

683

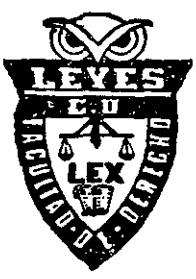
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**



**FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE UNIVERSIDAD ABIERTA**

**ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 113 DEL CÓDIGO
PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO
FEDERAL**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A:
MARÍA GUDALUPE PALACIOS RIVAS



295592



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.

Esta Tesis fue elaborada bajo la dirección
del Lic. José Antonio Granados Atlaco,
en el Seminario de Derecho Penal,
siendo Director del mismo
el Dr. Luis Fernández Doblado

DEDICATORIA

A MIS HIJAS

Para mis dos amores Alma Haydee y Jeanette Guadalupe, quien siempre me han colmado de todo aquello que sólo los hijos pueden dar: amor y ternura, pero sobre todo grandes satisfacciones.

A MI ESPOSO

Hugo, quien ha logrado que mi existir sea de plena dicha; quien con su comprensión, y fortaleza le dio sentido a mi vida. Para ti este pequeño homenaje del gran amor que te tengo.

AL CATEDRÁTICO

José Antonio Granados Atlaco, quien con su paciencia y conocimientos de jurista a contribuido a mi formación como Licenciada en Derecho.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 113 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

ÍNDICE

PÁG.

INTRODUCCIÓN.....	1
GLOSARIO.....	3

CAPÍTULO PRIMERO ANTECEDENTES DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

1.1 Panorama General.....	6
1.2 Época Precolonial.....	18
1.3 Época Colonial.....	24
1.4 México Independiente.....	30
1.5 Época Contemporánea Después de la Revolución.....	38

CAPÍTULO SEGUNDO MARCO CONCEPTUAL

2.1 Concepto de Prescripción.....	44
2.2 Concepto de Reparación de Daño.....	50
2.3 Concepto de Pena.....	60
2.4 Concepto de Resolución Ejecutoriada.....	70

CAPÍTULO TERCERO REFORMAS DEL ARTÍCULO 113 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

3.1 Exposición de Motivos.....	78
3.2 Artículo 113 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, según Diario Oficial del 31 de agosto de 1931.....	84
3.3 Artículo 113 del Código Penal vigente para el Distrito Federal según Diario Oficial del 23 de diciembre de 1985.....	85

CAPÍTULO CUARTO ESTUDIO DEL ARTICULO 113 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

4.1 Aspecto Doctrinal.....	91
4.2 Aspecto Legal.....	105
4.2.1 Prescripción de la Pena Privativa de la Libertad.....	118
4.2.2 Prescripción de la Pena de Multa.....	123
4.2.3 Prescripción de las demás sanciones.....	127
4.3 Aspecto Jurisprudencial.....	135
4.4 Crítica al Artículo 113 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.....	145

CONCLUSIONES.....	149
BIBLIOGRAFÍA.....	152

INTRODUCCIÓN

En la elaboración de este trabajo, pretendo analizar el artículo 113 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el cual expone fundamentalmente la prescripción de la reparación del daño.

Al existir una conducta ilícita con la cual se causa daño a uno o más individuos en su persona, en su familia, domicilio, en sus papeles o propiedades, ante esto la norma jurídica sanciona, en algunos casos; privando de la libertad, fijando una multa y/o condenando a reparar el daño.

El individuo que causa un daño se hace acreedor a una sanción la cual debe cumplir; pero dentro de nuestra sociedad al existir diversos grupos sociales a razón de factores económicos, culturales, creencias, etc., nace la necesidad de crear leyes que beneficien al sentenciado que carezca de recursos económicos con los cuales pueda reparar el daño que haya causado.

Ante esta problemática se le da aplicabilidad al artículo 113 del Código Penal vigente del Distrito Federal que fue creado tomando en cuenta a los diversos grupos sociales a razón de factores económicos, culturales, etc.

Con la reparación del daño, se busca una reivindicación hasta donde sea posible de los derechos afectados de la víctima, mientras que la prescripción de la reparación del daño beneficia al victimario, cuando dicha prescripción opera a favor de éste al cumplir con los requisitos que conforma dicha prescripción

Para analizar este ordenamiento legal es necesario referirnos a aspectos históricos que han dado vida a la prescripción de la reparación del daño.

El objetivo de este trabajo es que la persona que lo lea le sea más fácil comprender que la prescripción de la reparación del daño es producto de un proceso lógico-jurídico, y

que para que este se dé, es menester reunir los requisitos que la conforman.

Vaya pues, este pequeño análisis del artículo 113 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el cual señala la prescripción de la reparación del daño, ordenamiento que se inclina por los sentenciados de escasos recursos económicos, quienes no pueden pagar el daño que han causado, pero si les beneficia la prescripción de la reparación del daño, esto con el simple transcurso del tiempo que corre desde el momento en que la sentencia ha causado ejecutoria y se determine la existencia de alguien que tiene interés en esta reparación y a quien se le notifica de la existencia de una acción a su favor en cuanto a la reparación del daño, del cual fue objeto.

Es mi afán de proporcionar un panorama de lo poco o mucho que he asimilado sobre la aplicación del derecho penal gracias a los profesores que imparten su cátedra en esta Universidad Nacional Autónoma de México en la Facultad de Derecho Sistema Abierto, quienes con sabiduría y amplio conocimiento del derecho contribuyeron a mi preparación profesional, esos catedráticos que sábado con sábado asisten a compartir sus conocimientos con sus alumnos, de ahí surge mi interés por analizar el artículo 113 del Código Penal del Distrito Federal, que se refiere sobre la Prescripción de la Reparación del Daño.

GLOSARIO

- ACTIO IUDICATI:** La sentencia otorgaba al actor vencedor exigir las consecuencias de la sentencia a su favor.
- AEQUITAS:** El término latino *aequitas* o *aequus*, alude a la necesaria adecuación que el derecho tiene que lograr al aplicarse el caso concreto; por esto suele decirse, con razón, que la equidad es la justicia del caso concreto, porque de lo contrario el derecho conduce a la máxima injusticia (*summum ius summa iniuria*). La *aequitas* fue para los romanos el medio que les permitió llevar a su máxima expresión las garantías jurídicas de la vida social, estableciendo la necesidad que separa el Derecho el poder arbitrario, considerando que para el Derecho fuese tal, precisaba moverse siempre en sentido de lograr la equidad.
- ALIENI IURIS:** Término instituido en Roma para denominar a la persona que estaba bajo la potestad del *Paterfamilias*.
- CONDEMNATIO:** Era la parte de la fórmula por la cual el Juez recibe autorización para condenar al demandado o de absolverlo.
- CONDE MNATIO PECUNIARIA:** La sanción es en dinero.
- EXCEPTIO:** Era una restricción a la facultad de condenar, otorgada al juez.
- FAS:** Expresión utilizada por los romanos para designar a las instituciones de derecho que consideraban de origen divino, en contraposición a las emanadas de los hombres. Por lo tanto *fas* es el derecho sagrado o *lex* divina, en tanto *ius* es la obra de la humanidad o *lex* humana. En cuanto al concepto *fas* se sabe que procede del verbo *fari* que significa hablar. *Fas* fue utilizada como sinónimo de licitud y *necfas*

como relativo a la ilicitud, que impide violar lo que es sacro.

