de la acción para perseguirlos sigue siendo el artículo 102 del Código Penal, y será importante precisar si se trata de una conducta típica plenamente consumada o de una figura de tentativa, quedando ambas hipótesis incluidas en el texto del numeral en comento.

En este orden de ideas podemos afirmar que la prescripción inicia su curso tratándose de delitos plurisubsistentes en cuanto aparece integrada una conducta típica que es por típica perseguible, quedando a salvo los casos en los que no se llega a la consumación, pero que pueden significar una tentativa punible. En consecuencia, sigue latente en todo momento la relación entre la conducta típica y la perseguibilidad como base para el inicio del cómputo de la prescripción de la acción persecutoria.

E) Los delitos complejos.

Dice Pavón Vasconcelos que " el delito complejo se integra con varios hechos que si bien considerados en forma aislada se califican de delictuosos, para los efectos penales no son sino elementos constitutivos o meras circunstancias de agravación de un sólo delito "90.

Vela Treviño, citando a Ramieri apunta " que el concepto de delito complejo fue motivo de discrepancias doctrinarias, ya que en algunos casos se le asimilaba con el delito plurisubsistente y en otros con el delito progresivo; sin embargo, la incertidumbre de la

⁹⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Concurso aparente de normas. 4a Ed. Edit. Porrúa, S.A. México. 1994 p. 158

doctrina fue superada cuando el artículo 84 del Código Italiano definió el delito complejo diciendo que se presentaba:

"...cuando la ley considera como elementos constitutivos o como circunstancias agravantes de un sólo delito, hechos que por sí mismos serían delitos".⁹¹.

En materia de prescripción de la acción persecutoria, es manifiesta la importancia de saber si un delito es o no complejo, ya que si como se ha expuesto, vistas aisladamente las conductas que constituyen el delito complejo son calificables como delictuosos, los términos para el inicio del curso de la prescripción quedarían supeditadas a la naturaleza propia de cada uno de los delitos vistos en forma aislada; pero si se contemplan los supuestos desde la óptica del delito complejo, el inicio del curso de la prescripción será, necesariamente, coincidente, con la aparición de la figura compleja. En éste sentido veamos la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice:

" PRESCRIPCION. EN EL DELITO COMPLEJO NO PRESCRIBEN SEPARADAMENTE LAS ACCIONES DE LOS RESULTADOS LESIVOS. Cuando existe Acumulación de procesos seguidos inicialmente en forma separada contra un acusado por diversas infracciones consumadas, el interés social para que se sancione circunscribe a cada hecho y permite, por tanto, que separadamente prescriban las acciones penales correspondientes; pero ello no ocurre si en un sólo evento se realiza un delito complejo constituido por la lesión a diverso bienes jurídicos que aisladamente integran tipos delictivos, ya que en razón de la unicidad anímica de la gente se conjuntan para su persecución y castigo, toda vez que si fue un sólo evento, el interés social supervive para que se sancionen por la totalidad de los daños y no por uno de sus efectos lesivos. Como en el caso de un homicidio calificado con la concurrencia de asalto, robo e inhumación clandestina, no pueden prescribir separadamente las acciones penales correspondientes por motivo a que están ligadas al tema

⁹¹ VILA TRIVIÑO, Sergio Op Cit p. 158

del delito principal y este es el que rige para la operancia o improcedencia del fenómeno extintorio. Prescripción, extinción de la acción penal cuando no opera. Prescripción, interrupción de la, por presentación de la demanda.

Amparo Directo 1126/57. Rosendo González Cossio. Fallado el 21 de octubre de 1957, Unanimidad 4 Votos. Ponente Ministro González Bustamante. 1a. Sala. Informe 1957. pp. 37."

Es clara la posición que ha asumido nuestro más alto Tribunal para el tratamiento de los delitos complejos, ya que los ve como una sola unidad delictiva, integrada por conductas que son lesivas de varios bienes jurídicamente tutelados y que, atendiendo a la gravedad de la figura que se crea, debe merecer un mayor lapso del curso para la prescripción, contemplándose como figura rectora para estos efectos la compleja, con forme a la redacción del tipo y no a las varias que la integran como elementos concurrentes para la complejidad.

Estamos plenamente conscientes del hecho de que la regla general en materia de prescripción de la acción persecutoria parte de la base abstracta señalada en la ley para el caso de que se trata, sin considerar modalidades del mismo. Sin embargo, consideramos que, de conformidad con la definición de delito complejo que nos proporcionaron los autores citados al principio del presente apartado, hay ocasiones en que las circunstancias agravantes integran parte de la complejidad del delito que venimos tratando, puede parecer que en el caso hubiere una contradicción sustancial.

La Suprema Corte ha sostenido como regla general la siguiente:

" **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.** La prescripción de la acción penal, en delitos que ameriten pena de prisión, opera, en términos generales, tomando como base la sanción abstracta fijada por el legislador al delito de que se trate y no la específica señalada por el juzgador al delincuente, de acuerdo con las circunstancias concurrentes que

pueden disminuir aquella y aún rebasar el máximo de la misma, por circunstancias accesorias que agraven la penalidad.

AD 459/1961. Silvestre Barrientos. Unanimidad 5 Votos. 1a Sala. Boletín 1962. pp. 367."

" Consideramos que en realidad la aparente discrepancia no existe en el caso de los delitos complejos: lo que ocurre es que en estas figuras, la técnica legislativa ha creado la especial forma de presentación de los tipos de los delitos complejos, integrándolos con una conducta aparentemente autónoma y que vista aisladamente pudiera ser delictuosa, pero que en estricta interpretación es parte de una figura legal distinta, como lo es la del delito complejo. Por ello, la prescripción de la acción persecutoria tiene que tomar como base la unidad que surge de lo complejo del tipo y no de la que le proporciona una de las entidades integrantes de la complejidad típica."⁹²

F) Los delitos habituales.

Los llamados delitos habituales han sido definidos por Manzini como " aquellos cuya noción exige, como elemento constitutivo, la reiteración habitual o profesional de hechos que, tomados singularmente, no serían delitos, "⁹³. Se estima que el momento decisivo es aquel en que se realiza el último acto que completa la habitualidad exigida por la ley, para referirse a la integración del delito habitual.

En este tipo de delitos resalta un especial interés en cuanto se refiere a la prescripción de la acción para perseguirlos, ya que al componerse de varias conductas siempre será motivo de preocupación establecer cual es el momento preciso de su perseguibilidad. Si consideramos que el delito habitual es una fusión de hechos, ligados entre si por la intención del sujeto agente y que al igual que en otras figuras supracitadas, surge hasta el momento en

⁹² Ibidem p 161

⁹³ MANZINI Vincenzo Tratado del Derecho Penal. T II. Ediar Editores. Argentina. 1948. p.111.

que queda satisfecha la tipicidad de la conducta, siendo en este momento cuando inicie su curso la prescripción de la acción persecutoria.

" Los delitos llamados habituales consideramos que no permiten la forma de la tentativa punible de acuerdo con nuestro sistema penal, ya que en ellos el acto que reiteradamente se manifiesta implica la imposibilidad de fraccionar el *inter-criminis*; la consumación adquiere una especial forma de presentación por medio de la ficción de la ley, pero creemos que no es concebible que los actos constitutivos del delito puedan presentar, en caso de interrupción, una figura de tentativa de delito habitual, sino, si acaso, una figura típica diferente, o bien un caso de ausencia de tipo. Hemos mencionado por lo anterior, por que consideramos que en el artículo 102 del Código Penal es el que rige, el fenómeno de la prescripción de la acción persecutoria de los delitos habituales, pero referido el precepto solamente a la hipótesis del delito consumado, ya que no creemos en la existencia de tentativa de delitos habituales.⁹⁴

Desde nuestro punto de vista, el de mayor importancia para los efectos que venimos tratando es la cuestión en dar una connotación precisa del concepto de habitualidad, por ello lo primero es depurar terminológicamente el concepto en comento y partiendo de que en nuestra legislación en el artículo 21 del Código Penal hace referencia a la delincuencia habitual, cuando preceptúa:

" Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez años ".

Como podemos observar el concepto de habitualidad manejado como forma de la reincidencia se entiende establecido al sujeto (delincuente) y no al hecho (conducta); ya

⁹⁴ ALFARERVIÑO, Sergio. Op. cit. p. 163

que quien se vuelve reincidente es el sujeto, cuando incurre en tres conductas delictivas, dentro del plazo fijado por la ley, de la misma naturaleza y con ello la aplicación de un tratamiento especial respecto de las sanciones de conformidad con el artículo 65 del Código Penal. En tal virtud es diferente por lo que se refiere a la connotación de delitos habituales, que no es si no una de las formas en que los delitos pueden ser clasificados en orden a la conducta. La habitualidad para efectos de la clasificación del delito en orden a la conducta, es precisamente la reiteración de la conducta (dos o más hechos tipificados), que vistos aisladamente no constituyen delito.

5.- La prescripción de la acción persecutoria atendiendo a la clasificación de los delitos en orden al resultado.

En este apartado abordaremos la conducta, partiendo de la base aceptada entre nosotros en cuanto a que toda conducta para adquirir relevancia en el Derecho Penal, debe producir un resultado igual al tipo especial de que se trate.

En efecto, lo que nos importa es la clasificación de los delitos (conducta) en orden al resultado, por las implicaciones que ello tiene para la prescripción de la acción para perseguir las conductas relevantes. Toda vez que como ha afirmado Zaffaroni " la ley penal es la que asigna relevancia a un resultado y al nexo causal, porque la asocia a una conducta."⁹⁵. La clasificación que habremos de seguir en este apartado, tiene un fundamento lógico en lo siguiente: todos los delitos implican la existencia de un resultado material o jurídico, que establece la vinculación entre la conducta y el tipo y dota de relevancia jurídica-penal a determinados hechos.

Entre más nos profundicemos en el estudio de la fenomenología de la prescripción de la acción persecutoria, debemos de insistir en la relación que existe entre la

⁹⁵ ZAFFARONI, F. R. Teoría del Delito. Ediar Argentina 1973 p 110

conducta y el tipo y el nexu vinculatorio, que viene a ser el resultado, que sólo se entiende cuando se asocia a una figura especial de delito.

Esta vinculación determinada por la ley misma, ha permitido resolver en ciertos casos la relevancia e irrelevancia de algunas conductas que siendo aparentemente delictuosas, en algunos casos son punibles y en otros no. Por ejemplo el delito de atentado al pudor descrito por el artículo 260 del Código Penal y el adulterio a que se refiere el artículo 273 del mismo ordenamiento, ya que dichos delitos para ser punibles deben de haberse consumado, como lo ordena los artículos 271 y 275 de la ley que nos ocupa, ya que no habrá perseguibilidad, cuando no haya consumación.

A) Los delitos instantáneo.

La mayoría de los doctrinarios en materia penal coinciden, en que la conducta humana infringe la norma penal regularmente de dos formas a saber: de forma instantánea o permanente.

De forma instantánea se da, cuando el comportamiento humano, al mismo tiempo que viola la norma penal, destruye o disminuye el bien jurídico que la misma norma tutela, y en consecuencia actualiza las condiciones que producen la destrucción o disminución del bien jurídico, y en virtud de su naturaleza la conducta le resulta imposible prolongarse en el tiempo más haya de la afectación del bien jurídico que nos ocupa.

" Para claridad de la idea que se maneja en esta cuestión de la instantaneidad, se cita el caso del tipo de homicidio, en el que " la conducta de matar a otro que integra el delito de homicidio es de naturaleza instantánea, pues en el instante del ataque, violatorio de la norma penal que prohíbe matar, se destruye o se pone en función las condiciones que producen la destrucción del bien jurídico de la vida, sin que sea óbice para lo que se acaba de afirmar, que el ataque se integre por una serie de actos realizados en forma sucesiva. "96

⁹⁶ VILA FRI VIÑO, Sergio Op Cit p 168

La corte se ha expresado en relación a los delitos instantáneos de la siguiente manera:

" **DELITOS INSTANTÁNEOS.** Son aquellos cuya duración concluye en el momento mismo de perpetrarse, por que consienten en actos que, en cuanto son ejecutados, cesan por si mismos, sin poder prolongarse, como el homicidio, el incendio, las lesiones, etc.

Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo XXXI. Página 1709."

Con lo antes expuesto hasta este momento podemos afirmar que para la determinación de la existencia de un delito que pueda ser considerado como instantáneo, se requiere:

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

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

c) Consumación y agotamiento, que son igualmente instantáneos; la consumación se entiende como la correspondencia exacta y completa entre el hecho concreto y el tipo legal que lo describe. el agotamiento se da cuando la conducta particular de que se trata

produce las consecuencias que el tipo de que se trate ha previsto, sin posibilidad de extenderlas en atención a la naturaleza del bien tutelado en el propio tipo⁹⁷.

La relación que existe entre un delito instantáneo y la prescripción de la acción persecutoria es evidente; toda vez que hemos establecido en todo momento que el curso de la prescripción se inicia cuando nace la perseguibilidad de una conducta determinada, en el caso de los delitos instantáneo la perseguibilidad surgirá cuando se haya consumado y agotado la conducta típica y en ese preciso momento se iniciará el curso de la prescripción de la acción persecutoria en el caso particular.

Conforme a nuestro sistema legal, el artículo 102 del Código Penal en su primera hipótesis, es el rector en materia de prescripción de acción por lo que se refiere a delitos instantáneo. En virtud de que el delito instantáneo requiere la consumación y agotamiento de la conducta, y en ese momento da inicio el curso de la prescripción; atendiendo siempre a la forma en que aparece redactado el tipo en particular por que de ello se habrá de obtener la instantaneidad del delito del que se trate. Por ejemplo en materia de robo la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha manifestado en el siguiente sentido:

" ROBO CONSUMADO. Conforme a la teoría legal mexicana, si al agente se le sorprende en posesión de los efectos, aún cuando los abandone se tendrá por consumado el ilícito, siendo irrelevante que por esta situación el activo no alcance la finalidad perseguida con el delito, o que al sujeto pasivo no le cause perjuicio patrimonial. AD

882/1961. Emilio Martínez García. Resuelto el 18 de enero de 1962. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Sr. Mtro. Mercado Alarcon. Boletín de Información Judicial. 1962. Primera Sala. pp. 68."

" ROBO CONSUMADO Y ROBO AGOTADO. Confúndese con frecuencia el acto de consumación de un robo con su agotamiento, siendo que para el primero es

⁹⁷ Ibidem p. 169

suficiente la verificación de haber realizado la lesión patrimonial o mutación de la vida de relación, mediante el apoderamiento de la cosa ajena mueble contra la voluntad o en ausencia del consentimiento del titular. aun cuando después sea abandonada, en tanto que el agotamiento. al ser finalidad personal perseguida por el autor, no siempre se realiza, o se alcanza parcialmente o sobrepasando la intención de beneficio, dado que la ley establece que se dará por consumado el robo desde el momento en que el agente tiene en su poder la cosa aun cuando la abandone o lo desapoderen; en consecuencia, es punible la conducta del ladrón de un automóvil por el valor de este y no tan solo de los objetos que sustrajo de su interior. sin tener relevancia que a posteriori hay aducido que exclusivamente se lo llevó para apoderarse de los efectos.

A.D. 1094/59/ II. José Carlos Jiménez Palma. Fallado el 29 de abril de 1959. Por unanimidad de 4 votos. Ponente: Sr. Mtro. Mercado Alarcon. Informe de actividades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 1959. Primera Sala. Página 61.

B) Los delitos instantáneo con efectos permanentes.

Estos delitos instantáneos con efectos permanentes se presentan en los casos en que la duración de la conducta delictiva no puede considerarse como consumación, sino que existe un proceso de agotamiento instantáneo, pero donde perduran los efectos que se causan. En este mismo sentido Bettiol afirma que " no hay que confundir, sin embargo, el delito instantáneo con el permanente, cuando de uno de los primeros se derivan efectos que pueden considerarse permanentes en cuanto se prolongan en el tiempo. La lesión personal puede producir consecuencias lesivas para el organismo del sujeto pasivo; la usura, que se consuma en el momento en que se estipula el contrato usurario, continúa desarrollando sus efectos mientras esta en vigencia el interés usurario.

Por efecto se refiere a las consecuencias nocivas que pueden derivarse, pero no alcanzan a alterar la estructura en lo relativo a la instantaneidad de la consumación." ⁹⁸.

Como podemos observar este tipo de delitos que ahora analizamos, corresponden en su esencia a los delitos instantáneos, con la salvedad de que los efectos que producen la conducta perdura en el tiempo, más allá del acto de consumación y agotamiento. De lo anterior Porte Petit ha sostenido que " los elementos del delito instantáneo con efectos permanentes son: a) una conducta; b) una consumación y agotamiento instantáneo, y c) perdurabilidad del efecto producido. "⁹⁹

" En relación con nuestro tema de la prescripción, los delitos instantáneos con efectos permanentes no tienen diferencia con los solamente instantáneos; para clarificar la posición y justificar la afirmación, baste decir que la diferencia entre unos y otros delitos se encuentra en la perdurabilidad de los efectos que, como es natural, son posteriores a la realización de la conducta y a su consumación y agotamiento; significa esto que en los delitos instantáneos con efectos permanentes, hay una conducta típica, consumada y agotada, cuyos efectos permanecen en el tiempo. Si hemos considerado en todo momento que la perseguibilidad de un hecho determinado es consecuencia de que pueda ser calificado como conducta típica, es obvio que la duración en el efecto que la conducta produce es irrelevante para el inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria, ya que esto es contemporáneo de la perseguibilidad que, a su vez, proviene de la satisfacción de la tipicidad de la conducta." ¹⁰⁰

Debemos de tener en cuenta que la permanencia de los efectos que causa la conducta no altera en forma alguna la mecánica mediante la cual opera la perseguibilidad y por ende el curso de la prescripción de la acción persecutoria; como se advierte de la simple

⁹⁸ DE FIOCI, Giuseppe Derecho Penal, parte General. Edit Temis, Colombia 1965 p 471.

⁹⁹ PORTE PETIT, Celestino Programa de la Parte General del Derecho Penal Edit Porrúa, S.A México 1958 p 215

¹⁰⁰ ALFARERVIÑO, Sergio Op Cit p 176

lectura del principio regulador contenido en la primera hipótesis del artículo 102 de nuestro Código Penal.