FURTUM MANIFESTUM:

En caso de delito flagrante de robo, el ladrón o su dueño debían una multa de cuatro veces el valor del objeto. Para que un robo fuera considerado como flagrante, era necesario encontrar al ladrón con el objeto, antes de que hubiera llevado el botín al primer lugar de destino.

FURTUM NEC MANIFESTUM:

En caso de delito no flagrante de robo, la multa privada era el doble del valor del objeto.

IUS:

Ius o *jus*, derecho, es el término latino que proviene de la raíz sánscrita *ju*, ligar, indicando que el derecho es una de las fuerzas que amalgaman a los individuos que pertenecen a una misma sociedad. Existe por otra parte la teoría de Juan Bautista Vico que explica que *ius* deriva de *Lovia*, Júpiter, en tanto que es la palabra divina o su expresión característica. Con independencia de lo anterior, el término *ius* designa para los romanos el derecho en sentido objetivo, es decir, la norma (*lex-ius-regula*) y en sentido subjetivo la facultad, entendida como el poder jurídico que concretamente pertenece a un sujeto de derecho en cierto momento. De acuerdo con Ulpiano, Celso define al Derecho como: *ius est ars boniet-aequi*, es decir, el Derecho es el arte de lo que es bueno y de lo que es equitativo.

IUS CIVILE:

Fue el derecho de la ciudad, reservado privativamente a los *civis* de Roma. Tuvo por fuentes la ley y la costumbre.

IUS GENTIUM:

Es la parte del derecho Romano que coincide, en sus principios fundamentales, con el Derecho privado de otras naciones. En términos equivalentes y más precisos: viene a ser aquella parte del derecho nacional que los mismos romanos consideran como la razón escrita, como derecho común a todos los hombres.

LEX AQUILIA:	Esta ley constituyó el régimen anterior de la Ley Decenviral sobre algunos casos de daños en cosa ajena.
LEX HUMANA:	Obra de la humanidad
LEX IULIA:	Declara libre de la tutela La mujeres ingenuas que tuviesen tres hijos.
PATERFAMILIA:	<i>Paterfamilias</i> o jefe de familia, es el título dado al individuo <i>sui juris</i> , es decir, aquél que está libre de toda autoridad, dependiendo de él mismo, que tiene el derecho de tener un patrimonio y de ejercer sobre otro las cuatro clases de poderes que contempla el <i>ius civile</i> derecho del amo sobre el esclavo, patria potestad, <i>manus</i> y <i>mancipium</i> . Cabe aclarar que el concepto de <i>paterfamilias</i> no esta ligado al hecho de tener descendencia o de haber engendrado hijos, sino al de no estar sometido al poder doméstico de nadie.
PRESCRIPCION:	Las <i>prescriptiones</i> eran dentro del procedimiento formulario una de las partes accidentales de la composición de la fórmula, procediendo o reemplazando algunas veces a la <i>domostratio</i> . Existían dos tipos de prescripciones, las que estaban añadidas a la fórmula en interés del demandante (<i>ex parte actoria</i>) y las que se agregaban en interés del demandado (<i>ex parte rei</i>). Las <i>prescriptiones</i> tenían como finalidad limitar y precisar la demanda en el caso de la <i>ex parte actoris</i> y, constituirse en una especie de excepción en las <i>ex parte rei</i> .
REIPERSECUTORIA:	Esta acción existía para recuperar el objeto robado o la indemnización respectiva.
SEXTO MANDAMIENTO:	No cometerás actos impuros. ¿Quién es el que le guarda enteramente? el que es casto en palabras obras y pensamientos.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO

113 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO

FEDERAL

CAPÍTULO PRIMERO.

ANTECEDENTES DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

1.1 PANORAMA GENERAL

Lograr que las relaciones humanas se lleven a efecto en la forma más pacífica posible, es función fundamental del Derecho; el Derecho Penal cumple hasta donde es posible con esa función, ya que su intervención en caso de la comisión de delitos tiene lugar cuando ya no es posible evitarlos y sólo cabe la imposición de la sanción correspondiente, aspecto éste que se ubica dentro del llamado Derecho Penal Preventivo, que trata de establecer las condiciones necesarias en la sociedad para evitar que se cometan delitos, o sea, comprende a las llamadas medidas de seguridad.

Parece indiscutible que ya los griegos de la época de Demóstenes conocían el fenómeno de la prescripción, aun cuando nosotros ignoremos en la actualidad los alcances absolutos que le atribuían y las características que le eran propias. Esto resulta comprobable leyendo el texto de la defensa que de sí mismo realizó Demóstenes cuando fue acusado por Esquines de carecer de derechos para recibir los honores con que se le premiaba, y que en la parte relativa dice así. "Sin embargo, cuando era posible imponerme un castigo según las leyes, si había cometido una injusticia, en la rendición de cuentas, en las denuncias, en otros procedimientos legales, lo dejaste pasar. En cambio, cuando soy inocente en todos los aspectos, por las leyes, por el tiempo transcurrido, por la prescripción, por haber sido juzgado muchas veces ya acerca de todos los asuntos, por no haber quedado convicto de ninguna

injusticia contra vosotros, y cuando lo lógico que la ciudad participe en más o menos grado de la gloria de unos actos sancionados por el pueblo, ¿ahora me sales al paso?"¹

Es clara la asociación de ideas planteada en el párrafo transcrito, en cuanto a que por la simple razón del tiempo transcurrido, por la prescripción, carecía de fundamento la acción intentada por Esquines contra Demóstenes. Obviamente, si se hacía una invocación de la prescripción era porque ella existía y era conocida por los atenienses que juzgaban el caso; más allá del efecto que pudiera producir como impedimento para el enjuiciamiento, es poco o nada lo que se conoce de ella en el ámbito de la cultura helénica.

La lógica fundada de que al asimilar Roma la tradición helénica, le haya dado la forma institucional y sistemática que empieza a aparecer en la "*lex Iulia de adulteris*". Lo anterior significa que Roma edifica sobre los cimientos puestos por la Grecia eterna

Existe la idea generalizada en el sentido de que el origen de la prescripción en el Derecho Penal se encuentra en la llamada "*lex Iulia de adulteris*", que data de tiempo de Augusto en Roma, hacia el año 18 a. de J.C. La verdad es que, como lo afirman entre otros autores Vera Barros, Cuello Calón y Pessina, "efectivamente la primera construcción sistematizada que nos es conocida acerca de prescripción y sus efectos se encuentra en la citada ley romana; en ella se consigna un término de cinco años para la prescripción de ciertos delitos, como son el adulterio, el entonces llamado "*stuprum*" y el lenocinio".²

En los primeros siglos de Roma en la etapa clásica alta, el derecho estaba ligado a la religión; no obstante conservó su dominio propio. Los romanos tuvieron expresiones diferentes para designar instituciones que ellos consideraban como de origen divino y las que emanaban de los hombres. *fas* es el derecho sagrado, *lex divina*; *ius* (derecho) es la *lex humana*.

¹ Francisco P. Samaranch y Julio Palli Bronet, Elocuencia Griega, Madrid, 1969, pág. 605

² Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal Tomo I, Parte General, Editorial Bosch, Barcelona, 1968, pág. 726 y de Pessina, Elementos del Derecho Penal, Reus, Madrid, 1963, pág. 695

excesivamente largos; que habiéndose iniciado la práctica judicial limitada a un año de duración como ocurría bajo Constantino, fue prolongándose en forma desmesurada hasta que se hizo patente la necesidad de imponer ciertas limitaciones que son perfectamente comprensibles dada la índole del proceso y la constitución del Estado romano, estas son ideas de Mommsen, mismas que comparte Manzini"⁶

Hoy en día lo manifestado por los juristas romanos sirve de base para que en nuestro Código Penal se contemple la prescripción.

En las épocas antigua y clásica, la equidad entraña la idea de que el fin del derecho era el de otorgar igual protección a intereses iguales o semejantes, y que el derecho debía ser el mismo, para todos los miembros de la sociedad. De donde resulta que, en aquellas etapas antigua y clásica, la palabra que traduce nuestra actual idea de lo justo y de la justicia objetiva., es la *aequitas*.

La prescripción es un modo de adquirir la propiedad civil mediante la posesión continuada

Los delitos, al igual que los contratos y las *variae causarum figurae* fueron en Roma, una fuente de obligaciones y quizás la primera reconocida como tal, según el autor Caramés Ferro. "El delito puede definirse como el acto ilícito que se castiga con una pena, y en el lenguaje de los juristas clásicos romanos *delictum* sería todo acto antijurídico del que se deriva *iure civile* una obligación penal (*obligatio ex delicto*) y una acción penal (*civilis actio poenalis*)".⁷

En Roma se distinguían dos tipos de delitos: los públicos (*crimina*) y privados (*delicta, maleficia*); los primeros, como ponían en peligro a toda la comunidad, eran perseguidos por el Estado y castigados con penas públicas (muerte, *interdictio aquae et ignis*, multa a pagar al erario, etc.).

⁶ Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Teorías Generales, volumen II, Editorial Editar, Buenos Aires 1950, pág 138

⁷ Caramés Ferro, Derecho Penal, Edición II, Madrid España, 1955, pág 122

Los segundos solo causaban a los particulares y sólo estos podían iniciar la persecución; daba lugar a una multa privada que sólo al ofendido beneficiaba. El castigo de estos delitos privados, va desde la venganza privada, ley de talión, composición voluntaria, hasta llegar a la fijación de una pena establecida por la ley, esto es, se llegó a la conclusión de que los delitos privados afectaban la paz pública y que el Estado debía reprimirlos independientemente de la voluntad de las víctimas.

En la época republicana la pena señalada por Ley Decenviral era muy severa. Así, si el *fur* era cogido en flagrante delito como el *furtum manifestum*, siendo *civis* perdía la libertad, y se le adjudicaba a la víctima (*addictio*); si era esclavo, era azotado y arrojado por la roca Tarpeya. Si no era robo flagrante *furtum nec manifestum* el *fur* debía pagar el doble del valor de la cosa robada.

Más tarde el pretor redujo la pena, acordando que tanto en el robo manifiesto como en el no manifiesto, la víctima ejercitara *la actio furti* por el cuádruplo en el primer caso y por el doble en el segundo, del valor de la cosa robada.

Analógicamente fueron siendo incluidos determinados delitos en las reglas de la prescripción, aun cuando se afirma que durante los tres siglos subsecuentes a la promulgación de las "*leges Juliae*" en realidad nada se legisló sobre esta materia. Es hasta la etapa diocleciana, donde se admite la prescripción de la perseguibilidad de los delitos, gracias a Diocleciano y Maximiliano, pero con ciertas excepciones. Estas son, en primer término las que se refieren a términos de prescripción de cinco años, con base en la *lex Iulia* y otras relativas a delitos imprescriptibles, como el parricidio. En esta época, la regla general establecía un término de prescripción de veinte años.

Hay una circunstancia digna de ser destacada en este periodo; todas las referencias a la prescripción son en relación con la acción para perseguir al autor de un hecho determinado, no hay mención alguna a la posible prescripción de la pena impuesta. Afirma Manzini "que el Derecho Romano no admitía prescripción de la pena ya infligida".⁸

⁸ Opus citatum, pág 139

Ya que, según parece la genética misma de la prescripción de la acción penal era la de castigar con pérdida de derechos, la negligencia o la malicia del acusador privado, a quien no acudía, o la hacía extemporáneamente, ante la justicia del Estado.

En el delito de robo, la víctima tenía dos acciones una penal, para lograr el pago de una multa, y otra reipersecutoria para recuperar el objeto robado o la indemnización respectiva.

En el derecho bizantino existía la *actio furti manifesti* y la *actio furti nec manifesti*. La primera al cuádruplo y la segunda al doble, ambas de carácter infamante, ejercitables no sólo por el daño de la cosa sino también por el que tuviese sobre ella un derecho real.

También se acepto que si después del robo, la cosa suba de valor, el interés del daño que se media por éste.