Toda vez que tanto los delitos instantáneos como los delitos instantáneos con efectos permanentes; son regulados por el numeral en cita, ya que la conducta típica se surte, y por tanto es perseguible con independencia de la duración, ya que los efectos producidos como hemos sostenido en todo momento da inicio al curso de la prescripción de la acción persecutoria que es contemporáneo con el momento de la perseguibilidad ya sobrevenida. De lo anterior se infiere en cualquier alteración de la salud que el sujeto activo cause (conducta típica). por ejemplo en un delito de lesiones y no el efecto, que no es sino la consecuencia de la conducta y altamente trascendente para determinar la penalidad, pero ajeno a la perseguibilidad en abstracto. Lo que rige es la conducta típica y por ello, en materia de prescripción de la acción, la permanencia en los efectos queda relegada a un segundo término.

C) Los delitos permanentes.

Este tipo de delitos adquieren su denominación de la clasificación formulada por la doctrina, ya que, en nuestra legislación penal no encontramos dicha denominación.

" La verdad es que los doctrinariamente llamados delitos permanentes son los mismos que la ley penal denomina delitos continuos. Dice Pavón Vasconcelos que " frente al delito instantáneo se coloca al delito permanente, también llamado continuo o sucesivo." En este mismo sentido se ha expresado Porte Petit cuando afirma que las denominaciones de delito permanente o continuo son equivalentes, destacando en todo momento que esta identidad debe ser claramente entendida para evitar caer en la confusión de asimilar conceptualmente a los delitos permanentes o continuos con los continuados, que serían tratados por nosotros en orden a la prescripción en otra parte de este estudio y que son, obviamente, figuras técnicas diferentes."¹⁰¹

¹⁰¹ Ibid in p 178

La Corte, ha diferenciado adecuadamente al delito permanente del continuo, mediante la tesis que dice así:

" DELITO PERMANENTE Y DELITO CONTINUADO. La ley contiene la noción del delito permanente al hablar de la prolongación en el tiempo de la acción u omisión criminal, o sea el una persistencia en el resultado durante el cual el sujeto activo mantiene su voluntad delictiva y, por ende, la antijuricidad que es su consecuencia. Son ejemplos específicos el rapto y la privación ilegal de la libertad, en nuestro medio, o el secuestro y el plagio de otras legislaciones, y se opone a dicho concepto el del delito instantáneo, que termina con la producción del efecto como el robo, que se agota con el apoderamiento, el fraude, con la obtención del lucro, o el homicidio con la privación de la vida.

Amparo Directo. 4660/56. Beatriz Limón Vivanco. 4 de septiembre de 1957. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Juan José González Bustamante. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Volumen III. Segunda Parte. Página. 72."

Para el objeto de nuestro estudio, que es la prescripción de la acción persecutoria de los delitos permanentes adquiere relevancia la prolongación en el tiempo del momento consumativo, como se deduce del multicitado artículo 102 del Código Penal, que nos ordena que el término inicia su curso a partir de la cesación de la conducta típica continua o permanente. de donde se resalta el principio de la actividad antijurídica, por ejemplo en los delitos de la privación de la libertad y el rapto, y el fenómeno de la prescripción le es irrelevante la detención y el apoderamiento del sujeto pasivo respectivamente. por el contrario lo que se da como base para el inicio del curso de la prescripción, lo es la cesación de la comprensión antijurídica del bien jurídico afectado. En este sentido tanto la legislación como la doctrina son acordes y sostienen que en los delitos permanentes el término para que empiece a correr la prescripción es cuando cesa con el estado de consumación.

D) Los delitos de simple conducta o formales.

Este tipo de delitos, son denominados de forma distinta por la doctrina, ya que para algunas personas los llamados delitos de simple conducta o formales, por ejemplo para la doctrina alemana los denomina como delitos de actividad. Si tomamos en consideración que el objeto de este trabajo es determinar los problemas relativos a la prescripción de la acción persecutoria atendiendo a la clasificación de los delitos en orden al resultado, y es lo que nos permite ubicar a ciertos delitos en el grupo de los de simple conducta o formales.

Vela Treviño, citando a Cuello Calón nos dice que " delito formal es el que jurídicamente se consuma por el sólo hecho de la acción o de la omisión del culpable, sin que sea precisa la producción de un resultado externo ". De igual forma Mezger afirma que en los delitos de simple actividad se agota el tipo penal en el movimiento corporal del agente no siendo necesario un resultado externo. En este mismo orden de ideas se expresa Pavón Vasconcelos, cuando afirma " Sirvanos de ejemplo la postura de Maggiore cuando al referirse a los delitos sin resultado material, de simple acción o mera conducta, comienza por externar que naturaleza no es únicamente la materia sino todo lo exterior al espíritu y, por consecuencia, se le contraponen; de ahí considera correcto definir el resultado como cualquier cambio del mundo exterior, sin excluirse de él, en forma arbitraria al Derecho, por ser precisamente el mundo de la exterioridad, contrapuesto al mundo de la interioridad, propio de la moral; posición sui generis que involucra, dentro del concepto del resultado, la modificación de la acción del hombre en el ordenamiento jurídico, posición estrictamente naturalística, pero excluyente del contenido material como exclusivo del evento, estableciendo una diferencia de grado entre resultado material y resultado natural."

" Lo que quiere significarse con las citas precedentes es que los tipos tienen una elaboración determinada que les ha dado el legislador, en virtud de la cual, en algunos casos, no se requiere en forma precisa que para un hecho concreto pueda llegar a ser valorado como típico se haya de modificar sustancial y materialmente el mundo exterior; en otros casos, el

hecho mismo ha sido previsto en el tipo como necesariamente modificador de la realidad material preexistente. El resultado que la conducta produce es, en estas condiciones, puramente jurídico en el primer caso y eminentemente material en el segundo. Puede citarse como ejemplo de la primera hipótesis el delito de portación de arma prohibida que al producirse típicamente, en nada altera una realidad material preexistente; caso ejemplificador de la segunda hipótesis nos lo da, claramente, el delito de daño en propiedad ajena en el que si no se modifica dañando una cosa material, no podrá existir la figura jurídica."¹⁰²

Si los delitos formales quedan consumados por la simple realización de la conducta (activa u omisiva), descrita por el tipo, es nuestra obligación encuadrarlos y sometidos al tratamiento de delitos consumados; por no caber las hipótesis de la permanencia o de delitos continuos, toda vez que de la misma consumación coinciden con la realización de la conducta. Tampoco admiten la tentativa punible ya que para que se tipifiquen deben de consumarse jurídicamente. En este tipo de delitos formales siempre hay una idea que los gobierna, y es la consumación jurídica, independientemente del resultado material y esta consumación se da con la realización de la conducta descrita en el tipo.

Por lo antes expuesto y excluyendo dos de las hipótesis de las previstas por el artículo 102 del Código Penal, y tomando en consideración la referente a que el inicio del curso de la prescripción es a partir del día en que se cometió el delito, toda vez que como hemos afirmado nos encontramos en presencia de delitos consumados en todos los casos. Es la integración de la conducta típica, misma que ha sido prevista por el legislador como productora de un resultado jurídico.

E) Los delitos de resultado o materiales.

La ubicación para este tipo de delitos se encuentra, lógicamente en el resultado mismo que producen y las características propias del mismo resultado. ahora bien Fontán

¹⁰² Ibidem p 187

Balestra define a los delitos de resultado material como " aquellos para consumación se requiere un resultado distinto de la acción misma. Así, el perjuicio en la estafa, el daño en el cuerpo o en la salud, en las lesiones, etc." Maggiore, sostiene que " el delito material es el que no se consuma sino al verificarse el resultado material (por ejemplo, la muerte en el homicidio, el apoderarse de una cosa y el desapoderar de ella a su propietario en el hurto, el acoplamiento en la violencia carnal, etc.), de esta manera el mismo autor afirma que los llamados " delitos de resultado el tipo exige, además del movimiento corporal del agente, un resultado externo, en la inteligencia de que previamente ha definido el resultado como la total realización típica exterior que comprende tanto la conducta del agente como el resultado externo causado por ella, ejemplificando con el delito de homicidio en el que el resultado comprende desde la conducta de apuntar y halar el gatillo de un arma; el curso de la bala y el toque de ella en el cuerpo humano al que produce la muerte es ya un resultado externo. "

Es el artículo 102 en su primera hipótesis mediante la cual se fundamenta el inicio del curso de la acción persecutoria, atendiendo a que el delito que nos ocupa es de los llamados consumados, salvo los casos, de las figuras ordenadas para la tentativa punible. independientemente de lo previsto por el numeral en comento el criterio rector de la consumación como base para la operancia de la prescripción, en este mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en los siguientes términos:

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

Amparo Directo. 1670/53. Promovido por Lorenzo Anaya Apodaca. Unanimidad de 4 votos, ausente el Señor Ministro Olea y Leyva. Fallado el 24 de agosto de 1955. Ministro Ponente: Lic. Agustín Mercado Alarcon. Srio. Lic. Rubén Montes de Oca. 1a. Sala. Informe 1955, página 64."

F) Los delitos de lesión.

Esta clase de delitos, que también se llaman delitos de daño, son aquellos que requieren para que se tipifiquen una efectiva lesión del bien jurídicamente tutelado por el tipo. Dentro de las características de estos últimos y de los cuales se encuentran contenidos en la mayoría de los códigos penales, son aquellos que una vez consumados ocasionan un daño directo y efectivo en un bien jurídicamente protegido. En estos tipos se contiene una valoración que el órgano legislador referente a la necesidad y conveniencia de proteger determinados intereses que tienen relevancia tanto al Estado como a la sociedad; de ahí que podamos afirmar que todos y cada uno de los tipos penales que integran los códigos penales y leyes especiales pretenden tutelar los intereses jurídicos que cada uno de ellos presenta, mediante el Derecho Penal. Partiendo de esta base los intereses jurídicamente protegidos, por el tipo pueden afectarse en algunos casos mediante la conducta (activa u omisiva), que los dañe o lesione en forma directa y efectiva.

Para ejemplificarlos podemos tomar el homicidio, el daño en propiedad ajena, que al momento de consumarse afectan el bien jurídico de la vida o aquel que daña una cosa integrante de un patrimonio ajeno; y en ambos casos tanto la vida como el patrimonio se encuentran protegidos por el tipo penal correspondiente.

" En cuanto se refiere a la prescripción de la acción para perseguir esta clase de delitos y, más concretamente expuesto, el inicio del cómputo del término necesario para la prescripción, se toma a partir del momento consumativo. Destaca, en este aspecto, lo dicho por Puig Peña, en el sentido de que son delitos de lesión " los que una vez consumados ocasionan

un daño directo y efectivo en un bien jurídicamente protegido", ya que es clara la posición en cuanto a que los delitos de lesión son necesariamente consumados, por lo que nos permite ubicar la cuestión relativa al inicio del término para la prescripción en la primera de las hipótesis del artículo 102 del código penal que hemos transcrito en varias ocasiones anteriores.

Desde luego, hay que entender que los tipos de lesión o de daño corresponden a una forma especial de presentación de la conducta típica, lo que significa que normalmente son tipos consumados, pero ello no impide la presentación de la tentativa punible, que estará, como es natural, regida por otro principio normativo, en el que no se tome como punto de partida el momento de la consumación".¹⁰³

Debemos de tener en consideración para los efectos de la prescripción de la acción persecutoria que independientemente del grupo en el que pueda quedar incluido un delito determinado, hay una uniformidad del criterio que es el relativo a que la conducta punible debe de exteriorizarse y crear nuevas situaciones en la realidad social y sólo ahí es cuando comenzará a transcurrir el tiempo necesario para que opere el fenómeno de la prescripción.

G) Los delitos de peligro.

Este tipo de delitos son opuestos referente a los llamados delitos de lesión o de daño. son los delitos de peligro; ambos de daño y peligro, referidos a la afectación al interés jurídicamente protegido en el tipo penal.

En este sentido se ha manifestado diversos autores, por ejemplo tenemos a Carneluti quien sostiene que la distinción entre daño y peligro es bien obvia, y que de la misma se desprende que la noción de peligro puede considerarse establecida en la probabilidad del daño. Mientras que Mezger parte de la causalidad para llegar al concepto de peligro y sus alcances en el Derecho Penal, sostiene que la causalidad hace comprensible el concepto de

¹⁰³ *Ibid.*, en p. 192

peligro y la puesta en peligro de un bien jurídico por que " un determinado suceso puede, con arreglo a la general experiencia y a las concepciones de la vida practica, ser generalmente idóneo, para la producción de un resultado determinado, por más que esto no se haya producido en el caso concreto y esto puede revestir importancia jurídica... agregando: el concepto peligro significa la posibilidad inmediata, la probabilidad cognitiva de la producción de un determinado acontecimiento dañoso."

Por lo anterior podemos destacar que el interés del legislador, se centra en la necesidad de preservar los intereses protegidos por el tipo penal y por lo tanto hace que nazca los tipos de peligro, independientemente del daño que llegaren a producir. Ya que la simple puesta en peligro de los intereses jurídicamente tutelados, da a esas conductas, la clasificación de hecho delictuoso.

Este tipo de delitos se comete por el sólo hecho de incurrir en la conducta descrita, independientemente del resultado que pueda sobrevenir por que ese solo hecho ya crea un peligro común. No es posible en estos delitos la tentativa punible. Lo anterior con fundamento en el artículo 12 de nuestro código penal; ya que implica que en el *inter criminis* la voluntad del sujeto va orientada hacia un delito determinado; en los delitos de peligro por la especial configuración que les ha dado el legislador los mismos no producen daño, son por si mismos constitutivos de un tipo en el que la noción de peligro al que se ve sometido el bien jurídico crea una consumación típica.

" La desaparición de la tentativa punible en los delitos de peligro reduce la problemática de la norma aplicable a la prescripción de la acción persecutoria en estos delitos: no habiendo tentativa nos queda sólo la figura del delito consumado, de donde resulta que la hipótesis normativa aplicable es la contenida en el artículo 102 del código penal, referente a que el inicio del curso de la prescripción lo determina el día en que el delito (conducta típica) se cometió, por tratarse de delitos consumados.

El momento consumativo y, por ende, el inicio del concurso de la prescripción es contemporáneo con la realización de la conducta típica; al desplegarse una conducta, sea activa u omisiva, que trae como consecuencia la desprotección o peligro a un interés jurídicamente tutelado, se ha satisfecho la tipicidad y el hecho realizado es perseguible. No se escapa de estas manifestaciones que hacemos la posibilidad de que el delito de peligro pueda presentarse como figura permanente o continua, como es el caso de los delitos de omisión de cumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, en cuyo caso la prescripción de la acción persecutoria tiene que iniciar su curso a partir de la cesación de la conducta omisiva que pone en peligro el bien tutelado en el tipo.

6.- La prescripción de la acción persecutoria atendiendo a la clasificación de los delitos en orden al tipo.

Para que un hecho que ocurra en el mundo adquiera interés para el Derecho Penal, se debe de manifestar mediante una conducta atribuible a un sujeto que se encuentre sometido al imperio de las normas penales. Esa conducta debe de concurrir la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad, sólo entonces se podrá decir que existe un delito.

La Corte se ha manifestado en el sentido de que de la sospecha de delito surge la acción penal que al ser ejercida por el Ministerio Público se obtiene la tipicidad. Por ello debemos de estar de acuerdo con lo afirmado por Jiménez Huerta en el sentido de que " las figuras típicas son los marcos que delimitan los hechos punibles y los pórticos de entrada a sus territorios profundos, ya que los tipos penales llevan con sígo la descripción de las conductas que el legislador, en su soberanía, ha valorado como prohibidas por ser afectadoras de los intereses jurídicos trascendentes y que en cada caso se encuentran incluidos en el tipo particular."

Es el propio tipo el que marca y delimita los límites entre lo prohibido y lo permitido ya que da la pauta para penetrar a la antijuricidad tipificada.

A) Clasificación de los delitos en orden al tipo, atendiendo a su ordenación metodológica.

En la mayoría de los códigos penales, que algunos autores llaman catálogos de tipos, para hacer referencia que en ellos se encuentran los tipos que el legislador con base en sus facultades constitucionales ha elaborado en figuras de delito, no obstante la agrupación primaria (códigos penales), y la evolución que ha sufrido nuestra sociedad se ha dado una tendencia muy fuerte de tipificar delitos en leyes especiales verbigracia la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, el Código Fiscal de la Federación, la Ley Federal de Derechos de Autor, etc. No obstante ello la creación legislativa siempre se ha guiado por el método mediante el cual ha ido ordenando las figuras delictivas atendiendo al bien jurídicamente tutelado. Así tenemos: " delitos contra la humanidad, contra la seguridad pública, en materia de vías de comunicación, contra la autoridad, contra la salud, contra la vida y la integridad corporal.

En las últimas legislaciones la determinación de los títulos que integran los tipos de delitos particulares, y se van agrupando según el bien que jurídicamente se intenta proteger y bajo la denominación de el se agrupan los tipos delictivos que conculcan ese propio bien, como ya quedo asentado. Ahora bien esta agrupación de delitos bajo el mismo título esta en razón y proporción a la similitud que entre ellos se presenta cuando se viola un determinado bien jurídico.

El fenómeno de la prescripción de la acción persecutoria se encuentra íntimamente ligada a la forma de presentación del tipo, como ya hemos apuntado en diversas situaciones, con la aparición del hecho típico que a su vez implica la sospecha de un delito y en ese momento surge el ejercicio de la acción persecutoria; cuya finalidad en definitiva mediante la fuerza de la verdad legal es llegar a la conclusión de que ese hecho determinado y

su autor son o no calificables la primera como delito y su autor como delincuente respectivamente.