Dammum inturia datum, es el daño causado en cosa ajena. Este delito fue tipificado por la *lex aquilia*, que sustituyó a la Ley Decenviral sobre algunos casos de daños en cosa ajena. La acción de la ley por aprehensión corporal es ejecutiva.

El acreedor conduce al deudor ante el pretor y allí hace la imposición de la mano sobre el hombro del demandado, éste no puede desasirse pero puede presentarse en tercero (*vindex*) y discutir con el ejecutante sobre la procedencia de la imposición de la mano; si el magistrado la estima improcedente, el *vindex* deberá pagar al ejecutante el doble de la suma que estaba obligado a pagar al ejecutado (*litis crescentia*), en tanto que ha habido resistencia infundada a la pretensión del demandante. Si el *vindex* no se presenta, el magistrado hace la *addictio*, por la que el ejecutado es atribuido al ejecutante, éste lo lleva a su casa por 60 días en cadenas, cuyo peso no debe exceder de 15 libras, y si el ejecutado no puede procurarse comida, el ejecutante deberá proporcionarle al menos una libra diaria de harina. Durante tres días de mercado, el ejecutado es llevado ante el pretor, ahí el ejecutante proclama públicamente la deuda, hecho lo cual, si nadie paga por él, puede darse muerte al ejecutado o

venderlo como esclavo *trans Tiberim*, es decir, fuera de Roma, cuando el *Tiber* era límite de la ciudad. Si hay concurrencia de acreedores pueden estos descuartizar el cadáver y repartírselo.

La *condenatio* otorga poder al juez para condenar o absolver, con base en los supuestos de la *intentio*. Así en la *intentio* se decía *si paret... condemnato, si non paret, absolvito* (si resulta probado que...condena, si no resulta, absuélvelo), la *condemnatio* siempre tendrá por objeto una cantidad de dinero (*condemnatio pecuniaria*) al igual que la *intentio* la *condemnatio* es *certa* cuando se trata de una suma determinada e *incerta*, cuando no está determinada la cantidad a que deba condenar el juez. En estos casos será necesario hacer la estimación del valor de las cosas, esto es, la *litis aestimatio* (estimación del litigio).

El hecho de que la condena fuera en dinero ofrecía un inconveniente para el demandante, que con frecuencia no deseaba el pago de la cosa, sino su restitución, como ocurre en la *rei vindicatio*, *actio ad exhibendum*, *quod metus causa*, etc. Este inconveniente se solucionaba con la llamada "cláusula arbitraria" por la que, previa a la sentencia, el juez emite una *pronuntiatio*, en donde advierte al demandado que deberá elegir entre devolver el objeto reclamado o ser condenado a pagar la estimación. El juez solía permitir que la estimación fuera hecha por el actor mediante una declaración jurada (*iuramentum in litem*), que normalmente era sobre valorada, lo que servía como medio de coacción para obligar a la restitución; sin embargo, si el demandado prefería ser condenado a pagar la *litis aestimatio*, adquiriría la propiedad *bonitaria* de la cosa que retenía.

Exceptio. Es la cláusula que se inserta en la fórmula a petición del demandado, contiene una defensa que tiende a paralizar la *intentio* del demandante. Así, si el demandado alegaba que el actor había perdonado la deuda por un pacto.

La Ley Aquilia en su segundo capítulo se refería al caso del *condictio* que perdonaba la deuda al obligado en perjuicio del acreedor principal. El daño se estimaba según la ley en el valor máximo de la cosa; la jurisprudencia consideró que ese máximo abarcaba, también la pena del valor positivo

La *actio legis aquilia* era *poenae persecutoria*, y con ello la víctima se resarcía del daño sufrido e inclusive si el culpable negaba ser el tutor del hecho dañoso, tenía que pagar el doble en caso de condena.

Las penas señaladas por la ley Decenviral fueron sustituidas por una reparación pecuniaria y exigible mediante la *tiaco iniuriarum aestimatoria*. Esta acción era de carácter penal e infamante, correspondía ejercitarla únicamente a las personas ofendidas.

En el derecho justinianeo, en la etapa posclásica de Roma, la rapiña se consideraba de tipo mixto; ya que una cuarta parte de la sanción sería debida por el ladrón como indemnización del perjuicio causado y las otras tres cuartas partes como multa o pena se concedía no sólo al dueño de la cosa robada, sino también a toda persona interesada en que no se cometiera el robo.

Las acciones *reipersecutorias* son las que sirven para reclamar una res (cosa).

En tanto que por medio de las penales se consigue que el delincuente pague la cantidad a su víctima (*poena*), que suele consistir en un múltiplo del daño causado (duplum, truplum, cuadruplum)

A) **Cumulatividad.** Significa que si son varios los autores del delito, cada uno de ellos responderá por la totalidad de la pena. También puede hablarse de cumulatividad de acciones, por ejemplo cuando la víctima de un robo ejercita la *actio furti* para reclamar la indemnización además la *rei vindicatio* para recuperar el objeto hurtado.

B) **Intransmisibilidad Pasiva.** Solamente es responsable el actor del delito, no sus herederos, excepto cuando el delincuente muere después de fijada la *litis contestatio*.

C) **Noxalidad.** Cuando el delincuente es un *alieni iuris* la acción se dirige contra el *paterfamilias* o *dominus* que lo tuviera bajo su potestad en ese momento este puede liberarse de la responsabilidad entregando al delincuente.

D) La *actio iure (confessus iudicati)* puede ejercitarse contra el *iudicatus* (condenado) y contra el que confeso en la *fase in*) y tiene como efecto ejecutar en la persona

del deudor, en forma similar a como ocurría en la época de la Ley de las XII tablas, cuando se ejercitaba la *manus iniectio* o bien, en el patrimonio del condenado, como sucede más frecuentemente en época clásica, no obstante en la época clásica subsiste la ejecución personal.

E) La ejecución patrimonial se dirige contra la totalidad del patrimonio del deudor, de ahí que se permita concurrir a estos acreedores, aún cuando no hayan intervenido como parte en el juicio, es por ello que normalmente la ejecución patrimonial es concursal, esto es, concurrente varios acreedores.

Las instituciones justinianas señalan que los cuasidelitos originan la reparación del daño, y las obligaciones que nacen de cuasidelitos son las siguientes:

1) Acción de *effusis et deiectis*. El dueño respondía por el doble del valor de los daños. En caso de identificarse al autor del daño, se aplicaba la *actio legis aquiliae*.

2) Acción de *positis et suspensis*; se daba como recompensa, diez mil sestercios (debería cubrir la que causaba el daño).

Si *iudex qui litem suam fecerit*. Si el juez pronuncia una sentencia injusta o descuidaba su deber se le condenaba a indemnizar el daño.

Responsabilidad de los daños de navíos, posadas y establos. Si el culpable del daño derivado del dolo o robo era el esclavo del barquero, posadero o establero, a su dueño le correspondía pagar la indemnización. En tanto, si el culpable era una persona libre, el patrón respondía con base en la *Lex Aquilia*, por haber seleccionado personal deshonesto. Así mismo; si no procede la aplicación de la Ley citada, el culpable responde por sí mismo; pero si aquel es insolvente o no se le encontraba, el propietario del barco, posada o establo respondía del doble del daño sufrido por sus clientes puesto que estos no podían reclamar a alguna otra persona.

En las acciones reales y en las acciones personales, el juez podía adjudicar propiedades, pero también podía equilibrar una división, imponiendo a una parte un deber pecuniario a favor de otra.

Los esclavos no pueden comparecer en juicio, el amo tiene la opción de indemnizar el daño causado o entregar el esclavo culpable a la víctima, a lo que se llama *noxae deditio* (abandono *noxal*).

La esclavitud no daba lugar a grandes sufrimientos en la época preclásica. El esclavo resultaba un valor patrimonial, de manera que había que cuidarlo.

Después de la sentencia las partes podían exponerse a una ejecución forzosa. Esta tomaba primero la forma de la *manus iniection* o *pignoris capio*. Una transición entre el antiguo sistema, según el cual solo los bienes responden de las deudas puramente civiles, la encontramos en la facultad concebida al pretor para autorizar al acreedor para que se llevara al deudor, no con el objeto de venderlo o matarlo, sino para que el deudor (*addictus*) liquidara su adeudo mediante su trabajo.

En el curso de los siglos se va notando que la ejecución se dirige cada vez más contra los bienes del vencido.

Según la teoría de Bonfante, la obligación romana nació -en tiempos arcaicos- dentro del terreno de los delitos. Originalmente, la comisión de un delito hacía surgir, a favor de la víctima o de la familia, un derecho de venganza -eventualmente limitado por el principio del talión-, el cual, mediante una "composición", podría transformarse en el derecho de la víctima o su familia exigir cierta prestación del culpable o de su familia.

Como garantía del cumplimiento de tal prestación, un miembro de la familia del culpable quedaba *ob-ligatus*, o sea, "atado" en la *domus* de la víctima como una especie de rehén. Por tanto, la obligación antigua era una "atadura" en garantía del cumplimiento de prestaciones nacidas de delitos.

Al irse desarrollando la comunidad con el aumento de los contactos económicos entre la *domus*, se presentaba, a veces, la necesidad de que un *paterfamilias* presentara valores a otro; en tal caso, el acreedor quería tener una garantía y así esta "atadura" se trasladaba del

campo delictual al incipiente derecho privado.

En las obligaciones de buena fe el juzgador tenía facultad de interpretar la obligación del sujeto pasivo: así, debía fijar el monto de la condena fundando su fallo en la equidad, en la voluntad presunta de las partes y demás circunstancias del caso

"La idea de la prescripción referida exclusivamente a la acción persecutoria y no a la pena impuesta es expuesta por Vera Barros, quien cita con criterio coincidente a Garraud y a Pessina";⁹

En el manejo general de la cuestión se establecen los lineamientos de la prescripción de la acción penal, con variantes en cuanto al tiempo atendiendo a la gravedad del delito, ya que los términos van desde los ya mencionados cinco años tratándose de adulterios, estupro o lenocinios, hasta los veinte cuando se trata de "*crimina pública*" y llegando a la imprescriptibilidad en delitos considerados más graves, como el parricidio, la suposición de parto y la apostasía.

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

Todas las legislaciones penales de la Edad Media que aceptaron las influencias decisivas del Derecho Romano incluyeron algunas disposiciones relativas a la prescripción de la acción persecutoria; en cambio, el derecho inglés que rechazó tal influencia lo hizo también respecto de la prescripción de la acción penal.

Al llegar a la etapa de predominio y desarrollo de la prescripción llegamos ahora a la

⁹ Vera Barros, La Prescripción Penal en el Código Penal, De Garraud el Trámite du Droit Penal, Tomo II, Edición de París de 1914 y de Pessina obra ya citada

etapa de predominio en toda Europa del Derecho Canónico. Inspirado en los principios teológicos que fundamentan la Iglesia Cristiana y con una indiscutible asociación entre el delito y el pecado, lo que vuelve a aquél en algo esencialmente espiritual, "el Derecho Canónico no reconoció ni aceptó, al igual que lo había hecho antes el Derecho de los romanos, la prescripción de las sanciones impuestas, aun cuando sí lo hacía respecto de la acción para perseguir los delitos".¹⁰

Dice Schiappoli que el principio general era el de fijar un término de veinte años para la prescripción de la acción persecutoria, lo que se confirma con un pasaje de las Decretales de Gregorio. Existe la idea de que el término de veinte años ya consignado pudiera haberse considerado como el máximo, salvo los casos de imprescriptibilidad, idea que fundamenta en lo que dispone el Canon 1702 que establece que toda acción criminal prescribe por el transcurso del tiempo útil para proponerla y, según el Canon 1703, el plazo útil puede ser de tres años en general, un año para las injurias, cinco años para los delitos relacionados con violaciones a los Mandamientos 6º y 7º, y diez años para los delitos de simonía u homicidio. Como es perceptible, las excepciones son las que tienen señalados términos inferiores para el curso de la prescripción, que el término general tratándose de delitos públicos o privados que no fueran imprescriptibles en su persecución era de veinte años.

Casonius y Priori, manifiestan: "Debe ser igualmente absuelto uno que hubiera cometido un delito pasados ya veinte años, después del cual tiempo no solamente no se castiga a los delincuentes, sino que ni siquiera se acusan ni investigan".¹¹

La función punitiva del Estado, en muchos grados de la civilización y de la cultura, se ha manchado de sangre. El progreso de la humanidad, pues, depende en gran medida de cómo entiende la humanidad la función del castigo. Nadie, sino el juez, es el testigo más profundo de la evolución moral del hombre, porque es el encargado de impartir justicia, cuando así lo amerite.

¹⁰ Diritto Penale Canónico, pág 700.