Motivo por el cual en este momento corresponde a nuestra investigación clasificar a los tipos en tres grupos: tipos básicos, especiales y complementados, con agravantes y con atenuantes.

a) Los tipos básicos. Se ha sostenido que este tipo de delitos, son aquellas conductas que con cualquier lesión que se cause a un determinado bien jurídicamente tutelado es más que suficiente para integrar un delito. De estos tipos básicos podemos hablar del homicidio a que se refiere el artículo 302, el robo descrito por el artículo 367 y el fraude genérico que se contiene en el artículo 386 del Código Penal. " En cada uno de estas figuras típicas, al lesionarse el interés jurídicamente protegido, se integra el hecho que resulta relevante y que motiva la necesidad de su determinación en orden a su calidad, o en su caso falta de calidad delictuosa. No debe pasar inadvertida la mecánica tendente a la clasificación: el tipo, una vez surtido, crea la presunción de estar frente a un delito; pero será en definitiva en una sentencia donde habrá de resolverse al respecto, ya que el fenómeno de la subsunción de la conducta al tipo tan sólo crea la tipicidad, quedando aún pendientes de ser satisfechos los otros elementos integrantes del delito." ¹⁰⁴.

En cuanto se refiere a la prescripción de la acción persecutoria, el tipo básico, debe necesariamente lesionar algún interés jurídicamente protegido, motivo por el cual para que opere el fenómeno de la prescripción el delito debe consumarse y se actualiza la hipótesis contenida en el artículo 102 del Código Penal; o sea que al ocurrir la lesión y consumarse el tipo, se inicia el curso del tiempo necesario para que opere la prescripción de la acción persecutoria. A mayor abundamiento, a continuación citaremos el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación donde se expresa con referencia al tipo llamado básico, y que dice así:

¹⁰⁴ Ibidem p 202

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

A.D. 1670/53. Lorenzo Anaya Apodaca. Unanimidad de 4 Votos, ausente el señor Ministro Olea Leyva. Fallado el 24 de agosto de 1955. Ministro Ponente: Lic. Agustín Mercado Alarcon. Srio. Lic. Rubén Montes de Oca. 1a. Sala. Informe 1955, página 64. "

Como podemos observar en la parte final de la tesis transcrita, se hace hincapié del tipo delictivo agotado y que es a partir de su consumación lo que motiva la acción persecutoria. Asimismo se hace especial referencia a que opera la prescripción y esta se encuentra directamente relacionada con la sanción aplicable con su media aritmética. Es decir la suma del mínimo y máximo de la pena probable, dividida en tres dos.

b) Los tipos especiales. La doctrina considera como tipos especiales aquellos que tutelan un bien jurídico ya protegido por un tipo básico, trayendo como consecuencia establecida en la ley un aumento o una disminución de la antijuricidad de la conducta tipificada. Y en este sentido se pueden presentar dos diferentes casos de tipos especiales el primero que aparece cuando la ley en forma expresa establece un tratamiento más grave en orden a la penalidad y se le denomina tipo especial agravado y el segundo en contraposición, es aquel que la ley señala una penalidad inferior y se le denomina tipo especial privilegiado.

Para la mejor comprensión de esta clasificación, debemos de tener en cuenta que la parición de un tipo especial sea gravado o privilegiado, se excluye la aplicación del tipo básico, no importando que en las hipótesis legislativas la tutela penal contenidas en los tipos se refiera a delitos que tutelan el mismo bien jurídico; como ejemplo podemos hablar del

homicidio simple regulado por el artículo 307, a cuyo autor se le impondrá una pena de ocho a veinte años de prisión, mientras que el parricidio como tipo especialmente agravado es sancionado con una pena de diez a cuarenta años como se desprende del artículo 323, ambos del Código Penal para el Distrito Federal, en ambos tipos el bien jurídicamente tutelado es la vida.

En este mismo orden de ideas un ejemplo de lo que vendría a ser un tipo básico privilegiado vendría a ser la segunda hipótesis contenida en el artículo 308 de la ley en comento, o sea el homicidio cometido en duelo y que al autor una pena de dos a ocho años de prisión, podemos ver que en el caso que nos ocupa el bien jurídicamente tutelado sigue siendo la vida, con una variación en la pena aplicable al delito que nos ocupa. Y para todos ellos la prescripción de la acción persecutoria comienza a partir del momento en que los homicidios se consumaron.

No podemos dejar de asentar en este sentido, que las modalidades que agravan o privilegian a los tipos analizados, serán el resultado de la secuela procesal y en la resolución de los mismos (sentencias) se impondrán las sanciones aplicables al caso concreto.

B) Clasificación de los delitos en orden al tipo, atendiendo al alcance y sentido de la tutela penal.

" En la actualidad, como dice Roxin, " en la teoría del tipo ocupa un lugar prominente la interpretación con forme al bien jurídicamente protegido ", ya que no existe la menor duda en cuanto a que inmerso en cada tipo penal creado por el legislados hay un bien o interés jurídico que la sociedad considera digno de la especial tutela que brinda el Derecho Penal. Desde el momento mismo en que el tipo adquiere vida al entrar en vigor la ley que lo contenga, un bien socialmente valioso es elevado al rango de interés jurídico penal, al quedar incluido en el tipo de que se trate.

Los tipos por otra parte, son portadores de una hipótesis general, que describe la forma como la conducta del sometido al imperio de la norma puede afectar el interés jurídico protegido en el propio tipo; es decir, que el legislador, consciente del valor del principio "*nullum crimen sine lege*", hace la descripción de la conducta punible en forma tal que queden incluidos en el tipo todos los comportamientos que la ley no desea se produzcan.

En esta forma y atendiendo a la naturaleza del interés jurídico, " el legislador, en su tarea de acuñar figuras típicas, no solo toma en consideración aquellas conductas productoras de un daño para el objeto material u objeto del ataque en que encarna el bien jurídicamente protegido, sino también aquellas otras que implican la probabilidad de que dichos objetos puedan ser dañados, pues la común experiencia y los conocimientos de la vida práctica revelan en forma inequívoca la existencia de conductas proclives a la causación de un resultado dañoso. "105.

Para efectos del estudio nuestro referente a las implicaciones que en cuanto al curso del tiempo necesario para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria puede tener el hecho de que el tipo, independientemente de que sea de daño o de peligro debe de tomarse en cuenta la conducta que es el motivo del proceso lógico de subsunción, o sea, la adecuación típica, por la relación que implica entre conducta y el tipo. En este sentido como se ha expresado con claridad Jiménez Huerta, " el concepto de adecuación típica presupone un tipo lógico, en el que se afirma que la premisa histórica, esto es, la conducta humana, esta contenida o subsumida en la premisa legal, es decir, en la figura típica que en cada caso entra en función. " 106.

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

¹⁰⁵ Ibidem p 225

¹⁰⁶ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano Derecho Penal Mexicano, Tomo I. Edit Porrúa, S.A México, 1972 p 183

Debemos de entender por tipos de daño aquellos para cuya perfección jurídica es menester que el bien jurídicamente tutelado sea destruido o en alguna forma disminuido. Por tanto la afectación por daño al bien tutelado por el tipo es al mismo tiempo con la adecuación típica y en ese momento opera el proceso de subsunción por el cual la conducta se encuentra adecuada con la hipótesis referida en el tipo y el bien jurídico tutelado se daña, y estaremos en presencia de un tipo de daño.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 105 de nuestro Código Penal, el cómputo del tiempo necesario para la prescripción de la acción persecutoria proviene de la penalidad señalada para el delito (tipo) de que se trate; los tipos de daño necesariamente deben de ser consumados ya que la aparición de la adecuación típica aparece cuando se da el resultado de destrucción o disminución del bien del que se trate, por lo que intuimos que para efectos de la prescripción de la acción persecutoria esta debe darse en términos de la primera hipótesis consignada en el artículo 102 de la ley en comento, que nos ordena que los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito si fuere consumado.

Para los efectos de la prescripción debe de quedar satisfecha la relación conducta tipo y en este sentido nuestro más alto tribunal se ha manifestado en los siguientes términos:

" **ACCION PENAL, SU EXISTENCIA.** El Ministerio Público, en cumplimiento constitucional de su contenido, acude a los Tribunales ejercitando la acción penal en su fase persecutoria, consignando hechos que estima punibles, no importa que señale tal o cual delito o determine nombre o nombres indicados y corresponde al Organismo Jurisdiccional clasificar legalmente al tipo.

A.D. 489/60. 1a. Pedro Torrea Botello. 24 de octubre de 1960. Unanimidad de 4 Votos. Ponente: Ministro Agustín Mercado Alarcon. Secretario Lic. Ignacio Cal y Mayor. 1a. Sala. Informe 1960. Página 17. "

Como podemos observar de la tesis antes transcrita es facultad en última instancia del Organó Jurisdiccional de cambiar la clasificación hecha previamente por el Ministerio Público; no con esto queremos decir que el propio órgano de persecución no pueda clasificar tal o cual delito, toda vez que siempre lo hace, al ejercitar la acción penal en la fase persecutoria. Por lo que respecta a los tipos de daño ambos órganos se encuentran facultados para fijar entre otras cosas lo relativo al curso de la prescripción; si tomamos en consideración que la acción persecutoria es consecuencia de hechos ciertos, una vez valorados.

" La mayoría de los tipos contenidos en el Código Penal corresponden en su clasificación a los tipos de daño, situación que mencionaremos para descartar la importancia que tiene el conocimiento del inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria en los de su clase. En efecto, por las consecuencias extintivas de la pretensión punitiva que lleva consigo la operancia de la prescripción, es conveniente tener siempre la idea exacta del momento en que pueda haberse iniciado el curso de la prescripción, tanto por el titular de la acción persecutoria, cuanto por el juzgador, quien conforme a la ley debe declararla de oficio en el momento en que se percate de que ha funcionado la prescripción y, además, por el propio inculpado y su defensor, los que por razones de seguridad jurídica serán los más interesados en el mejor conocimiento del fenómeno. " ¹⁰⁷.

b) La prescripción de la acción persecutoria tratándose de tipos de peligro.

" Ratiglia, citado por Jiménez Huerta afirma que en los delitos de peligro " el legislador transfiere el momento consumativo del delito, de aquel de la lesión a aquel de la

¹⁰⁷ VILA TREVIÑO, Sergio. Op. Cit. p. 227

amenaza, y considera perfecto el delito en el momento en que el bien o interés penalmente tutelado se encuentra en una condición objetiva de probable lesión. "

Como es preceptible, hay una substancial modificación en la estructura del tipo de peligro, en comparación con el de daño, puesto que mientras este último requiere para su perfeccionamiento una verdadera alteración en el interés o bien jurídicamente tutelado, en el primero, tal requerimiento no existe, sino que basta que un bien, tutelado típicamente, quede expuesto a una posible lesión para que el tipo quede perfeccionado. Esto en razón de que, como lo dice con certeza el propio Jiménez Huerta, razones " de política criminal por el propósito de reforzar la protección jurídica impelen frecuentemente al legislador al crear concretos tipos de peligro, en orden a algunos intereses jurídicos en los que su fundamental trascendencia para la vida de relación o su vulnerabilidad puesta de relieve por la potencial intensidad o extensibilidad lesiva de los medios que puedan atacarlos, hace necesario o conveniente protegerlos específicamente frente a estos riesgos o amenazas. " ¹⁰⁸.

Este tipo de delitos para los efectos de la prescripción se consideran perfectos desde el momento en que el bien o interés jurídico queda expuesto al peligro. Esto significa que el momento consumativo efectivamente aparece al surgir el peligro o crearse la desprotección. lo que nos lleva por razón natural a fijar que el fenómeno de la prescripción en esta clase de tipos se encuentra regulada por la hipótesis del multicitado artículo 102, que ordena que se contará desde el día en que se cometió el delito si fuere consumado. Esta consumación debe coincidir con la exposición al peligro, y en ese momento se da la adecuación entre la conducta y el tipo de peligro.

En consecuencia en el momento en que nace el Derecho del Estado. Debemos de tener en estos tipos bien claro las descripciones de peligro efectivo y peligro presunto: ya

¹⁰⁸ *Ibidem* p. 228

que de la adecuación típica viene a precisar el momento consumativo de la conducta y en consecuencia a fijar el inicio del curso de la prescripción, según se manifiesta el peligro.

" Dice Antolisei que " el peligro efectivo consiste en la probabilidad de un resultado dañoso (en sentido estricto), o sea, de un resultado lesivo para el interés ". En estos tipos de peligro efectivo se requiere para su cabal integración la prueba de la exposición al peligro del interés jurídicamente protegido ".¹⁰⁹. Como ejemplo de tipos de peligro efectivo, podemos citar el peligro de contagio a que se refiere el artículo 199 bis del Código Penal; que a la letra dice:

" El que a sabiendas de que esta enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa..." .

De la anterior transcripción, deducimos que para los casos de tipo de peligro efectivo, y en consecuencia el inicio del curso del tiempo necesario para la operancia de la prescripción depende, naturalmente de la completa y total satisfacción del tipo que sólo podrá darse cuando se acredite que efectivamente hubo una real exposición al peligro del bien jurídicamente tutelado. En consecuencia para el caso del numeral en cita si el sujeto activo del delito desconocía la posibilidad de contagio del mal transmisible; no es posible la tipicidad necesaria y en consecuencia el juicio de reproche que le asiste al Estado no se actualiza, por la no satisfacción del tipo.

Quede ahí, nuestro comentario al respecto toda vez que la investigación que nos ocupa no se refiere a la tipicidad de los diferentes tipos aquí tratados, pero no podemos dejar pasar el comentario en el sentido de que el Estado tiene la obligación de tipificar la conducta

¹⁰⁹ ANTOLISEI, Francesco La acción y el Resultado en el Delito. Edit. Jurídica Mexicana. México 1959 p 201

de sus gobernados y hecho que haya sido, perseguirlos ejerciendo las acciones penales correspondientes.

Ahora bien, por lo que respecta al denominado peligro presunto y al decir del propio Antolisei " es en el que se presume un peligro con una presunción que no admite prueba en contra, o sea que es la propia ley la que valora como peligrosa una determinada conducta y no permite la prueba que pudiera acreditar que no hubo peligro real para el bien tutelado por el tipo. " ¹¹⁰.

Como ejemplo del tipo de delitos de peligro presunto podemos citar el que se refiere al abandono de persona, sea niño incapaz o persona enferma a que se refiere el artículo 335 de nuestro Código Penal. En dicha disposición se castiga la conducta de abandonar al menor incapaz o al enfermo, existiendo la obligación de cuidarlos y es aquí donde se da la figura del peligro presunto, que se tipifica por el simple abandono; sin necesidad de que los pasivos (menor incapaz o enfermo), se encuentren en peligro.

Por lo que respecta al curso de la prescripción de la acción para perseguir los tipos que nos ocupan se encuadra dentro del supuesto contenido en el artículo 102, primera hipótesis ya que inferimos nos encontramos en presencia de delitos que deben de ser consumados para que opere la misma. Ya que es hasta el momento de la exposición al peligro o de la desprotección cuando se adecua la tipificación y en consecuencia el principio de la prescripción de la acción persecutoria.

C) Clasificación de los delitos en orden al tipo, atendiendo a la unidad o pluralidad de bienes tutelados.

Para este tipo de delitos el criterio utilizado para su clasificación parte del principio de que todos los tipos llevan consigo la tutela de bienes jurídicos, siendo valido en este criterio la opinión vertida por Carrara quien no se refirió expresamente al interés

¹¹⁰ Ibidem p 204

protegido, si no al Derecho Lesionado, quien manifestó que: " los delitos se pueden distinguir en simples y complejos y que se llaman simples los que lesionan un sólo derecho y complejos los que violan más de un derecho. " ¹¹¹.

Ya en tiempos más recientes Jiménez Huerta indica respecto a la clasificación de los delitos en orden al tipo que " los tipos de delitos que tutelan un sólo bien jurídico se denominan simples y complejos, los que tutelan dos o más bienes jurídicos. " ¹¹². Para ejemplificar a los llamados delitos simples podemos señalar al homicidio consagrado en el artículo 302 del Código Penal; en donde el bien jurídicamente tutelado es la vida, no necesitando mayor explicación. En este mismo orden de ideas en lo referente a delitos complejos podemos citar el daño a la propiedad ajena, a que se refiere el artículo 397 del ordenamiento en cita, donde se protegen a las personas en su patrimonio, y por la enumeración de los medios comisivos a que se refiere dicho numeral (incendio, inundación, explosión, etc.). se tutela de igual forma la seguridad pública.

En este sentido y tomando en consideración las cuestiones relativas a la prescripción de la acción persecutoria en los tipos de delito, lo haremos tomando en consideración la simplicidad o complejidad de los tipos correspondientes. Para los tipos simples, no existe mayor problema para determinar el inicio de la prescripción que será en el momento mismo cuando se afecte el bien jurídicamente tutelado. Para los tipos complejos, en lo referente a la prescripción será necesario probar por medio de la adecuación típica la afectación de uno o más de los bienes tutelados en los mismos. En consecuencia del examen realizado al artículo 102 de la ley en cita la prescripción para este tipo de delitos se pueden encuadrar dentro de las cuatro hipótesis que contempla el numeral en comento.

7.- El curso total del tiempo necesario para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria.

¹¹¹ BICCARRIA, Cesar Tratados de los Delitos y de las Penas, 6a Edición Edit. Porrúa, S.A México, 1995 p.35.