¹¹ Tratado de Derecho Penal, Primera Parte, volumen V Editorial Ediar, 1950, pág 141

1.2 ÉPOCA PRECOLONIAL

Grandes y distintas civilizaciones neolíticas se sucedieron en el territorio actualmente ocupado por México y los demás países centroamericanos: primero, la olmeca cuyo florecimiento ocupa los últimos siglos anteriores a la era cristiana, luego, simultáneamente la teotihuacana y la del antiguo imperio maya (heredera de los olmecas) de los siglos III a XIX de nuestra era después la tolteca (tula) en el siglo X, que fertiliza los restos de la primera civilización maya y da origen, en Yucatán, al nuevo imperio Maya, y finalmente, la azteca, ramificación de la chichimeca, con influencias toltecas y en íntima convivencia con la texcocana. En la periferia de estas culturas fundamentales encontramos otras, como la totonaca en la zona costera del golfo, la zapoteca y la mixteca en el sureste, y la tarasca del lado del pacífico.

Pocas investigaciones se han realizado en el campo específico del Derecho Penal Prehispánico, indudablemente que en los pueblos de esa época se conocían las penas y los delitos, caracterizándose la pena por su severidad y la idea de amenaza y castigo, imponiéndose en forma arbitraria, ya que se ha considerado que cada caso tenía su ley, como a continuación se menciona

El castigo en el derecho penal maya era severo. El marido ofendido podía optar entre el perdón o la pena capital del ofensor (la mujer infiel solo era repudiada). También para la violación y en estupro existía la pena capital (lapidación). En caso de homicidio intencional se aplicaba la pena del talión, salvo si el culpable era menor, en cuyo caso la pena era de esclavitud. De igual modo se sancionaba el robo (grabándose en la cara de los ladrones de clase superior los símbolos de su delito). El hecho de que las casas carecieran de puertas sugiere un alto grado de honradez popular. Un mérito del primitivo derecho maya era la diferenciación entre dolo (pena de muerte) e imprudencia (indemnización) en materia de incendio y homicidio. En algunos casos la pena capital fue ejecutada mediante ahogamiento en el cenote sagrado.

En el Derecho Maya, no hubo apelación. El juez local, llamado el Batab, decidía en forma definitiva, y los tupiles, policías-verdugos, ejecutaban la sentencia inmediatamente, a no

ser que el castigo fuera la lapidación por la comunidad entera. Poco loable era la diferenciación de la pena según la clase social. Había una responsabilidad de toda la familia del ofensor por los daños y perjuicios.

También por ciertos delitos podían caer en la esclavitud (en tal caso a veces una esclavitud temporal, con el fin de indemnizar a la víctima). Para algunas categorías de esclavos existía la posibilidad de ganarse la libertad por sus propios esfuerzos. A veces, los esclavos fueron asesinados para acompañar a su amo en la tumba o también podían ser sacrificado.

De igual manera el castigo a los adúlteros era muy severo: hecha la pesquisa y convencido alguno del adulterio, se juntaban los principales en casa del señor, y traído el adúltero atábanle a un palo y le entregaban al marido de la mujer delincuente, si él le perdonaba, era libre; si no, le mataba con una piedra grande sobre la cabeza.

Por otra parte en la cultura zapoteca, la delincuencia era mínima entre sus habitantes, debido a la severidad de los castigos que aplicaban a quien delinquieran.

Las cárceles de los pueblos pequeños, muchas de las cuales aún se conservan superviviendo desde la época prehispánica, son auténticos jacales sin seguridad alguna. A pesar de ello los indígenas presos no solían evadirse; lo que es un indiscutible antecedente para la impartición de justicia.

De la época precortesiana se sabe que uno de los delitos que se castigaban con mayor severidad era el adulterio, ya que se sancionaba con la muerte para la mujer si el ofendido la solicitaba; en caso contrario, crueles y notables mutilaciones, con prohibición al marido de volver a juntarse con la mujer, al cómplice de la adúltera se le aplicaba multa severa y la obligación de trabajar para el sostenimiento de los posibles hijos, fruto de la unión delictuosa. Identificándose en esto los zapotecos con todos los pueblos de un pasado remoto

El robo se castigaba con penas corporales como la flagelación en público (caso de

sus padres; al que hiciera algunos maleficios; al que con bebedizos quitara a otros la vida; al que se embriagara; al que profiriera una mentira grave y perjudicial.

Los soberanos mexicanos vigilaban la puntualidad en la ejecución de las penas capitales prescritas contra los evasores de la justicia. El procedimiento era el siguiente. Se permitía la apelación del tribunal de Tlacatecatl al de Cihuacoatl en las causas criminales. Clavijero cuenta que en los juicios de los mexicanos no se admitía otra prueba contra el reo que la de los testigos.

Causa asombro, sin duda, que al proferidor de una mentira grave o perjudicial se le cortaran parte de los labios, y a veces también las orejas. Clavijero dice "Sus legisladores, sabedores del genio o inclinación de la nación, advirtieron que si no prescribían penas graves contra la mentira y la embriaguez, hubiera faltado en los hombres el juicio para satisfacer sus respectivas obligaciones, la verdad en los juicios y la fe en los contratos".¹²

La primitividad del sistema penal se mostró, *inter alia*, en la ausencia de toda distinción entre autores y cómplices: todos recibían el mismo castigo.

Es curioso que el hecho de ser noble, en vez de dar acceso a un régimen privilegiado, fue circunstancia agravante: el noble debía dar el ejemplo, *noblesse oblige*. El homicidio se castigaba con la pena de muerte, salvo que la viuda abogara por la esclavitud. El hecho de que el homicida hubiera encontrado a la víctima en flagrante delito de adulterio con su esposa no constituía una circunstancia atenuante. La riña y las lesiones sólo daban lugar a indemnizaciones. Como el uso del alcohol fue muy limitado (por ley) y los indios andaban inermes (fuera del caso de guerra), parece que los delitos de lesiones no alcanzaron la frecuencia y gravedad que exigiera una mayor represión. Excesivamente dura parece, en cambio, la sanción por robo, rasgo que observamos en tantos derechos primitivos, y que se explica por la pobreza general y por el hecho de que, en una sociedad agrícola, cada campesino siente sus escasas propiedades como producto de sus arduas labores. Observamos

¹² Francisco Javier Clavijero, *Historia de México*, Editorial Porrúa S.A., México 1968

un gran rigor en lo sexual, con pena de muerte para incontinencia de sacerdotes, para la homosexualidad (respecto de ambos sexos), violación estupro, incesto y adulterio. También el respeto a los padres se consideraba esencial para la subsistencia de la sociedad; las faltas respectivas se podían castigar con la muerte.