¹¹² JIMÉNEZ HUERTA, Mariano Op. Cit. p. 179

Para la operancia de la prescripción debemos de tener bien claro el tiempo de inicio y el tiempo cuando finaliza, en virtud de que la misma es una creación del hombre, y para poderle dar validez en el mundo del Derecho debe de contar con un espacio temporal limitado, por las normas jurídicas aplicables. En el desarrollo de la presente investigación nos hemos concretado a estudiar este fenómeno jurídico tomando en consideración la conducta y la tipicidad y la manera en que opera la prescripción de la acción persecutoria. Asimismo en el presente apartado estudiaremos el tiempo necesario del fenómeno de la prescripción, hasta que llega a producirse el efecto que la caracteriza, o sea, cuando el Estado se encuentra legalmente impedido para perseguir un hecho con apariencia delictuosa y en consecuencia se ve impedido de calificar definitivamente si el mismo es o no un delito y si la persona que realizó la conducta es o no delincuente. Debemos de poner especial énfasis, en que operando la prescripción, el Estado ya no califica y en consecuencia resuelve sobre la naturaleza de la conducta y la calidad de las personas que la realizaron; simplemente se produce una nueva situación jurídica en la que el hecho y el autor quedan sin una resolución con fuerza definitiva, no es óbice que por otra vía se logre el resarcimiento del bien jurídicamente tutelado y que haya sido violado, y se reivindique ante otra jurisdicción estatal no penal y obtener una calificación como hecho ilícito con todas y cada una de las consecuencias legales que trae aparejada dicha situación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha manifestado a este respecto en los siguientes términos:

" PRESCRIPCION. LA ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROVENIENTE DE ACTOS ILICITOS QUE CONSTITUYAN DELITOS, PRESCRIBEN EN DIEZ AÑOS CONTADOS DESDE QUE LA OBLIGACION RESPECTIVA PUDO EXIGIRSE. Para determinar el plazo en que opera la prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad civil proveniente de actos ilícitos delictuosos, debe

tenerse en consideración lo que establece al respecto el Código Civil. El artículo 1159 dispone: " Fuera de los de excepción, se necesita el lapso de diez años, contados desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho a pedir su cumplimiento ", y el artículo 1161 señala : " prescriben en dos años: ... V. La responsabilidad civil proveniente de actos ilícitos que no constituyan delitos. La prescripción corre desde el día en que se verifican los actos.". Ambos preceptos se encuentran dentro del capítulo " De la prescripción negativa ". Más adelante, en el capítulo " De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos ", el artículo 1934 expresa: " La acción para exigir la reparación de los daños causados en los términos del presente capítulo, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño.". A.D. 7556/1966. Sucesión de José García Fernández. Abril 14 de 1971. Unanimidad. Ponente: Mtro. Alfonso López Aparicio. Sala Auxiliar. Séptima Epoca. Volumen 28. Séptima Parte. Página 67. ".

Ahora bien, frente a la generalidad del artículo 1934 están los artículos 1161, fracción V, y 1159 antes transcritos y que, aunque a primera vista pudieran parecer en desacuerdo con aquel precepto, vienen a complementarse para establecer un sistema armónico, que es el que debe privar en la ley y en su recta interpretación. Es sabido que los dispositivos legales deben interpretarse conforme a las reglas de la hermenéutica jurídica, en forma tal que todos puedan tener aplicación, por que para ello fueron dictados por el legislador. De acuerdo con lo anterior, se observa que dentro del género " actos ilícitos " están comprendidos los que constituyen una de sus especies: los actos ilícitos delictuosos, penales o simplemente delitos; lo releva la redacción misma del artículo 1161, cuando en su fracción V habla de ilicitudes que no constituyen delitos. Pero debe observarse, asimismo, que mientras todo delito constituye un acto ilícito, la afirmación contraria no es exacta, pues, se repite, el género es el acto ilícito y la especie el delito. La disposición clara del artículo 1161, fracción V, dispone, por una parte, la confirmación del artículo 1934 respecto a que el término para la prescripción de la acción que

deriva de los actos ilícitos, en general es de dos años; pero, por otra parte, viene a establecer también la excepción a dicha regla, ya que expresamente señala como caso especial sustraído a la regla, del artículo 1934, el de los actos ilícitos delictuosos, ya que justamente la fracción V ordena que se trate de actos ilícitos " que no constituyan delitos ". Luego, a contrario sensu, esta fracción dispone que no prescriben en dos años la acción derivada de actos ilícitos delictuosos.

" Lo que quiere destacarse es que la prescripción de la acción persecutoria esta limitada a la calificación final y definitiva del hecho, en orden a si constituyó un delito y, en su caso, a lo relativo al autor; pero que si por medio de un sistema normativo diferente del penal puede obtenerse su calificación acerca de si es o no un hecho ilícito, esto último no implica en forma alguna que se alteren los principios de la prescripción en materia penal; en efecto, lo delictuoso sólo puede ser resuelto conforme a las normas penales y si la prescripción ha operado, desaparece tal posibilidad; pero puede quedar expedita la posibilidad de acudir a un sistema diferente, ajeno al penal y del que, si bien pueden extraerse consecuencias de derecho, nunca podrá llegarse a la resolución en orden al binomio delito-delincuente." ¹¹³.

A) Presupuesto para el inicio del curso de la prescripción.

Hemos venido manifestando reiteradamente durante la presente investigación que el inicio del curso de la acción persecutoria surge en el mismo momento en que nace el derecho del Estado a la persecución del hecho con características de delito. En este mismo sentido se ha manifestado Welzel, cuando expone que " la prescripción puede empezar a correr a partir del momento en que habria podido ser ejercida la acción penal ".¹¹⁴.

Con el objeto de que el cómputo que se tenga que realizar sea ajustado a derecho, es necesario precisar que el inicio del curso de la prescripción es a partir de que tal

¹¹³ VILA TRIVIÑO, Sergio Op. Cit. p.p. 235-236

¹¹⁴ WELZEL, Hans Derecho Penal, Parte General, Roque de Palma Edit. Argentina 1956 p. 256

derecho es ejercitable por el Estado. Lo anterior tiene su fundamento en lo preceptuado en los artículos 102, 107 y 110 todos ellos del Código Penal, y en los cuales se afirma con precisión que el inicio del transcurso de la prescripción de la acción persecutoria es a partir del día en que hayan acontecido los hechos previstos por las normas aplicables. " Así, el 102 se refiere a que los términos para la prescripción serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito si fuere consumado, desde que cesó si fuere " continuo " o desde el día en que se hubiere realizado el último acto de ejecución cuando se trata de tentativa; por su parte, el 107, que se refiere a la prescripción de la acción en materia de delitos de querrela, indica que el término será de un año, contado a partir del día en que la parte ofendida haya tenido conocimiento del delito y del delincuente y en tres años, independientemente de esta circunstancia; finalmente el 110 que menciona las causas de interrupción del curso de la prescripción, concluye diciendo que " si se dejare de actuar, la prescripción comenzará de nuevo desde el día siguiente de la última diligencia ". Todas las hipótesis se refieren a la posibilidad de ejercer el derecho a la acción.

No hay la menor duda, creemos nosotros, de que en los casos de prescripción se esta ante un término computable por días naturales y nunca de momento a momento. En consecuencia, es válido sostener que el inicio del curso de la prescripción se toma a partir del día en que el Estado adquiere el derecho a la persecución de un caso concreto.

B) Regla general para determinar el tiempo necesario para la operancia de la prescripción.

La regla general para determinar la prescripción de la acción persecutoria, o sea el tiempo necesario que debe transcurrir lo determina la penalidad probable según el delito de que se trae. Esta generalidad se encuentra preceptuada en lo dispuesto por el artículo 105 del Código Penal, que a la letra dice: " La acción penal prescribirá en un plazo igual al término

medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate. pero en ningún caso será menor de tres años. ”.

Como es sabido, nuestra legislación penal, establece para cada delito una sanción que, cuando esta es privativa de la libertad, se consigna entre un mínimo y un máximo de su duración, siendo una facultad del órgano jurisdiccional al momento de individualizarla en caso de condena, sujetándose en todo momento, dentro de los límites previamente señalados por la misma. Para los efectos del artículo en cita la mecánica para precisar el tiempo necesario que requiere la prescripción de la acción persecutoria y la misma opere se hace sumando el mínimo y el máximo de la pena probable y dividiendo entre dos el resultado de la misma. El resultado de la división que nos ocupa, será el tiempo necesario para que opere la prescripción de la acción persecutoria. Lo anterior puede considerarse como regla general en materia de prescripción de la acción persecutoria y pone en evidencia la necesidad que tiene una correcta ubicación del hecho en cuanto a su clasificación en orden a la conducta, al resultado y al tipo, ya que con una valoración jurídica de los tres elementos antes señalados nos llevará invariablemente a determinar de que delito se trata y en consecuencia a determinar la pena aplicable al caso concreto y al mismo tiempo a determinar el tiempo necesario que se requiere para la operancia del fenómeno de la prescripción.

A mayor abundamiento, nuestro más alto tribunal se ha manifestado en el sentido de que para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria se debe de estar a la penalidad fijada por el legislador (individualización legal), y no a la sanción señalada al delincuente con posterioridad por los jueces (individualización judicial), y es por ello el término medio aritmético de la pena aplicable ordenado por el artículo 105 del Código Penal.

C) Excepciones a la regla general de la operancia de la prescripción.

Como hemos venido apuntando, nuestra legislación contempla como regla general la del término medio aritmético para determinar, en general el lapso de tiempo

necesario para que opere la prescripción de la acción persecutoria, como se desprende de la simple lectura del artículo 105 de nuestro Código Penal, sin embargo existen diversas excepciones que a continuación detallaremos:

Primera.- Cuando de la semisuma de la sanción probable establecida para el delito del que se trate se obtenga un resultado inferior a los tres años, no se aplica la regla general, sino la especial contenida en el mismo artículo 105, cuando preceptúa:

" La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años. "

" Como es visible, la ley esta señalando en forma expresa que nunca el plazo total de la prescripción podrá ser inferior a tres años, con lo cual crea una excepción a la regla consignada, puesto que, como se indicó antes, cuando de la semisuma de la pena probable de un resultado sea inferior a tres años, este último término será el determinante para señalar el curso total de la prescripción. "¹¹⁵.

A mayor abundamiento la misma Corte se ha manifestado en este mismo sentido consignando que:

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

Sexta Epoca, Segunda Parte. Volumen XXV. Página 88. A.D. 552/59. Clemente Holguin Carmona. Mayoría de tres votos. Volumen XLV. Página 59. A.D. 8793/60. Santos Rodríguez Marvel. Unanimidad 4 votos."

¹¹⁵ VILLALBA FREVIÑO, Sergio Op. Cit. p 240

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

A.D. 1670/53. Promovido por Lorenzo Anaya Apodaca. Unanimidad de 4 Votos. ausente el señor Ministro Olea y Leyva. Fallado el 24 de agosto de 1955. Ministro Ponente: Lic. Agustín Mercado Alarcon. Srio. Lic. Rubén Montes de Oca. 1a. Sala. Informe 1955. Página 64."

De la simple observación que hagamos a la legislación penal, son muchos los delitos que tienen señalada una pena inferior en su media aritmética de los tres años, en consecuencia estos se encuentran sometidos al régimen de la prescripción de la acción, expuestos en ésta excepción a la regla general.

Segunda.- La siguiente excepción al principio del término medio aritmético de la pena aplicable. lo encontramos para el caso de los delitos cuya pena no sea privativa de la libertad y en consecuencia nos encontramos en la imposibilidad de determinar el curso de la prescripción en función del tiempo de la pena probable. En estos casos el Código Penal resuelve estos casos en términos de lo previsto por el artículo 104, el cual nos ordena:

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

" Interpretando el precepto transcrito. tenemos que en el la ley plantea dos diferentes hipótesis. la segunda con variantes. En primer término, aparecen los casos de

prescripción de la acción persecutoria tratándose de delitos que tienen la multa como única sanción. En esta hipótesis, el curso total de la prescripción es de un año, el cual empieza a contarse a partir de que el hecho de que se trate sea perseguible por la satisfacción de la relación conducta-tipicidad; en todo caso en esta clase de delitos hay una excepción a la mencionada regla general, puesto que se carece de la base aportada en función del tiempo de la pena probable, simplemente la prescripción produce sus efectos al año de que sea perseguible el hecho.

En la segunda hipótesis que aborda el artículo 104 citado, tenemos los casos en que el delito de que se trate tenga señalada, además de la sanción de multa, una corporal; creemos que es claro que, habiendo pena corporal, los tales casos se regirán por la regla general relativa a la media aritmética de la sanción prevista, como lo manda el artículo 118 (sic); por otra parte, si ese término medio aritmético de la pena probable es inferior a los tres años, el principio que se aplica es el contenido en el artículo 105 es decir el de tres años.

Habíamos anticipado que la segunda de las hipótesis del artículo 104 contiene variantes; en el párrafo inmediato anterior ya se hizo referencia a la primera de ellas, con su correspondiente solución legal, a saber: el caso de que la ley establece para un delito determinado las sanciones, corporal y de multa; puede además, presentarse como variante la situación de las llamadas penas alternativas, que son aquellas en que la ley usa la disyuntiva "o" al establecer la pena probable y deja al arbitrio del juzgador la individualización de una u otra de las penas señaladas... En estos casos, si en la alternatividad propuesta por la ley se consigna una pena corporal, el lapso necesario para el curso total de la prescripción será determinado en función de la pena corporal."¹¹⁶

Tercera.- Una excepción más a la regla general, es la contenida en el artículo 106 del Código Penal, por lo que se refiere a algunos delitos que no tienen señalada pena

¹¹⁶ Ibidem p.p. 241-242

corporal. y en consecuencia es imposible obtener una media aritmética de los mismos. Tampoco nos encontramos en delitos previstos por el artículo 104 del ordenamiento en cita, ya que, tampoco son delitos con una sanciones abstracto de multa o pena alternativa (prisión o multa), ya que nos encontramos en casos de sanciones como son: destitución, suspensión, privación de derecho o inhabilitación, y en estos casos la acción persecutoria se extiende a dos años: y nos encontraremos en presencia de las llamadas sanciones accesorias.

D) Condiciones posteriores al hecho, que deben darse para que el plazo de la prescripción siga su curso.

Como hemos venido apuntando en diversas partes de esta investigación, el inicio del curso de la prescripción nace contemporáneamente con el derecho de que se agencia el estado para perseguir el hecho determinado. Como ya reiteramos este hecho con sus características necesarias de conducta y tipicidad, es el presupuesto indispensable tanto para la persecución misma del hecho, como el inicio de la acción persecutoria. Y operando la perseguibilidad, la prescripción de la correspondiente acción persecutoria continuará cuando se presenten una u otra de las siguientes condiciones: " que el Estado, pudiendo y debiendo ejercitar acción penal no lo haga dentro de los límites temporales del caso particular, o bien, que habiendo realizado el acto procesal de ejercicio de la acción persecutoria, no logre el propio Estado que el o los sujetos queden sometidos a la jurisdicción de los tribunales. Cuando ocurre lo anterior, aparecen satisfechas las condiciones necesarias, posteriores al hecho, para que la prescripción de la acción persecutoria siga su curso; en sentido contrario, si el Estado lleva ante los tribunales su pretensión punitiva, buscando que un hecho y su o sus autores sean finalmente calificados como delito y delincuente en su caso y ello lo hace pidiendo y logrando el sometimiento del o los sujetos a la jurisdicción, el curso de la prescripción, ya se había iniciado, se ve cortado (no interrumpido) sin posibilidad de una nueva computación del tiempo, salvo cuando el sujeto se sustraiga a la jurisdicción.

1) Condición consistente en el no ejercicio de la acción persecutoria. De conformidad con lo preceptuado por los artículos 17 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nos queda claro que el Monopolio de la acción persecutoria se encuentra dada en favor de el Estado, lo anterior se deduce de la simple lectura de los dispositivos citados, que a la letra dicen:

" ... Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; ..."

De la lectura del precepto transcrito se obtiene la prohibición para los gobernados de hacerse justicia por sí mismos y la obligación de acudir a los tribunales a hacer valer sus derechos; en materia penal esta obligación de concurrir al órgano jurisdiccional para el restablecimiento del derecho violado no lo hace directamente el súbdito; ya que la ley expresamente establece que tal acto lo debe de hacer el Ministerio Público, ya que así lo ordena el artículo 21 constitucional cuando prevé que: " La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel."

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha manifestado respecto al ejercicio de la acción penal y el monopolio existente de la misma en favor del Ministerio Público, en los siguientes términos y criterios reiterados para establecer jurisprudencia, en los siguientes términos:

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

Quinta Epoca:

Tomo VII. Página. 262. Revuelta Rafael.

Tomo VII. Página. 1503. Tellez Ricardo.

Tomo IX. Página 187. Hernández Trinidad.

Tomo IX. Página 567. Ceja José A.

Tomo IX. Página 659. Carrillo Daniel y Coag."

Como deducimos de la jurisprudencia citada nos queda claro que en materia penal mientras el Ministerio Público no haya ejercido la acción persecutoria ante los tribunales, estos están impedidos para determinar si un hecho determinado y quien o quienes lo hayan ejercitado son respectivamente delito y delincuentes. " Al mismo tiempo, puede también afirmarse que si el propio Ministerio Público no hace uso de tal facultad, el inicio del curso de la prescripción que había partido desde el nacimiento del derecho para ejercitar la prescripción correspondiente, continua corriendo hasta su total agotamiento, que implica la actualización de los efectos extintivos que trae con siglo la prescripción de la acción persecutoria. " ¹¹⁷.

La acción persecutoria que en el proceso penal es titular del monopolio de la misma el ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 21 constitucional al Ministerio Público. pasa por varias etapas procedimentales, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado, en el siguiente criterio:

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

Semanario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. 2a. Parte. Volumen XXXIV. Página 9. A.D. 746/60. Luis Castro Malpica."

Diversos autores denominan a la primera etapa citada en la tesis supracitada de manera distinta, caso concreto García Ramírez la denomina como período persecutorio y le da

¹¹⁷ Ibidem p 249

mayor amplitud. la verdad es que existe en la praxis, un lapso en el que la acción penal sin salir de la esfera de las atribuciones constitucionales del Ministerio Público, se encuentra en preparación para reunir todos y cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 16 constitucional; en consecuencia la representación social prepara el posible ejercicio de la acción persecutoria a partir del momento en que tiene conocimiento de la existencia de un hecho que amerita su intervención como titular de la acción penal y continua con esa función de preparación hasta que acuden ante el órgano jurisdiccional deduciendo su pretensión y ejercitando su derecho. Como ya hemos expuesto, es en este momento cuando inicia el curso de la prescripción de la acción persecutoria que es contemporáneo con el nacimiento del derecho estatal a la persecución.

" ... de la prescripción de la acción persecutoria, circunstancia que apuntamos porque, como ya se dijo antes, el fenómeno del curso del tiempo depende de la naturaleza propia del hecho y no del conocimiento que de él tenga el Ministerio Público. Con esto queremos destacar que, independientemente de que el Ministerio Público tenga la " *notitia criminis* ", la prescripción ya ha empezado a cubrir el lapso para su operancia extintiva, porque el derecho del Estado a la persecución existe, sepa o no el Ministerio Público de la realización del hecho. Esto no es sino la consecuencia natural de la adecuada interpretación de los textos legales. pues, como dice el artículo 101, basta para que la prescripción funcione el " simple transcurso del tiempo señalado por la ley ", mismo tiempo que se determina, según lo dice el artículo 102, por la consumación, la cesación de los efectos o el último acto de ejecución, según también la forma como el hecho se haya presentado; pero en ninguna parte de la ley condiciona la perseguibilidad al conocimiento del hecho por parte del Ministerio Público, todo lo cual pone de relieve la importancia que tiene la llamada etapa de preparación del ejercicio de la acción persecutoria. "118.

¹¹⁸ Ibidem p. 250

Por lo anterior en esta primera etapa a la que nos hemos venido refiriendo y tomando en consideración la realización del hecho la investigación se puede prolongar por diversas causas y en consecuencia la acción penal no se puede ejercitar y prescriba produciendo los efectos extintivos ya señalados, a continuación analizaremos estas causas:

a) Ignorancia del hecho por falta de *notitia criminis*. En este sentido Rivera Silva dice con toda razón que " el Estado, como representante de la sociedad organizada, vela por la armonía social y lógico resulta conceder al Estado autoridad para reprimir todo lo que intente o conculque la buena vida gregaria. Al amparo de esta autoridad, es indiscutible que en cuanto se comete el hecho delictivo, surge el derecho-obligación del Estado para perseguirlo; más para que el propio Estado pueda actuar, resulta obvio que debe tener conocimiento del hecho e, investigado este, llegar a la conclusión de que es delictuoso, para de esta manera ejercitar su derecho ante la autoridad judicial, reclamando la aplicación de la ley. " 19).

De la opinión del jurista antes transcrita, nos queda claro la aseveración de que no es posible que el Estado a través de la Representación Social sino sabe de la comisión de algún delito, no esta en posibilidad de iniciar la investigación de dicho hecho, con la finalidad de acudir ante la autoridad judicial, solicitando la calificación final del hecho y de su o sus autores. En consecuencia si el Ministerio público tenía derecho a perseguir tales hechos su desconocimiento favorece la operancia del fenómeno de la prescripción ya que no se puede evitar que el tiempo transcurra.

b) Falta de elementos para proceder al ejercicio de la acción persecutoria. Si bien es cierto, que el Ministerio Público tiene la facultad monopólica para ejercitar la acción penal ante la autoridad judicial, no es menos cierto que por tratarse dicho ejercicio de un acto de autoridad en la etapa de preparación del ejercicio de la acción persecutoria, este debe de ser fundado y motivado de conformidad con lo ordenado por el artículo 16 constitucional; y que

19) RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. Edit. Porrúa, S.A. México 1975 p. 57

cuando se convierte en parte procesal ese mismo acto debe de reunir en consecuencia los requisitos formales, y estar apoyado en la reunión de los elementos de fondo y substanciales que la ley requiere. Por lo que, para el ejercicio correcto de la acción penal debe de apoyarse en las pruebas necesarias que acrediten los elementos del tipo que se impute y se aporten indicios de la presunta responsabilidad penal del o de los imputados.

Es precisamente en esta etapa en que la función investigadora que realiza el Ministerio Público debe valorar si existen los elementos necesarios para ejercitar su acción, en términos de una consignación del presunto responsable ante la jurisdicción del órgano jurisdiccional, obteniendo la calificación definitiva de la conducta y del sujeto o sujetos.

Pudiendo ocurrir en esta etapa el transcurso del tiempo necesario para la operancia de la prescripción y en consecuencia se produzcan sus efectos extintivos, según sea el delito de que se trate; no perdiendo de vista que la prescripción como la ley dice es personal y opera por el simple transcurso del tiempo, que puede quedar agotado antes de que sea posible llevar adelante el acto de la consignación correspondiente.

c) Circunstancias especiales que inducen al Ministerio Público a no consignar. " Por lo a que nosotros interesa en este trabajo es que una abstención como la que puede darse, implica la posibilidad de que el curso de la prescripción no se vea alterado y que, habiéndose iniciado junto o contemporáneamente con la realización del hecho, llegue hasta su final produciendo los efectos extintivos por la simple abstención de ejercitar una acción que era procedente deducir porque se habían satisfecho los requisitos legales.

Como se dijo antes, las causas o motivos de la abstención pueden ser variados: benevolencia, mala fe, cuestiones políticas, o varias otras. Pueden englobarse, todas, bajo una idea que se enuncie diciendo que por especiales circunstancias concurrentes con el caso, la acción persecutoria no se ejercita, y propicia la prescripción. Contra una tal situación podría

haber responsabilidad por la abstención o cargo del funcionario, que en nada alteraría la prescripción de la acción ejercitada.

2) Condición consistente en la falta de sometimiento del o los imputados a la jurisdicción de los tribunales. Como hemos venido reiterando en múltiples ocasiones una vez ocurrido algún hecho con trazas de delito, en ese mismo momento nace el derecho del Estado para perseguirlo y por ende inicia su curso la prescripción; que se ve interrumpida cuando el Ministerio Público ejercita la acción persecutoria y pone al o a los autores de dicho hecho a disposición de la autoridad judicial para que sea ella la que resuelva, si el hecho y sus autores son delito y delincuente.

Apuntado lo anterior reiteraremos, para que el curso de la prescripción, es requisito *sine quanon*, que el sujeto activo sea sometido a la jurisdicción; por lo que es válido afirmar que si no se logra el sometimiento del individuo **hacedor de la conducta presuntivamente delictiva** al órgano jurisdiccional se encuentra corriendo la prescripción de la acción persecutoria, obviamente con sus efectos extintivos. Es por ello que reiteramos que la falta de sometimiento trae aparejada la prescripción que opera cuando los sujetos se encuentran sustraídos a la acción de la justicia; para el caso contrario si existe sometimiento sobre el autor el sujeto activo de la conducta se le hará el juicio de reproche correspondiente, y en consecuencia se le calificará de manera definitiva como delito a la conducta desarrollada y delincuente al realizador de la misma.

" En el caso que planteamos y que es considerado por parte nuestra como una condición posterior al hecho, no opera la autolimitación del Estado, porque este, haciendo fiel cumplimiento de su poder-deber de perseguir los hechos, actúa legalmente por medio de los órganos competentes para ello. Lo que ocurre es que, por situaciones de hecho, su pretensión punitiva no puede desarrollarse en plenitud porque hace falta el sujeto al que debe seguirsele una secuela procedimental que culmine con una verdad legal. Esta condición es insuperable

para el sistema mexicano porque no están autorizados los procesos en contumacia o con ausencia del presunto responsable. Nuestra ley requiere, para que haya proceso, un reo sometido y por ello es que la falta de éste hace que la prescripción pueda seguir su curso."¹²⁰.

Sin embargo a continuación describiremos algunos procesos que en cierta manera se inician, sin haber sometimiento del presunto responsable y estos son:

a) Consignación de hechos, sin detenido. No es extraño que nuestro sistema penal se presente con mucha frecuencia en que el Ministerio Público cumpliendo con los requisitos exigidos por la ley envíe averiguaciones practicadas a la presencia del Juez, solicitando le sean obsequiadas según sea el caso ordenes de aprehensión, de detención o comparecencia, en contra de los sujetos que de acuerdo con los datos arrojados por las averiguaciones previas y que son considerados como indiciados.

Es de explorado derecho que nuestro sistema penal, el artículo 16 constitucional nos ordena que la única autoridad facultada para librar ordenes de aprehensión o detención es la judicial, cumpliendo con una serie de requisitos como son los requisitos de procedibilidad, que son la denuncia, la acusación o querrela de un hecho que la ley le de el carácter de delito y que castigue con pena corporal y que sean declarados bajo protesta de decir verdad, por persona digna de fe y que hagan probable la responsabilidad del inculpado, con excepción de los casos de flagrancia, en los que cualquier persona puede aprehender al delincuente y sus coautores, y poniéndolos sin demora a la disposición de la autoridad inmediata. Cuando el Ministerio Público no se encuentra en los casos de excepción de la flagrancia y de la correspondiente consignación del detenido que implica la misma, por el sometimiento claro que se deriva de la misma, tendrá la necesidad de solicitar del Tribunal correspondiente, la orden pertinente, para que una vez ejecutada ya haya ese sometimiento positivo del individuo a la jurisdicción.

¹²⁰ ALFATRIVIÑO Sergio Op Cit p 256

Como podemos observar cuando no se ha cumplimentado la orden de aprehensión en contra del individuo consignado, este se encuentra sustraído a la acción de la justicia y en cuyo favor se encuentra corriendo el término para la operancia de la prescripción.

No obstante lo anterior, existe la posibilidad de que al pedimento de la orden de aprehensión solicitada al Juez, este la niegue, en este supuesto se pueden dar tres situaciones relacionadas con la negativa, porque el Juez no comparta el criterio del ministerio Público y encuentre, insatisfechos los requisitos constitucionales para su libramiento; en cuyo caso, regresa la averiguación previa con el titular de la acción penal, y en esta hipótesis se siguen dejando a salvo las causas de interrupción del curso de la prescripción, que sigue operando en favor del inculpado. La segunda situación que pudiera darse, es cuando por causas extrajudiciales ni se niegue ni se obsequie la orden solicitada, que simplemente se quede sin acordar dicho pedimento, en dicho supuesto sigue operando el tiempo relativo de la prescripción. Y el último supuesto lo sería cuando el Juez obsequie la orden de aprehensión solicitada y ordena a la policía judicial la detención del sujeto. Y toda vez, que el sujeto se encuentra prófugo mientras no sea detenido y puesto a disposición de la autoridad jurisdiccional que ordenó la detención, operara en favor del presunto responsable la prescripción de la acción persecutoria; por no existir el sometimiento a los tribunales.

Es interesante conocer y citar diversos criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto del tema analizado, a saber:

" ACCION PENAL, PRESCRIPCION DE LA. Aun cuando la actuación del Ministerio Público mediante el inicio de la averiguación hasta el ejercicio de la acción penal y la consignación, haya interrumpido la prescripción de la acción penal en un caso, si entre la fecha en que se radico la causa en el juzgado del conocimiento y aquella en que se libró la orden de aprehensión transcurrió un plazo mayor al señalado en el artículo 105 del Código

Penal. en el supuesto de que éste sea aplicable, debe estimarse que ha operado la prescripción de la acción penal relativa.

A.D. 5539/1970. José Gerardo Manzo Islas. Julio 26 de 1971. Unanimidad de 4 Votos. Ponente: Ministro Ezequiel Burguete Farrera. Primera Sala. Séptima Epoca. Volumen 31. Segunda Parte. Página 13.”.

Es importante recalcar que entre el acto formal de la consignación sin detenido y el libramiento de la orden de aprehensión solicitada, puede transcurrir un tiempo indeterminado. En consecuencia puede existir la posibilidad de que entre uno y otro acto haya transcurrido el tiempo necesario para la operancia de la prescripción, si tomamos en consideración que este fenómeno nace contemporáneamente con el derecho del Estado a perseguirlo y en consecuencia habiendo prescrito la acción persecutoria, para cuando se libra la orden de aprehensión, esta definitivamente es violatoria de garantías constitucionales, así ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

" ACCION PENAL, PRESCRIPCION DE LA. Si conforme a las disposiciones de la ley penal relativa, la acción para perseguir un delito está prescrita, la orden de aprehensión que se libre contra el indiciado importa una violación de los artículos 14 y 16 constitucionales.

Quinta Epoca: Tomo XVIII. Página 1024. Guzmán Cid Benito. ”.

De lo anterior, podemos deducir, que para cortar el transcurso de la prescripción, es necesario el sometimiento del individuo a la jurisdicción, que es quien resolverá sobre la conducta y la persona.

Carnelutti ha apuntado la necesidad de distinguir entre el poder-fin y el poder-medio. El primero está referido a la facultad que las leyes dan al órgano jurisdiccional para resolver en definitiva, a través de la absolución o de la condena la situación jurídica de un individuo. El poder-fin por que corresponde, en esencia, a la potestad de establecer la verdad

legal. en cambio. el poder medio es la capacidad de realizar todos los actos necesarios para llegar. en última instancia. al ejercicio de la facultad desisoria. por ello, dice el citado autor italiano que " una cosa es por ejemplo, absolver o condenar y otra emitir un mandato de comparecencia o de captura: aquí se distinguen a simple vista el poder medio y el poder-fin."¹²¹.

" Claramente hemos tratado de referirnos al acto de sometimiento como una situación de tipo jurídico y ello porque el tal acto puede darse efectiva o virtualmente. Por ejemplo, quien es consignado como detenido y es sometido al proceso respectivo, de hecho y efectivamente esta bajo la potestad del Estado persecutor; en cambio, quien no tiene una real restricción a su libertad personal, pero esta, en cuanto a la situación jurídica, sometido a lo que resuelva la autoridad. como es el caso de quien acude en demanda de amparo contra una orden de aprehensión. pero que no se pone a disposición material de la autoridad no tiene sino un sometimiento virtual. por la relación jurídica establecida por medio del amparo.

Con estas bases podemos decir que el acto d sometimiento es la relación que se establece entre el individuo y el órgano competente del Poder Público, por la cual la situación jurídica del primero queda supeditada a la resolución del órgano estatal, que trasciende a la real esfera de libertad personal del sujeto. " ¹²².

O sea, queda sometido a la jurisdicción lo mismo la persona que es detenida y se encuentra sujeta al procedimiento respectivo, y quien hace valer recursos o defensas contra el mandamiento que pretende restringir su libertad deambulatoria.

Por ello la Corte se ha manifestado en el siguiente sentido:

" PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. LA DEMANDA DE AMPARO QUE PRESENTA UN INDICIADO CONTRA LA ORDEN DE

¹ CARNELUTTI Francisco Cuestiones Sobre el Proceso Penal Edit. Jurídicas Europa-América Argentina 1961 p 35

² ALFARINI Sergio Op. Cit. p 259

APREHENSIÓN LIBRADA EN SU CONTRA, INTERRUMPE LA. Admitir que un indiciado que acude al juicio de amparo impugnando una orden de aprehensión le beneficia, para los efectos de la prescripción de la acción persecutoria, el tiempo que continua disfrutando de libertad como consecuencia del mandamiento de suspensión dictado por el Juez de Distrito correspondiente, sería desnaturalizar la institución del Juicio de Garantías, pues en cuanto el sujeto acude ante el Juez de Amparo, esta sometiendo a la autoridad pública y esto significa que deja de estar sustraído a la acción de la justicia. Cuando en la ley se señalan los casos en que la prescripción no se interrumpirá sino por la aprehensión física del sujeto inculcado, o sea a su encierro en su prisión preventiva se ha querido indicar en forma genérica que el acusado quede sometido a la autoridad pública precisamente en relación con el procedimiento penal instaurado con motivo de la consumación del delito y es evidente que al combatir la orden de aprehensión reclamándola como acto violatorio de garantías, el reo está compareciendo ante los órganos de aquella autoridad en relación con el mandamiento de captura que se impugna.

Amparo, 4689/55. Quejoso: Diego Velázquez Plancarter. Abril 20 de 1956, Unanimidad de 4 Votos. Ministro: Lic. Rodolfo Chávez Sánchez. Secretario: Lic. Jorge Reyes Tayabas. 1a. Sala. Informe 1956. Página 71."

b) Sustracción del sujeto a un procedimiento ya instaurado. Este caso que ahora abordamos se presenta cuando ya se ha iniciado un procedimiento ante la autoridad judicial, con el correspondiente sometimiento del sujeto a la jurisdicción, pero por cualquier circunstancia posterior al inicial sometimiento, este se ve quebrantado por el indiciado. En la vida diaria ésta hipótesis se manifiesta constantemente, ya que una vez que el Ministerio Público ha puesto en movimiento la actividad jurisdiccional mediante el ejercicio de la acción persecutoria, mediante la cual estableció una relación procesal entre la autoridad judicial y el inculcado, esta se ve rota por el propio sujeto, quien se sustrae a la jurisdicción e impide que

se realicen todas y cada una de las actuaciones necesarias para llegar a la verdad legal por lo que se refiere a la naturaleza delictuosa o no delictuosa del hecho, y a la clasificación como delincuente o no delincuente del procesado.

De lo anteriormente transcrito sacamos en conclusión, que cuando desaparece el sometimiento real del sujeto al órgano jurisdiccional, no obstante de haberlo existido, primero se interrumpe el procedimiento y ello implica que el curso de la prescripción de la acción se ha roto y segundo se reinicie su cómputo por todo el tiempo en que el sujeto este fuera del sometimiento a la jurisdicción.

" Por ejemplo, si existe un detenido privado de su libertad y sujeto al procedimiento que se evade de su lugar de internamiento se rompe el sometimiento a la jurisdicción y se establece el reinicio del curso de la prescripción; lo mismo ocurre cuando alguien se encuentra disfrutando del beneficio de la libertad provisional garantizada en cualquiera de las formas que la ley establece e incumple con las obligaciones adquiridas ante la autoridad para el disfrute de tal beneficio, como sería el hecho de no comparecer los días ordenados a firmar en los libros correspondientes o no asistir a las diligencias para las que sea citado. Cuando esto ocurre, se debe de revocar la libertad provisional concedida y hasta en tanto el individuo no sea sometido, es válido decir que esta fuera del sometimiento, lo que, en cuanto a la prescripción se refiere, significa que ésta ha reiniciado su curso,"¹²³.

De manera ejemplificativa citaremos la jurisprudencia firme dictada por nuestro más alto tribunal la cual nos ordena:

" **ACCION PENAL, PRESCRIPCION DE LA.** La prescripción de la acción penal no puede correr si el procesado se encuentra subjuice, es decir, a disposición de la autoridad instructora.

Quinta Epoca:

Tomo LVIII. Página 2676. García Manuel.

Tomo LVIII. Página 305. Aguirre Román.

Tomo LVIII. Página 1538. Silva Leocadio.

Tomo LIX. Página 419. Díaz Agustín.

Tomo. LXI. Página 1200. Siem Luis.

8.- Las causas que interrumpen el curso del tiempo necesario para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria.