Entre los delitos figuraron la embriaguez pública (el abuso de alcohol dentro de la casa fue permitido), con excepción de ciertas fiestas, y de embriaguez por parte de ancianos nobles que se embriagaban en circunstancias agravantes (por ejemplo: dentro del palacio) incluso se exponían a la pena capital. Una represión tan drástica sugiere la presencia de muy fuertes tendencias, consideradas antisociales

Es de notarse que entre los aztecas el derecho penal fue el primero que en parte se trasladó de la costumbre al derecho escrito. En suma la ley azteca era brutal. De hecho, desde la infancia concluye Vaillant, que el individuo seguía una conducta social correcta; el que violaba la ley sufría serias consecuencias.

Kohler se ha referido a la severidad moral de los aztecas; y por miedo a esa severidad, por temor a las leyes, nunca fue necesario recurrir al encarcelamiento (Vaillant) como miedo para ejecutar el castigo de un crimen, Las jaulas y cercados se empleaban con el objeto de confinar a los prisioneros antes de juzgarlos o sacrificarlos.

La existencia de las penas para mantener la cohesión del Estado Era notable el hecho de que el común del barrio tuviera a su cargo guardar a los prisioneros; si por descuido de los vigilantes alguno se escapaba, el barrio quedaba obligado a pagar al amo del fugitivo con una esclava y una carga de ropa de algodón.

Ante este rápido análisis de la historia del Derecho Penal Prehispánico nos damos cuenta que entre los zapotecas, mayas y aztecas, nos lleva al curioso fenómeno de un distinto enfoque: el cómplice de la adúltera, que entre mayas y aztecas podía sufrir la pena de muerte, entre los zapotecos sólo era multado y obligado a sostener a sus posibles hijos habidos por el adulterio.

El Derecho Penal Prehispánico es un espejo de un estado de semicivilización. Por supuesto, tal estado no es equivalente de absoluto desorden ni de anarquía. En el mundo precortesiano, como en el nuestro, el castigo expresa un sentimiento de afrenta e indignación experimentado por la comunidad, ante el comportamiento que entra en pugna con sus más apreciados valores. Pero los valores son diferentes en un mundo y en otro. Ante todo, las sociedades precortesianas no poseían de como sucede en la llamada cultura occidental cristiana, una tradición de investigación filosófica y científica de más de dos mil años. Es decir que la axiología progresa, aunque se dé el caso de extratificaciones axiológicas -porque hayan alcanzado un límite máximo- o estereotipias axiológicas producidas por decrepitud cultural. Beattie piensa, con sobrada razón, que "para comprender las sanciones sociales, debemos concebir en lo posible las situaciones sociales y culturales en que operan y la forma en que las conciben las personas que tienen que ver con ellas".¹³

Son "comprensibles" las sanciones de los pueblos precortesianos, pero no son fruto, desde luego, de una importante civilización jurídica y ética. La pena de fin, por ejemplo, es la consecuencia de un elevado sentido ético asimilado por el Estado. Pues bien las sanciones precortesianas no buscaban reformar al delincuente, ni castigar por castigar, ni recompensar exclusivamente a la parte agraviada, aunque sí mantener las buenas relaciones mediante el establecimiento de la armonía social quebrantada. En suma, era un Derecho Penal dependiente de una poderosa casta militar y sacerdotal.

La enorme diferencia de valores y juicios valorativos entre el estado de semicivilización de los pueblos precortesianos y la cultura española, se percibe con toda claridad en el castigo estipulado para el homicida. En las sanciones mayas, aún si se trataba de un acto casual, como por ejemplo; la muerte por insidias de los parientes, o tal vez por estacamiento, se resarcía el daño con el pago inmediato del muerto a sus parientes, pero en otras ocasiones, se daba al homicida en esclavitud con los parientes del muerto, lo cual era una verdadera compensación pecuniaria

¹³ George C Vaillant, La Civilización Azteca, Versión Española de Samuel Vasconcelos, Fondo de Cultura Económica, II Edición en Español,, México, 1955, Cap VI, pág 103

Los mayas, según se ve, incorporaban una sanción pecuniaria, que se cita claramente en el párrafo anterior, como la esclavitud del homicida con los parientes del muerto, por lo que es evidente que, como muchas comunidades occidentales, le daban prioridad al interés compensatorio para el grupo que había perdido un miembro (verdadera reparación del daño). Tal razonamiento descansaba, desde luego, en un juicio valorativo que hoy no compartimos por evidente progreso axiológico.

1.3 EPOCA COLONIAL

Muchas de las costumbres indígenas, en materia de delitos y penas, supervivieron durante la colonia a pesar de los castigos a que ello daba lugar. Cabe observar, sin embargo, que el Derecho Penal precortesiano ha sido de nula influencia en el Derecho Penal colonial.

Con que razón se ha dicho que la Colonia fue una espada con una cruz en la empuñadura. Por un lado hirió y mató, por otro evangelizó. La Colonia tuvo que legislar en parte con dureza y en parte con bondad. Abundaron las leyes tutelares, de efectos negativos; así que la bondad, si bien se piensa, resultó contraproducente. Pero no había otro camino. Las nuevas leyes, al fin y al cabo, fueron una especie de filtro por el que pasó la cultura europea, española. La colonia, es víctima de la falsa apreciación histórica, de los complejos, de los resentimientos, y se han lanzado sobre ella prejuicios e incompreensiones, como si no hubiera sido la fragua de la mexicanidad.

La Colonia, en suma, representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas al territorio americano.

La Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias, de 1680, constituyó el cuerpo principal de leyes de la Colonia, completado con los Autos Acordados, hasta Carlos III (1759), a partir de dicho monarca comenzó una legislación especial más sistematizada, que dio origen a las Ordenanzas de Intendentes y a las de Minería.

La famosa Recopilación se compone de IX libros, dividido cada uno de ellos en títulos integrados por buen golpe de leyes. A pesar de que por su sabiduría y elevación de miras se consideran las Leyes de Indias un verdadero monumento jurídico, lo cierto es que la materia está tratada confusamente. Al respecto, existía en esa época la opinión de que: "Este cuerpo de leyes es un caos en que se hicieron disposiciones de todo género". No obstante, en el libro VII nos encontramos con un tratamiento más o menos sistematizado de policía, prisiones y Derecho Penal. En el libro VIII, con diez y siete leyes, también es importante en la materia; se denomina "De los Delitos y Penas y su Aplicación", y "señala pena de trabajos personales para los indios, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la República y siempre que el delito fuera grave, pues si leve la pena sería la adecuada, aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer". Algo importante: "sólo podían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con su servicio, y los mayores de 18 años podían ser empleados en los transportes donde se careciera de caminos o bestias de carga. Los delitos contra los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos".