Una vez que se ha satisfecho la relación conducta-tipicidad y a la cual hemos dotado con el valor suficiente para dar nacimiento al derecho del Estado a la persecución, se inicia paralelamente con el simple transcurso del tiempo, el fenómeno de la prescripción, y que según del delito del que se trate producirá sus efectos extintivos. Con la prescripción se presupone la falta del ejercicio de la acción persecutoria, o cuando menos un inoportuno ejercicio de la misma, en la misma ley se encuentran delimitados los cómputos de los plazos y así mismo contengan las previsiones que impliquen que el Estado este realizando efectivamente la actividad que le corresponde como titular de la acción persecutoria, reflejándose en el curso de la prescripción, iniciando a partir de la realización del hecho, que se vea interrumpido, diferido o impedido legalmente de operar en el tiempo, lo cual, en última instancia, tiene que repercutir en el fenómeno que nos ocupa.

A) Texto de las disposiciones legales que regulan las causas de la interrupción del curso de la prescripción de la acción penal.

En este sentido creemos conveniente que los numerales de nuestra legislación penal positiva que se refieren a la interrupción del curso de la prescripción, son dos; se trata de los artículos 110 y 11 de nuestro multicitado Código Penal y que a la letra dicen:

" Artículo 110.- La prescripción de las acciones se interrumpirá por las acciones que se practiquen en averiguación del delito y de los delincuentes, aunque por ignorarse quiénes sean éstos no se practiquen las diligencias contra persona determinada.

Si se dejare de actuar, la prescripción empezará a correr de nuevo desde el día siguiente al de la última diligencia.

La prescripción de las acciones se interrumpirá también por el requerimiento de auxilio en la investigación del delito o del delincuente, por las diligencias que se practiquen para obtener la extradición internacional, y por el requerimiento de entrega del inculcado que formalmente haga el Ministerio Público de una entidad federativa al de otra donde aquel se refugie, se localice o se encuentre detenido por el mismo o por otro delito. En el primer caso también causaran la interrupción las actuaciones que practique la autoridad requerida y en el segundo subsistirá la interrupción hasta en tanto la autoridad requerida niegue la entrega o en tanto desaparezca la situación legal del detenido, que de motivo al emplazamiento de su entrega,

La interrupción de la prescripción de la acción penal sólo podrá ampliar hasta una mitad los plazos señalados en los artículos 105, 106 y 107 de este Código."

" Artículo 111.- Las prevenciones contenidas en los dos primeros párrafos y en el primer caso del tercer párrafo del artículo anterior, no operarán cuando las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción.

Se exceptúa de la regla anterior el plazo que el artículo 107 fija para que se satisfaga la querrela u otro requisito equivalente."

B) Principio general.

Como hemos venido observando, es el artículo 110 del Código Penal el que contiene el principio general que determina que los actos procedimentales realizados en la averiguación previa interrumpen el curso de la prescripción de la acción persecutoria. En una

interpretación lógica del numeral en comento, la hipótesis que contiene es aceptable puesto que la acción persecutoria que nace a la par de la realización del hecho relevante (delito), requiere de una serie de actos en preparación para el ejercicio de la misma. En efecto en la práctica se deben de dar una serie de actos que genéricamente llamamos procedimentales, ya que una vez realizados se estará en posibilidades de ejercer la acción persecutoria. Estos actos son reveladores del interés del Estado de cumplir con su función persecutoria y represiva, llevando hasta sus últimas consecuencias el Derecho Penal, obteniendo la calificación del hecho y de su autor para extraer de la calificación que se realice las consecuencias que la ley señala.

En efecto, la acción persecutoria, requiere de cierta actividad previa a su ejercicio, permaneciendo ésta viva mientras se realizan dichos actos preparatorios, que sirven para evitar que la acción se extinga. Ahora bien, es de explorado derecho que la acción penal no puede ni debe ser eterna, ya que dicha circunstancia convertiría a los delitos en imprescriptibles. lo cual no corresponde a nuestra realidad jurídica. En virtud de que nuestro Derecho Positivo. nos ordena que todos y cada uno de los delitos sancionados y previstos por éste son prescriptibles. Por lo que debemos de entender que si bien es cierto que los actos de procedimiento realizados por el Estado titular de este derecho tienen un límite establecido por la propia legislación.

C) Naturaleza de los actos procedimentales idóneos para la interrumpir el curso de la prescripción.

En éste apartado trataremos de precisar la naturaleza de los actos procedimentales que tienen la fuerza suficiente para producir el fenómeno de la interrupción del curso de la prescripción. Para poder discernir dicha situación, analizaremos a dos términos utilizados por el legislador en el artículo 110 del Código Penal, como son " actuaciones y diligencias ". ya que los mismos no tienen una misma connotación ni semántica ni jurídica,

más aún porque la doctrina no está unificada con la legislación, respecto de la naturaleza del acto interruptor.

En este sentido Vela Treviño, nos informa que de los dos vocablos supra citados son entendidos de forma diversa por legislaciones extranjeras, cuando afirma " que hay que distinguir es que en algunas legislaciones, como la francesa o la suiza, sostienen que cualquier acto realizado en la investigación del delito es idóneo para interrumpir el curso de la prescripción; posición radicalmente distinta que la afirmada por las leyes italiana, danesa, austriaca y otras, que consideran que sólo las actuaciones del juez penal son idóneas para interrumpir. En el primer caso, la actividad de cualquier autoridad en funciones investigatorias produce la interrupción y en el segundo, solamente aquellos actos judiciales investigatorios tienen la fuerza interruptora.

Doctrinariamente las posiciones son consecuencia de los sistemas de enjuiciamiento y de las facultades dadas por la ley a ciertos individuos, ya que donde hay auxiliares del órgano jurisdiccional, como donde hay una policía con capacidad investigatoria, lógico resulta que sus actos pueden interrumpir el curso de la prescripción."¹²⁴.

Ahondando en este mismo sentido, en nuestra legislación penal no encontramos que persona tiene la titularidad de estos actos interruptores. En efecto, el artículo 110, ordena que hay interrupción " por las actuaciones que se practiquen en averiguaciones del delito y delincuente ", sin especificar quienes deben de realizar tales averiguaciones. Sin embargo de la interpretación en conjunto de nuestra legislación procesal penal, deducimos que son dos autoridades; el Ministerio Público el que interviene como autoridad investigadora en materia de delitos, en la averiguación previa o fase preparatoria del ejercicio de la acción persecutoria y el Juez después de que ha recibido la consignación y no ha dictado auto de formal procesamiento; lo anterior lo inferimos de la sana interpretación de los artículos 21

¹²⁴ Ibidem p 270

constitucional. 3.4 y 5 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, toda vez que la persecución de los delitos es facultad exclusiva del Ministerio Público y de la policía judicial que es un organismo de apoyo del primeramente mencionado, ya que sus actuaciones están encaminadas finalmente a la averiguación del delito y del delincuente; mientras que el órgano jurisdiccional, sus actividades son las de calificar de delictuoso o no delictuoso un hecho y a su autor, como podemos observar la actuación de los dos órganos señalados, tienen un fin común, que es el de averiguar la verdad; motivo por el cual, sus actuaciones son idóneas para interrumpir el curso de la prescripción.

La Suprema Corte en este sentido se ha manifestado en los siguientes términos:

" PRESCRIPCION, INTERRUPCION 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 derive el procedimiento penal, la averiguación previa, por otra parte el artículo 110 del Código Penal establece que la prescripción de las acciones se interrumpir, a por las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito y delincuentes aunque por ignorarse quienes son estos, no se practiquen las diligencias contra 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 ala Constitución Federal para averiguar los delitos. En todo caso, la prescripción que comenzó a correr desde el momento de comisión de los delitos se interrumpió, como se ha expresado, por las actuaciones del Ministerio Público, en la fase de averiguación previa.

A.D. 4849/61. Antonio Velázquez y Muñoz. 2 de febrero de 1962. Unanimidad de 4 Votos. Ponente: Angel González de la Vega. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Volumen LVI. 2a. Parte. Página 45 ".

" PRESCRIPCIÓN PENAL, INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 110 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO FEDERAL PARA EFECTOS DE LA INTERRUPCIÓN DE LA. Si bien es cierto que se ha sostenido que las actuaciones interruptoras de la prescripción penal sólo son aquellas que se llevan a cabo ante y por la autoridad judicial, también lo es que, de acuerdo con la interpretación rigurosa del artículo 110 del Código Sustantivo Federal, las actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio público, son interruptoras de los términos de la prescripción de la acción penal, ya que claramente dispone dicho artículo que la prescripción de las acciones se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito y delincuentes, siendo precisamente el Ministerio Público el órgano constitucionalmente facultado para cumplir la fase averiguatoria del procedimiento.

A.D. 1327/67. Octavio Isaac Romo Santos. Abril 29 de 1966. Unanimidad de 4 Votos. Ponente: Mtro. Manuel Rivera Silva.

Sostiene la misma tesis: A.D. 8423/64. Ramón Corral Portillo. Junio 20 de 1968. Unanimidad de 5 Votos. Ponente: Mtro. Mario G. Rebolledo F. 1a. Sala. Informe 1968. Página 48 ".

" Con lo antes dicho puede concluirse que desde el punto de vista doctrinario, la ley mexicana acepta una posición similar (con las reservas propias de las diferencias de cada procedimiento) a la que toma la legislación francesa, es decir, que reconocen ambas fuerza interruptora a todas las diligencias practicadas en la averiguación del delito y del delincuente"

125

D) Casos en que las actuaciones (actos procedimentales) no interrumpen el curso de la prescripción.

Como observamos en el apartado anterior, todas las actuaciones o actos procedimentales practicados por la autoridad competente y que tengan la orientación final de investigar el delito, son suficientes para interrumpir el curso de la prescripción, Sin embargo existe en la propia ley una excepción a dicha regla, y se traduce en una limitación derivada del tiempo y condiciona el efecto interruptor de tales actos procedimentales. En efecto el artículo 111 del Código Penal, es el que preceptua la limitación proveniente de la temporalidad en la que se practiquen tales actos y que a la letra dice: " Las prevenciones contenidas en los dos primeros párrafos y en el primer caso del tercer párrafo del artículo anterior, no operarán cuando las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción.

Se exceptúa de la regla anterior el plazo que el artículo 107 fija para que se satisfaga la querrela u otro requisito equivalente ".

Las prevenciones contenidas en el numeral antes transcrito, no comprenden el caso en que las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción. Esta prescripción sólo se interrumpirá con la aprehensión del inculpado.

A este respecto es importante los precedentes dictados por nuestro más alto tribunal y que sostienen:

" PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES PENALES. NO SE INTERRUMPE CON LAS ACTUACIONES QUE SE PRACTIQUEN EN AVERIGUACION DEL DELITO O DELINCUENTES, CUANDO HAYA TRANSCURRIDO LA MITAD DEL LAPSO NECESARIO PARA LA PRESCRIPCION Y NO SE HAYA APREHENDIDO AL INCULPADO. De conformidad

con los artículos 110, 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 delincente, siempre y cuando no haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción, pues entonces sólo se interrumpe con la aprehensión del inculpaado.

Amparo en Revisión 483/78. Rafael Joaquín Morcillo Campos. 25 de octubre de 1978. Ponente: Andrés Zárate Sánchez. Secretaria: Rosa Edilia Quevedo Ramos. Informe 1978. Sección correspondiente a los Tribunales Colegiados. Tomo III. Página 414 a 415. T.C. del 10o. Circuito. "

Es conveniente dejar asentado que la mitad del lapso necesario a que se refiere la ley es atendiendo al delito de que se trate como lo menciona el artículo 105 del Código Penal, por lo que es importante conocer las características del hecho perseguido; que en ningún caso será menor a año y medio, en virtud de que el numeral que nos ocupa, también previene, que el mínimo tiempo transcurrido para que opere la prescripción son tres años.

" Pueden darse ciertas bases, congruentes con todo lo que es la forma como opera la prescripción, que son útiles para saber cuando las actuaciones o actos procedimentales son interruptores del curso de la prescripción ya iniciada:

1a.- Tomar el artículo 102 para determinar el inicio del curso de la prescripción, según la hipótesis que corresponda (" delito consumado ", " continuo ", " tentativa ");

2a.- Determinado el momento de inicio del curso de la prescripción, en cumplimiento del artículo 118 (sic), saber cual es el " delito del que se trata ", para conocer la pena probable;

3a.- Tomar siempre como pena probable la establecida en género y nunca la individualización judicial y obtener la media aritmética como manda la ley;

4a.- De la media aritmética que resulta, obtener la mitad, para saber cual es la mitad del lapso necesario para la prescripción;

5a.- Los actos procedimentales practicados durante la primera mitad del lapso que se obtenga conforme a la 4a. base, si satisfacen el requisito de orientación final, serán interruptores; en cambio, los que se practiquen habiendo transcurrido ya esa primera mitad no tendrán tal fuerza interruptora;

6a.- Las bases anteriores rigen cuando la media aritmética sea superior a tres años; si es de tres años o menor, se toma siempre una base de tres años, conforme al artículo 105;

7a.- Todo lo aquí expuesto no es valido tratándose de delitos de querrela, como se verá posteriormente, por que se trata de un caso especial.

Las bases a las que antes nos referimos son validas para todos los casos presentables (con la salvedad apuntada) y nos llevan a la conclusión de que una vez fijada la penalidad probable y obtenida su media aritmética, aquellas actuaciones procedimentales que ocurran dentro de la primera parte de la media obtenida, son interruptoras, no así las que se realicen en la segunda mitad, siempre y cuando en tales actuaciones, diligencias o en general actos procedimentales haya la orientación finalista que hemos consignado. " ¹²⁶

9.- Las causas que suspenden el curso del tiempo necesario para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria.

En éste capítulo procederemos a ocuparnos de los casos de suspensión del curso del tiempo necesario para la operancia de la acción persecutoria, así la suspensión. hace que la prescripción no pueda operar con sus efectos extintivos.

En éste sentido Maggiore nos ha informado que " el curso de la prescripción penal. a semejanza de cuanto sucede en la prescripción civil y en la comercial. puede suspenderse o interrumpirse. La diferencia entre suspensión e interrupción consiste en que, en

¹²⁶ Ibidem p.p 276-277

la suspensión la prescripción duerme, descansa, dormit, quiescit, por un intervalo de tiempo, por el cual el tiempo anterior se computa y entra en el transcurrido después de que ha cesado la causa suspensiva; en cambio, en la interrupción el tiempo anterior se pierde y sólo puede volver a empezar a correr un nuevo término de prescripción, determinadas por la ley; y su consistencia jurídica la toman exclusivamente de la ley, no del principio la prescripción no corre contra el que no puede obrar ".¹²⁷

Por su parte Bettioli, afirma que " hay suspensión cuando el tiempo, transcurrido con anterioridad al momento en que se verifica la causa de suspensión, siempre se considera útil para la prescripción, y se computa, en consecuencia, junto con el tiempo que transcurre después de desaparecida aquella. En cambio, hay interrupción cuando el tiempo ocurrido antes de la causa de interrupción cae por completo en el vacío, por lo cual debe iniciarse un nuevo período una vez desaparecida la causa de interrupción. "¹²⁸

Un poco más conceptual nos parece, la idea expresada por Vera Barros cuando dice que " ocurre a veces que la prescripción penal no puede iniciarse o proseguir por impedirlo un obstáculo de orden legal. En estos casos, el ejercicio del poder punitivo del Estado se ve obstaculizado por la ley misma, que no permite proceder. El curso de la prescripción se paraliza, se detiene, se suspende. Tal efecto no es causado por un mero obstáculo de hecho. La máxima *contra non volentem agere non currit praescriptio* sólo tiene realidad en el campo penal, cuando la imposibilidad de obrar proviene de la misma ley. "¹²⁹

De las opiniones transcritas, podemos concluir, que la suspensión de la prescripción es proporcionada por la ley, y éste origen legal la imposibilita también legalmente de actuar, esta limitación causa la paralización al poder punitivo del Estado, y nos da los elementos suficientes para definir a la suspensión del curso de la prescripción de la acción

¹²⁷ MAGGIORE, Giuseppe Derecho Penal Volumen II Edit. Temis Colombia 1954 p. 367

¹²⁸ BETTIOLI, Giuseppe Op. Cit. p. 729

¹²⁹ VERA BARROS, Oscar N. La Prescripción Penal en el Código Penal. Edit. Bibliográfica Argentina, Argentina 1960 p. 108

persecutoria como la existencia de obstáculos de orden legal que impiden el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado mediante la acción persecutoria.

Siendo esta satisfecha por la relación conducta-tipicidad respecto de un hecho determinado y como consecuencia el inicio del término necesario para la operancia de la prescripción quede sujeto a la eliminación del sujeto de que se trate.

La suspensión tiene que entenderse en su sentido gramatical, o sea, acción y efecto de detener una cosa o diferirla por algún tiempo, y es precisamente, el inicio del curso del tiempo necesario para la operancia de la prescripción que durará tanto como permanezca el obstáculo existente. De esta manera para diferenciar interrupción de suspensión es válido decir que la primera se presenta cuando la prescripción ya ha iniciado su curso y se ve cortada en el tiempo: en cambio suspensión, impide el inicio del curso del tiempo necesario para la prescripción, que no puede llegar a producirse sus efectos extintivos por la falta de la temporalidad necesaria.

A) Texto de las disposiciones legales del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal, que regulan las causas de suspensión.

En este sentido nuestra legislación penal, regula las cuestiones relativas a la suspensión del curso de la prescripción, mediante dos artículos que son el 109 y el 359 y que ordenan:

" Artículo 109.- Cuando para ejercitar o continuar la acción penal sea necesaria una resolución previa de autoridad jurisdiccional, la prescripción comenzará a correr desde que se dicte la sentencia revocable. "

" Artículo 359.- Cuando haya pendiente un juicio, en la averiguación de un delito imputado a alguien calumniosamente, se suspenderá el ejercicio de la acción de

calumnia hasta que dicho juicio termine. En este caso la prescripción comenzará a correr cuando termine el juicio. "

Como podemos observar en los dispositivos antes transcritos cuando se encuentra uno en dichas hipótesis opera de pleno derecho la suspensión de la prescripción de la acción persecutoria, hasta en tanto no haya una resolución judicial que de manera indirecta pone punto final a dicha interrupción, permitiendo que de inicio el curso de la prescripción.

B) Naturaleza jurídica de las causas de suspensión del curso de la prescripción.

Como hemos venido observando en los dos apartados supracitados las causas de la suspensión son de carácter legal, motivo por el cual que debemos de ubicarlas correctamente en el campo del Derecho Penal o Procesal que les corresponda, de esta manera podemos afirmar que las causas de suspensión a que hacemos referencia y son las condiciones objetivas de punibilidad y condiciones de perseguibilidad. Las primeras se dan cuando en su ausencia impiden la integración del delito, mientras que las segundas, la ausencia de esta produce el efecto de impedir el ejercicio de la acción persecutoria.

La diferencia sustancial entre ambas posturas, estriba en que si un hecho no es delictuoso en principio tal hecho no puede ser motivo de persecución. A continuación analizaremos por separado cada una de las posturas citadas.

a) **CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.** Es Jiménez de Azúa quien nos informa que: " Las llamadas condiciones objetivas de punibilidad a las que se refiere denominar Rittler presupuestos de punibilidad, son aquellas de las que el legislador hace depender, en una serie de casos, la efectividad de la pena conminada y que por ser extrínsecas e independientes del acto punible mismo no han de ser abarcadas por la culpabilidad de la gente. "¹³⁰

¹³⁰ JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo VII. Edit. Losada. Argentina. 1970. p 18

" En México se han ocupado especialmente de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, los autores Arturo Gil Ramírez y Rafael Millan Martínez, quien dice que ellas, " en puridad, no son, por tanto, condiciones de criminalidad, sino requisitos *post delictum* necesarios para poder aplicar la sanción, de tal modo que mientras *conditio pendet* aquella queda suspendida y el delito firme en su ontología ".

Expresamos nuestro punto de vista diciendo que creemos, como lo sostiene la opinión mayoritaria, que las llamadas condiciones objetivas de punibilidad no son propias del concepto de delito, sino circunstancias extrínsecas posteriores, mejor fuera decir, tal vez, que son circunstancias que surgen con posterioridad al hecho (*post factum, no post delictum*); pero que en ciertos casos condicionan la validez jurídica total del acontecimiento. No son impedimento legal o tampoco un obstáculo para la perseguibilidad; lo que ocurre es que el hecho, con relevancia penalística, no se surte hasta en tanto no parece la satisfacción de la condición. "131

b) CONDICIONES DE PERSEGUIBILIDAD. Todo parece indicar que las causas de suspensión del curso de la prescripción son condiciones de perseguibilidad. Con el objeto de fundar esta posición es de relevancia manifestar la ubicación relativa a la técnica de la persecución de los hechos aparentemente delictuosos y los mecanismos y fundamentos de ella.

En nuestro medio jurídico la persecución de los hechos con apariencia de delitos, es facultad exclusiva del Estado, ejercida por conducto del Ministerio Público, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 21 constitucional. Lo que significa la necesidad de establecer un principio general que ante la *notitia criminis* más la satisfacción de los requisitos de artículo 16 constitucional relativos a la prueba de carácter penal de los hechos que se investigan y los elementos que constituyen la posibilidad de imputárselos razonablemente a alguna persona, deberán de ejercitarse la acción persecutoria ante los tribunales.

¹³¹ VILA FREMIÑO, Sergio Op. Cit. p. 291

El principio enunciado con anterioridad es válido en forma general, pero cuenta con excepciones como es la querrela y por otra parte la existencia de obstáculos que la propia ley señala que deben ser superados en forma previa para el ejercicio de esa acción persecutoria, verbigracia los artículos 109 y 359 del Código Penal, ya antes transcritos.

" Manzini apunta que: Las condiciones de perseguibilidad del delito... se refieren exclusivamente a la acción penal (como, por ejemplo, la autorización para proceder). En cambio, con más profundidad y hasta pudiera decirse que coincidiendo en plenitud con el texto de la ley mexicana, Maggiori dice que " no son... Condiciones de punibilidad la querrela, la instancia, la solicitud del Ministerio de Justicia, que entran en otra categoría de condiciones, que pueden llamarse condiciones de procedibilidad... Tales son aquellos sucesos que sobrevienen al hecho y que, sin influir en la punibilidad o sentencia del delito, constituyen un obstáculo para comenzar o proseguir la acción penal. A causa de ellos el Ministerio Público, *dominus* de la acción, que puede obrar mientras no intervengan la querrela del agraviado, la solicitud del Ministerio de Justicia, la instancia; en otras palabras, la actividad del órgano de la acusación pública está sometida a la declaración de la voluntad de otros sujetos interesados, que tienen valor de condición suspensiva del procedimiento",¹³²

En síntesis, conforme a nuestro punto de vista, los casos de suspensión del curso de la prescripción de la acción persecutoria a que se refieren los artículos 109 y 359 del Código Penal, son relativos a la ausencia de las condiciones necesarias para la perseguibilidad de ciertos hechos o, en diferentes palabras, obstáculos que la ley impone al ejercicio de la acción persecutoria, que traen entre otras consecuencias puramente legales, mientras existan no inicie su curso la prescripción de la acción persecutoria.

C) Casos de aplicación de los artículos 109 y 359 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero Federal.

¹³² Ibidem p.p 293-294

En el apartado que nos ocupa mencionaremos las hipótesis contenidas en los artículos supracitados, que se hacen consistir en causas de suspensión del inicio del curso de la prescripción de la acción penal. No podemos continuar sin hacer notar, que los numerales que nos ocupan regulan el mismo fenómeno, es decir la suspensión, pero desde puntos de vista diferentes. Ya que, el artículo 109 tiene contenido el principio general que dice " cuando para deducir una acción penal " es necesaria la terminación del juicio previo, operando la suspensión, sin especificar o limitar la acción penal; por lo que se refiere al artículo 359, la suspensión a que se refiere si se encuentra limitada y precisa, el juicio pendiente que versa sobre una imputación calumniosa, y la acción persecutoria que se suspende en su curso es la deducible por el delito de calumnia a que se refiere el juicio pendiente, luego entonces, vemos que lo primero es el genero y la segunda la especie, y de entrada debe ser motivo de un tratamiento conforme a los principios del conflicto aparente de normas.

Pavón Vasconcelos, consideramos que tiene razón cuando afirma que existe un " concurso aparente cuando la solución de un caso concreto parecen concurrir dos o más normas de uno o varios ordenamientos vigentes en un mismo lugar y tiempo, de manera que el problema del jurista consistirá en dilucidar cual norma debe aplicarse con exclusión de las demás... En razón de la ubicación de las respectivas normas, el caso tendrá que verse en la concurrencia de dos normas penales, una de la parte general artículo 109 y otra de la parte especial artículo 359."¹³³

Como ya dijimos para la solución de un concurso aparente de normas, en estricta interpretación y aplicación del principio de especialidad, todos los casos habrán de ser resueltos aplicando el artículo 109, con excepción cuando se trate del delito de calumnia, por que la norma aplicable, habrá de ser el artículo 359.

D) Los límites de la suspensión del inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco Op. Cit. p.p. 195-196

Conforme a las ideas expuestas conforme a los apartados anteriores y de conformidad con los artículos 109 y 359 de nuestro referido Código Penal, de manera muy especial el primero de los numerales en cita podemos referir que la prescripción no inicia su curso sino que lo ve suspendido, cuando esta en presencia de alguno de los obstáculos legales a que nos hemos referido, y que le dan fundamento al fenómeno de la suspensión que tratamos.

Esto es manifiestamente, una excepción para esa idea general enunciada ya, que sostiene que la prescripción inicia su curso cuando se satisface la relación conducta-tipicidad: en cambio, resulta acorde con lo que también hemos sostenido, conforme a Welzel, que la prescripción nace junto con el derecho a la persecución, porque en los casos de suspensión, tal derecho a perseguir el hecho y su calificación no ha nacido, sino que esto ocurre hasta que sobreviene la remoción del obstáculo legal. Así entendida la cuestión parece darse más claridad en lo relativo a estos extraños casos de limitación sobre limitación; sin embargo, en el trasfondo ha quedado seguramente una aguda interrogante, que inquieta sobre todo porque la normatividad en esto es absolutamente silenciosa; ha quedado muda, sin que sepamos si fue por ignorancia de los legisladores, o por alguna especial valoración."¹³⁴

Desde nuestro punto de vista, el legislador mexicano no estableció límite a la suspensión del inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria por su deseo, natural y legítimo de ser congruente con el legislador constituyente o, lo que es igual, nos parece adecuado que no exista un límite señalado en una ley secundaria como, lo es el Código Penal, por las razones siguientes:

a) El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice en sus parte ahora conducente que " Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley ". Un enunciado tan lleno de contenido para la administración de justicia de la que tan urgido estaba y esta nuestro país, es extraño que no

¹³⁴ VELA TREVIÑO, Sergio. Op. Cit. p. 300.

haya sido motivo de un amplio debate en el Congreso Constituyente; Nos dice el Diario de los Debates que en la sección del día 20 de diciembre de 1916 se dio cuenta con el dictamen del ahora artículo 17. antes 13, según el Proyecto de Venustiano Carranza, que fue presentado tal y como aparecía en el tal Proyecto del Primer Jefe y al día siguiente (21 de diciembre de 1916), fue aprobado por unanimidad sin que aparezcan discusiones relevantes.

b) La ley en el artículo 109 dice que opera la suspensión " cuando para deducir una acción penal sea necesario que antes se termine un juicio diverso, civil o criminal...". En una elemental interpretación dogmática, puede decirse que nunca habrá suspensión, sea cual fuere la causa (en esta hipótesis del artículo 109), si antes no se ha promovido el juicio, Civil o Criminal. Entendemos que el "juicio" necesariamente precede al hecho sobre el que versará la acción persecutoria y es por eso que se habla en la de un claro " antes " y de un más claro " termine". ambos aspectos vinculados al tiempo. "¹³⁵

Desde luego es importante y sería preferible que el efecto suspensivo tuviera un límite ya sea establecido en la ley o al prudente arbitrio del juzgador, ya que es cierto que nuestra legislación actual no existe un límite que con certeza se pueda señalar. Por seguridad jurídica estimamos que no debe haber ambigüedades o margen a interpretaciones y lo ideal sería que la propia Constitución dijera, por ejemplo, que ningún juicio civil o criminal podrá durar más de X años sin ser definitivamente terminado o resuelto más propiamente dicho.

10.- La prescripción de la acción persecutoria tratándose de hechos perseguibles por querrela de parte.

Toca ahora analizar la interpretación dogmática del artículo 107 del Código Penal apoyada en una interpretación lógica y congruente, para los delitos perseguibles mediante querrela, y como opera el fenómeno genérico de la prescripción de la acción persecutoria.

¹³⁵ *Ibidem* p.p 301- 302

La ley mexicana es la que reconoce la existencia del llamado denunciante, que como en Argentina al decir de Clariá Olmedo es " toda persona imputable desde el punto de vista penal que, cumpliendo con las formalidades legales, transmite a la autoridad judicial competente el conocimiento de un hecho considerado delictuoso, para que el órgano público señalado ejercite el poder de acción penal mediante la promoción del correspondiente proceso"

176.

En México es aplicable la concepción citada con anterioridad, apoyada en el artículo 16 Constitucional que impone el requisito de denuncia, querrela o acusación, para la procedencia de una orden de aprehensión, así como por el sistema acusatorio no inquisitivo a que se refiere el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Retomando las aseveraciones asentadas con anterioridad, hay diferencias entre la legislación mexicana y argentina respecto al denunciante en que para los sudamericanos debe ser imputable, entre nosotros no es un requisito esencial, y que el órgano competente es la autoridad administrativa, o sea el Ministerio Público y no el Poder judicial como en Argentina.

Independientemente de las características que debe de presentar el denunciante, cabe la posibilidad, con apoyo en los preceptos supracitados, de que se tenga que formular querrela, esto significa la introducción en nuestro sistema de una figura, la del querellante. Así tenemos que el querellante es un informador necesario, cuya ausencia implica la imposibilidad de investigar y consecuentemente la imposibilidad de ejercitar la acción penal respecto de ciertos hechos.

" ... la querrela se reduce a ser una mera condición de procedibilidad en orden a los delitos privados o, como la define Manzini, el acto formal con el que el ofendido o perjudicado por un delito privado, u otro derecho habiente, pone en conocimiento de la autoridad competente para promover la noticia del delito mismo, pidiendo el castigo del

176 CLARIA OLMEDO, Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III. Ediar Editores, Argentina, 1961 pp 18-19

culpable, conocido o desconocido. El código español tomando como base por los autores citados permite la doble figura de los acusadores: público cuando se está ante delitos llamados públicos o perseguibles de oficio y privado cuando el delito requiere de la acusación del particular ofendido o agraviado. Con esto, lo que quiere significarse es que hay una posibilidad de actuación del particular, como titular de la querella, independientemente del Ministerio Público, cuando el modelo aceptado es el español y no así en los otros casos. ¹¹⁷

En este mismo sentido se ha manifestado Beling, al decir que " La querella es la solicitud hecha ante el tribunal para que este conozca un determinado objeto procesal penal mediante una actividad independiente ", puede ser pública o privada, dependiendo del sujeto que la ejerce, y esta bipartición de los delitos públicos y privados, esta en razón y proporción de la gravedad social de los mismos.

En México, el querellante es un sujeto de la primera de las calidades indicadas, es decir, que siendo la acción penal pública y la persecución de los delitos atribución del Estado, el querellante están sólo un informador indispensable para ciertos hechos y que deberá satisfacer las condiciones especiales de personalidad que la ley requiere.

Por lo anterior, queda precisado que en nuestro país que la figura del querellante, la limita en cuanto a los hechos y a las personas los primeros son específicamente consignados en la ley (rapto, abuso de confianza, defraudación fiscal, etc.), y las segundas los Titulares del derecho afectados. Su función es de informadores indispensables, y su ausencia implica la imposibilidad de ejercitar la acción penal o persecutoria por parte del titular monopolístico.

Para Díaz de León, la querella " es el medio idóneo reglamentado por la ley, a virtud del cual se reconoce al ofendido (en ciertos tipos de delitos) el derecho subjetivo que proviene de la norma jurídica que estatuye la acción penal, para que a su arbitrio y potestad

¹¹⁷ ALFARRI VIÑO, Sergio Op. Cit. p. 125

disponga del mismo, no pudiendo el Ministerio Público cumplir con su deber de accionar sin que antes así se lo hubiera hecho saber y exija su titular".¹³⁸

A) Interpretación del segundo párrafo del artículo 107 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero Federal.

En este apartado trataremos de dar nuestra interpretación al párrafo segundo del artículo 107 del ordenamiento en cita, dice así el párrafo:

" Pero una vez llenado el requisito de procedibilidad dentro del plazo antes mencionado, la prescripción seguirá corriendo según las reglas para los delitos perseguibles de oficio. "

Como podemos observar se dan dos diferentes regímenes en orden a la prescripción el de la perseguibilidad de oficio y el de la perseguibilidad sólo por querrela del ofendido. tales regímenes, se unifican con un idéntico criterio (el de la perseguibilidad de oficio), una vez que la acción penal se ha deducido ante los tribunales.

En efecto, entendemos que el artículo 107 y en general la perseguibilidad de los delitos sólo previa querrela son casos excepcionales; ya que lo que normalmente es que el Estado no se imponga barreras especiales para perseguir los hechos que pueden llegar a ser delictuosos y que motivan su interés al ser típicos. Sin embargo, existen ciertos hechos los perseguibles sólo por querrela del ofendido que son valorados por la ley de forma diferente de los otros necesitando existir el requisito procesal de la querrela; por sus especiales características. tales hechos están sometidos a un régimen diferente en cuanto al tiempo de operancia de la prescripción y la forma de computarla. Es importante resaltar que no obstante de que se altera substancialmente el sistema de perseguibilidad por razón de la querrela, el titular de la acción persecutoria sigue siéndolo el Estado y es esta acción la que puede prescribir conforme a las reglas especiales.

¹³⁸ DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio Teoría de la Acción Penal, se Edn UNAM México 1974, p.203

Así mismo piensa Díaz de León cuando afirma que " la acción en lo penal, para su correcto ejercicio, requiere de ciertos requisitos de procedibilidad que pueden ser resumidos básicamente en: cuerpo del delito (actualmente elementos del tipo penal), la presunta responsabilidad del inculgado, agregado el de la querrela, para aquellas causas que sólo son perseguibles a instancia del agraviado. Luego, de lo referido se infiere que nuestro Estado existe monopolio del Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal, aún en los delitos que necesitan de la querrela para consignarse al órgano jurisdiccional."¹³⁹.

En este mismo sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha manifestado en los siguientes términos:

" **ACCION PENAL.** Aún cuando el delito que se persiga sea del orden privado, la acción penal correspondiente sólo puede ejercerse por el Ministerio Público ante los tribunales, teniendo sólo la parte ofendida el derecho de presentar su querrela ante el representante de aquella institución, pues el artículo 21 constitucional habla de los delitos en general, y no hace distinción alguna sobre si son del orden privado o del orden público.

Semanario Judicial de la Federación. Quinta. Epoca. Tomo XIII. Página 924.
Cortes Bautista Maria Ester."

B) Temporalidad necesaria para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria según el artículo 107 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal.

En este apartado precisaremos la operancia de la prescripción de la acción persecutoria que opera de la siguiente manera:

- a) En un año si el delito sólo mereciere multa.
- b) Si además de la multa el delito tiene otra sanción que sea corporal, alternativa o accesoria, se atiende a la sanción corporal.

¹³⁹ Ibidem p. 235

c) Habiendo sanción corporal, nunca la prescripción de la acción pierde ser inferior a tres años.

d) Para determinar el curso de la prescripción habiendo sanción corporal, se tiene que estar al término medio aritmético de la pena señalada en abstracto al delito de que se trate.

El artículo 107 de nuestro Código Penal señala dos términos diferentes para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria; ambos se repiten desvinculados del término medio aritmético de la pena probable y estos son: el de un año y el de tres años. más adelante veremos el significado de la forma de computar el tiempo, es conveniente dejar asentado que es el artículo 105 del ordenamiento en cita el que nos ordena la regla general del término medio aritmético, de la pena probable que le correspondiere al delito pero que en ningún caso el término será menor a tres años, lo que viene a dar como resultado que la prescripción de la acción persecutoria según la regla general es de tres años, por así ordenarlo el artículo 105 del ordenamiento en cita. En cambio, tratándose de delitos que sólo sean perseguibles por querrela del ofendido, la situación es a la inversa o sea, que lo que era mínimo según el artículo 105 se vuelve máximo atendiendo al artículo 107, dato que obtenemos de la parte final del primero de los párrafos que lo integran, ya que dice: " y en tres (años) independientemente de esta circunstancia ", por lo que esta circunstancia es la relativa al conocimiento del delito y del delincuente por parte del ofendido.

De esta manera por lo transcrito, observamos una modificación de las temporalidades, ya que por una parte no rige lo proveniente de la media aritmética y por la otra, lo que en los casos normales de los hechos perseguibles de oficio es el mínimo, en los de querrela es lo máximo.

" En efecto, por el simple hecho de estar ante la presencia de una perseguibilidad sólo previa querrela, la regla aplicable, en principio, es la del 107. sin

embargo, si ya se formuló querrela y se dedujo la acción ante los tribunales se tendría que estar ante la regla común o normal, que en realidad no existe, puesto que la caución de no ofender, como pena probable, no vincula el caso con un término preciso, puesto que la sanción llamada alternativa, (la caución de no ofender) tiene su alternatividad relacionada con la exención de pena, que no con la pena corporal, que es la idea manejada por el legislador. Luego, ni hay base para computar el término cuando se regrese a la normal perseguibilidad de oficio, situación que se torna mas aguda cuando vemos que se esta ante la presencia de una facultad discrecional, según la cual el Juez " podrá " eximir de pena o imponer caución de no ofender."

140

Asimismo Latagliata nos dice que " debe reconocerse que la ley no esta en condiciones de dictar al Juez, anticipadamente, la pena que este debe imponer en cada caso posible y por consiguiente no puede menos que confiarse al Juez y de concederle un ámbito de consideración. "141

Nuestra opinión a manera de solución obligada, sería la aplicación del primer párrafo del artículo 107, nada más ya que la falta de satisfacción de los presupuestos normativos, no tienen apoyo en ninguna de las hipótesis contempladas, esto es la presentación del ilícito con conocimiento del ofendido y que sea contemporáneo con su consumación y no debe de haber mas que un término de prescripción que es el de un año, siempre y cuando se satisfaga el requisito de la querrela.

Como podemos observar la regla general respecto de la forma de empezar a contar el tiempo que proporciona el artículo 102, es modificada por el artículo 107 en sus dos variantes señaladas porque lo que determina el inicio del curso de la prescripción, el conocimiento del hecho (delito) y su autor (delincuente) que tiene la parte ofendida; en la

140 VILA Y TREVÍÑO, Sergio Op. Cit. p. 342

141 LATAGLIATA, Angelo Raffaele Circunstancias Discrecionales y Prescripción del Delito, Instituto de estudios políticos, España, 1973 p. 79

primera hipótesis, la duración es de un año con el principio ya consignado y la otra, como ya vimos es el de tres años, cuando se ignora el hecho (delito) y su o sus autores (delincuente).

C) Inicio del curso del tiempo en función del conocimiento de la parte ofendida.

Antes de proseguir debemos de entender que la ley condiciona el inicio del curso del tiempo a algo por parte de alguien, y ese alguien es la parte ofendida. En efecto el Hecho que motiva el ejercicio de la acción persecutoria requiere la formulación de querella y se aparta de la regla común de la perseguibilidad de oficio, y es la ley la que establece la duración total del curso necesario para que opere la prescripción de la acción que será de un año, contado a partir de que se sabe del delito y del delincuente. Esta brevedad del plazo se entiende en razón de que los delitos de querella interesan más al particular ofendido que a la sociedad. Sin embargo hoy en día esta concepción ya no es tan aceptada en nuestro medio, en virtud de que han aparecido tipos altamente trascendente al conjunto social y que por política criminal y requieren de la querella , como ejemplo los llamados tipos de defraudación fiscal. Como la ley no distingue en entre la querella de un particular y la querella del Estado, según se trate de la parte ofendida, prescribirán en un año.

Ahora bien, cuando el artículo 107 nos ordena que tratándose de delitos de querella, la acción prescribe en un año, contando desde el día que se tuvo conocimiento del delito y del delincuente, como podemos observar la ley utiliza el nexos copulativo " y ", motivo por el cual se debe de tener conocimiento tanto del delito como de los autores, para que opere el principio excepcional de la duración mínima de un año de la prescripción de la acción persecutoria por delitos de querella.

Por lo anterior como ya han apuntado Welzel y Schroeder, se esta tomando una base dogmática del concepto formal de la antijuricidad, esto es como un juicio de desaprobación del hecho por parte del ordenamiento jurídico, por razón del adecuamiento

típico que debe de conocer el ofendido, ya que el hecho concreto coincide con el tipo particular, desde el punto de su presunta antijuricidad; motivo por el cual cuando la ley en el artículo 107 requiere para que surta la hipótesis según la cual el curso de la prescripción de la acción persecutoria sea de un año y con ello el conocimiento por parte del titular del derecho afectado por la realización del hecho concreto que le invade su esfera jurídica (derechos), esto equivale a conocer el delito y el delincuente.

D) Concepto de parte ofendida, para comprensión del artículo 107 del Código Penal para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia del fuero Federal.

Tomaremos como punto de partida en el presenta apartado, que el tipo es protector de un interés jurídico o que El Derecho Penal protege los bienes jurídicos mediante sus normas (prohibiciones y mandatos) y que el Derecho Penal prohíbe las acciones dirigidas a la lesión de los bienes jurídicos, toda vez que cuando haya una afectación a algún interés jurídicamente protegido por algún tipo, necesariamente habrá un titular del interés que resulte afectado por la conducta típica.

Cuando hacemos mención a la conducta típica como el único medio para la aparición de la afectación del interés jurídico, necesariamente mencionaremos al ser humano como autor del comportamiento, ya que el derecho penal regula la conducta y el único ente capaz de desarrollar conductas prohibitivas por el derecho penal es el ser humano, que se convierte en el sujeto activo de la conducta típica como presunto delincuente, y en consecuencia también existe un sujeto pasivo, en el delito que necesariamente es un hombre o persona jurídica, el Estado la colectividad o una masa indeterminada.

En este supuesto de sujetos activos y sujetos pasivos, el Estado interviene como titular del derecho para obtener del tribunal jurisdiccional la clasificación de un hecho determinado, ya sea delictuoso o no delictuoso pero la figura y la presencia del otro, o sea del

pasivo ha recibido diferentes denominaciones, entre nosotros se ha reconocido la figura de parte ofendida y son múltiples las normas del código penal que ha ella se refieren; aún cuando le niegue intervención dentro del procedimiento, sin embargo, queda reconocida dentro de una parte dentro del sistema al darle el tratamiento de titular de ciertos y muy importantes derechos, de los que destacan por su notable trascendencia el de formular su querella que se convierte en un requisito de procedibilidad para la perseguibilidad de ciertos hechos.

Esta parte entre nosotros es llamada ofendida, que es la titular del interés jurídicamente afectado por una conducta típica y al mismo tiempo titular del derecho a formular la querella; como ya se ha dicho el derecho, reconociendo que el delito por su evidente gravedad debe ser protegido por el Estado que tiene la obligación de hacerlo, subordinando su actuación a la de la víctima, que puede preferir por no querellarse y el Estado en obsequio del ofendido renuncia a hacer efectiva su acción penal, mientras la víctima no declare.

E) Diferencia entre acción persecutoria y querella del ofendido.

En el presente apartado trataremos de distinguir que diferencia hay entre la acción persecutoria y la querella de la parte ofendida, tratando de discernir si lo que prescribe es el derecho al ejercicio de la acción o a la formulación de la querella; que para el caso de esta última pudiera no ser prescripción, sino caducidad u otro fenómeno relacionado con el transcurso del tiempo.

Para abordar este tópico, tenemos que dejar asentado quien es el titular en cada caso: por lo que hace a la acción persecutoria en un sistema como el nuestro no existe la menor duda que es el Estado. monopolio que por mandato constitucional otorga al Ministerio Público; mientras que la querella es un derecho que le corresponde al ofendido, titular del interés afectado por la conducta típica, que puede ser un particular, una persona moral e incluso el mismo Estado.

Otra de las diferencias que existen entre las dos figuras en comento. es que la acción es la base sustancial para todo procedimiento, mientras que la querrela es un requisito para la procedencia de la acción en ciertos casos, con el objeto de llegar a la verdad legal, es decir que si un hecho es o no delictuoso y su o sus imputados autores delincuentes, motivo por el cual siempre se requiere que el Ministerio Público acuda ante el Juez en ejercicio de la acción persecutoria.

Y la que consideramos es la diferencia más palpable que existe entre la acción y la querrela, es que la primera es una obligación que la ley reserva al Ministerio Público a efecto de que la ejercite ante el órgano jurisdiccional; mientras que la querrela es un derecho que tiene el sujeto pasivo de quejarse ante la autoridad (Ministerio Público), por la transgresión de un bien jurídicamente tutelado que no es perseguible de oficio, si no a petición de parte. En corroboración de lo antes manifestado, la acción persecutoria por el carácter de ser una obligación se debe de ejercer en todos los casos, mientras que la querrela al ser un derecho queda al arbitrio del individuo su ejercicio o su no ejercicio.

F) Prescripción de la acción persecutoria o derecho a formular querrela.

De la diferenciación que realizamos en el apartado próximo pasado entre acción y querrela llegamos a la conclusión que manifestamos enfáticamente que la acción persecutoria es la única que prescribe, no así la querrela, ya que en nuestro derecho positivo se encuentra plenamente estatuida la prescripción de la acción persecutoria que tiene el Estado para perseguir los supuestos delitos. Esto es claro por el conjunto de normas citadas en los preceptos del 100 al 115 de nuestro Código Penal; mientras que el derecho de los particulares a querrellarse. al menos en nuestro sistema jurídico no prescribe ni mucho menos caduca dicha facultad ya que ni el Código Penal como ordenamiento sustantivo ni los procesales como adjetivos se refieren en ninguna sola ocasión a la caducidad del derecho a formular la querrela.

G) Algunos casos que pueden presentarse para la interpretación de los artículos 107,110 y 111, del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal.

Nuestro sistema jurídico que se debe de basar en una dogmática realista y es la concreción de la ley; se dispone para lograr ese fin un doble postulado: " primero, que la aplicación de la ley a la realidad constituye el objeto último de la dogmática jurídico-penal, por lo que ha de presidir su contenido, y segundo, que en el proceso de aplicación de la ley reclaman atención igual las normas jurídicas que la realidad."¹⁴²

Partiremos de la base que todos los casos que se pueden verificar bajo la óptica de los preceptos en comento, es que son problemas de delitos (hechos) perseguibles sólo previa querrela de la parte ofendida y lo que se pretende localizar cuales son las reglas aplicables para determinar como funcionan las causas de interrupción del curso de la prescripción de la acción persecutoria.

En la mayoría de los casos al haber transcurrido la mitad del lapso necesario para que produzca sus efectos la prescripción, el curso solamente se puede interrumpir con la legal aprehensión del inculpado. En esta hipótesis se pueden colocar casos que hayan sido en principio investigados y respecto de los cuales se pudo haber ejercido la acción persecutoria de manera equivocada.

" Lo que la ley quiere significar en estos casos, según nosotros, es que cuando la querrela y la consignación son por si mismas eficaces para interrumpir el curso de la prescripción ya iniciado (de un año o de tres, según el caso), la simple consignación o, por mejor decir adecuado al lenguaje de la expresión de la ley, el haber deducido la acción ante los tribunales, hace que los hechos de que se trate, sometidos a reglas especiales por ser de querrela necesaria, regresen a la normalidad del tratamiento común en orden a la prescripción, que es, evidentemente, el aplicable a todos los hechos perseguibles de oficio. Si no

¹⁴² MIER PUG, Santiago Introducción a las bases del Derecho Penal, Bosch casa Edit. España. 1973 p. 331

interpretamos el precepto en la forma propuesta, habremos de encontrar con una situación a la que nunca hemos hecho referencia y que desnaturaliza todo el fenómeno de la prescripción, ya que la simple consignación (deducir la acción) en cualquier tiempo, alteraría las reglas de computación, los principios de interrupción y, básicamente, resultaría alterada la seguridad jurídica, ya que el Ministerio Público, con sólo deducir la acción, podría cambiar un régimen de prescripción de un año a nueve años, como en el abuso de confianza, por ejemplo y ello no es razonable."¹⁴³

H) La significación de la muerte del ofendido para la prescripción.

Creemos que pueden darse los siguientes criterios definidos en cuanto a la significación de la muerte del ofendido para la prescripción de la acción persecutoria.

" a) La muerte del ofendido no interrumpe ni suspende el curso de la prescripción; en esencia ambos fenómenos están regulados por la ley, y la muerte del ofendido no aparece como causa que suspenda o interrumpa el curso de la prescripción. Esta afirmación es de tipo general, sin embargo, es necesario reconocer que en ciertos casos pudiera pensarse en que la muerte del ofendido diera causa para una suspensión; este podría ser el caso en que la querrela, que forma parte de los derechos de alguien, haya sido impugnada en su alcance y titularidad con motivo de la muerte del ofendido, ante una autoridad judicial y se encuentre pendiente en sentido final de la resolución, con lo que la prescripción quedaría sometida al régimen del 109;

b) En todos los casos en que el ofendido, como titular del bien o interés jurídicamente protegido y de la querrela, muere sabiendo del hecho que requería de su querrela, el curso de la prescripción no se suspende ni se interrumpe, y cuenta con un año a partir de la fecha del conocimiento; al fallecer el ofendido y titular de la querrela, el derecho a

¹⁴³ VILLALBA, Sergio. Op. Cit. p. 384

querellarse pasa a la representación legal de su sucesión, es decir, al albacea y por la misma temporalidad ya señalada de un año;

c) Si el ofendido y titular de la querella muere sin saber del hecho, es decir, del delito y del delincuente, el término es de tres años contados según la naturaleza del hecho concreto y del derecho a la querella corresponde igualmente al representante de la sucesión;

d) Si el ofendido supo del hecho y muere dejando instrucciones para la formulación de la querella, ésta será válida si está hecha por quien tenga facultades para ello y siempre que el interés o el bien jurídico sea transmisible por medio de la sucesión; no podemos aplicar en estos casos la idea del 360-I antes expuesta, porque no todos los bienes jurídicos involucrados son tan especiales como el honor, que es al que se refiere el citado precepto, por lo que hay que estar a las reglas generales aplicables al caso; supongamos el caso de adulterio, que requiere querella, para imaginar lo absurdo que sería que el "cónyuge ofendido" dejara un mandato específico para proceder a la querella, independientemente de lo irregular que resulta el mandato así otorgado, ya que por ley, el mandato especial o general, termina con la muerte del mandante, según lo dice el artículo 2595-III del Código Civil. ¹⁴⁴

¹⁴⁴ *Ibidem* p.p. 393-394

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Que el ejercicio de la acción penal corresponde únicamente al Ministerio Público monopólicamente, en tanto que el ejercicio de las acciones civiles le corresponden a todos y cada uno de nosotros.

SEGUNDA.- Que la facultad que tiene el Ministerio Público para ejercitar la acción penal, no es de carácter discrecional pues solamente hará el uso de esa facultad donde la ley lo ordene.

TERCERA.- Que el juzgador o juez penal, tiene la facultad imperativa de variar la tipificación del delito por el que el Ministerio público acusó, ya sea en el momento de dictar el auto constitucional o en el momento de dictar sentencia correspondiente.

CUARTA.- La función de administrar justicia que tienen los jueces, emana de la soberanía del Estado que es quien delega esa facultad con imperio y poder de decisión, debiendo ser capacidades independientes e inamovibles a la hora de juzgar.

QUINTA.- La prescripción es un medio de adquirir el dominio de una cosa o de liberarse de un cargo u obligación, mediante el transcurso del tiempo y bajo condiciones que establece la ley.

La prescripción es la extinción de una acción ejercitable, en virtud de la inercia de su titular, durante un cierto tiempo y en audiencia de causas predisivas de su curso.

SEXTA.- En materia penal existe la prescripción de la acción, la cual limita la facultad de ejercitar la acción penal del Ministerio Público, y la prescripción de la pena que limita la facultad respectiva del Estado.

SEPTIMA.- Son titulares de la facultad de alegar la prescripción de la pena, tanto el Ministerio Público, durante la averiguación previa, y del órgano jurisdiccional durante el proceso previamente dicho.

OCTAVA.- Que se debe de reglamentar de manera indubitable que el juez que conoció de la causa, sea el que esté facultado para declarar la prescripción de la sanción.

BIBLIOGRAFIA

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Derecho Penal. Editorial Harla, S.A. México, 1993. 417 pp.

CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1994, 490 pp.

CARPIZO, Jorge. La Constitución Mexicana de 1917. 7ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1986. 311 pp.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 31ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1992, 347 pp.

CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel. El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México. 2ª Edición, Editorial UNAM, México, 1993, 279 pp.

DE AL CRUZ AGÜERO, Leopoldo. Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995, 597 pp.

DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. Garantías Individuales y Amparos en Materia Penal. Editorial Duero. S.A. de C.V., México, 1992, 147 pp.

FOUCAULT, Michel. La Verdad y las Formas Jurídicas. Editorial Gedisa Mexicana, S.A., México, 1986. 174 pp.

GÓMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. 6ª Edición, Editorial UNAM, México, 1983. 357 pp.

J. COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial Nacional, México, 1981. 503 pp.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. 2ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1995. 287 pp.

MARQUÉZ PIÑERO, Rafael. El Tipo Penal. Editorial UNAM, México, 1986, 394 pp.

MORO, Tomás. Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1991, 1010 pp.

ORONOS SANTANA, Carlos M. Manual de Derecho Procesal Penal. 3ª Edición, Editorial Limusa. 1940. 194 pp.

PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 6ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. México. 1970. 877 pp.

SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial Harla, México, 1990, 826 pp.

VELA TREVIÑO, Sergio. La Prescripción en Materia Penal. Editorial Trillas, México, 1983, 563 pp.

LEGISLACION

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL
50a. de. Editorial Porrúa, S.A. México, 1996, 363p.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL
50a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1996, 317p.

**CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN, Y
PARA TODA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.**
51a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1996, 317p.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 87ª Edición,
Editorial Porrúa. S.A., México, 1997, 133 p.