Las penas eran desiguales según las castas, quedando equiparados españoles y mestizos sólo en ciertos casos, como por ejemplo en el adulterio. Hay que recordar que las penas impuestas por la iglesia eran igualmente severas que las penas virreinales, por lo que nos encontramos sin duda ante un panorama aterrador; y aunque muchas de ellas aminoraron la severidad del castigo, es cierto que este se mantuvo como un claroscuro terrible al que solo el tiempo desterró.

Varias cédulas reales combaten la tendencia de ciertos jueces de moderar las penas previstas en las normas penales, o de conciliar las partes en los juicios penales, recordándoles que en su trabajo no es el juzgar las leyes, sino de ejecutarlas. Supletoriamente estuvo aquí en vigor el derecho penal castellano, que proporciona la mayor parte de las normas aplicadas en las Indias. Este derecho, es su aspecto penal (como en otros) no es muy homogéneo: como sus fuentes

Es evidente que las Siete partidas, (la séptima) contienen normas del derecho penal,

aunque en menor cantidad, también en ellas se encontraba la materia probatoria penal. Este derecho penal de las partidas combina la tradición romana con la germánica dejando sentir a veces cierta influencia del derecho canónico.

Se trata de un sistema penal muy primitivo, con restos de los juicios de Dios, diferenciación de tratamiento según la clase social, aplicación del tormento, confusión constante entre los conceptos de pecado y delito, y penas crueles. Al lado de las partidas, la nueva y la novísima recopilación, sobre todo en sus libros VIII y XII Respectivamente, contienen mucho material importante para la práctica penal novohispánica, paralelamente con estas fuentes, con los materialistas españoles y extranjeros, exactamente como en el caso del derecho civil, jugaban un gran papel.

El derecho canónico tenía sus propia rama penal y la iglesia insistía en su privilegio de tratar determinados casos delante de sus propios tribunales sobre todo cuando se trataban de delitos cometidos por el clero. En "el recurso de fuerza" el Estado disponía del instrumento necesario para evitar que la jurisdicción eclesiástica se extendiera a casos que el Estado quería guardar bajo su propio control jurisdiccional.

Los cabildos mismos, eran como pequeñas audiencias; les correspondían funciones judiciales.

En materia penal, los casos más importantes se presentaron directamente ante la audiencia; en otros casos era el tribunal de apelación. Además, la audiencia decidía en relación con los recursos de fuerza de sentencia eclesiástica. De ella dependían también diversos juzgados especiales (de la bula de la Santa Cruzada; de Bienes de difuntos, etc.).

Múltiples son las fuentes del derecho penal, aplicado en este país durante los siglos virreinales. El derecho indiano contiene normas penales dispersas en las Leyes de Indias, pero especialmente en el séptimo libro, que contiene, *inter alia*, la curiosa disposición de que las penas pecuniarias, aplicadas en las Indias, será como regla general, del doble de las mismas penas aplicadas en la península, aunque por otra parte existen medidas menos drásticas para

los indios. Varias cédulas reales combaten la tendencia de ciertos jueces de moderar las penas previstas en las normas penales, o de conciliar las partes en los juicios penales, recordándoles que su trabajo no es el juzgar las leyes, sino de ejecutarlas. Supletoriamente estuvo aquí en vigor el derecho penal castellano, que proporciona la mayor parte de las normas aplicadas en las Indias. Este derecho, en su aspecto penal (como en otros) no es muy homogéneo; como sus fuentes, debemos mencionar el Fuero Juzgado, el Fuero Viejo, el Fuero Real, las Siete Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales, las Leyes de Toro, Nueva Recopilación con sus añadiduras (o sea, los autos acordados), y finalmente la Novísima Recopilación. Entre estas fuentes sobresalen las Siete Partidas, la séptima de las cuales contiene normas de derecho penal. Este derecho penal de las Partidas combina la tradición romana con la germánica, dejando sentir a veces cierta influencia del derecho canónico. A pesar de algunos aciertos (como la libertad bajo fianza, la necesidad de una autorización judicial para el encarcelamiento y un límite de dos años para el proceso penal) se trata de un sistema penal muy primitivo, con restos de los juicios de Dios, diferenciación de tratamiento según la clase social, aplicación del tormento, confusión constante entre los conceptos de pecado y delito, y penas crueles.

El derecho penal virreinal se nos presenta a menudo como un derecho carente de sentido común y de psicología, tan antipático para el cerebro como para el corazón

De los delitos y de las penas, pudo comenzar aquel movimiento de racionalización y humanización del derecho penal en el cual cada generación ha producido los cambios necesarios.

Para los delitos contra la fe existió, finalmente, aquella jurisdicción especial, *relativamente independiente del arzobispo mexicano*, y autorizada por el Estado, que era la Inquisición.

Se perseguía, naturalmente, a los sospechosos de pacto con el demonio, a los judaizantes, a los herejes y a los delincuentes comunes. La Nueva España tenía, en ese entonces, una cárcel de corte, de la que no se poseen muy ricas noticias aunque Guijo haga

mención de ella. Sin duda se trataba de una cárcel lúgubre y pestilente. El encarcelamiento de un hombre nada más cumplía la función de privarlo cruelmente de la libertad. Y no hay que imaginar mucho para descubrir mala alimentación, mala higiene, nefasto ambiente y confusión de unos presos con los otros en medio de la promiscuidad. No es posible que existiera una buena cárcel en esos comienzos del siglo XVIII colonial mexicano

¿Qué se buscaba con penas tan crueles? Seguramente una dosis de ejemplaridad, mal entendida por supuesto; la que aquella cárcel jamás habría logrado en el ánimo de los gobernados

Ahorcar, quemar, descuartizar, cortar las manos y exhibirlas -por ser los instrumentos del delito-, eran penas habituales en el México colonial. La justicia del Santo Oficio se confundía prácticamente con la del virrey. Existían luces de equidad y benevolencia ante el rigor de las penas coloniales. Ya esto era suficiente para entender que uno era el criterio de las autoridades de España, y otro el de las que lidiaban con el medio. Por eso es que las leyes de Indias, tan generosas en su contenido, toparon con serios obstáculos en su aplicación. Sobre la aplicación e incumplimiento de dichas leyes, José María Font, catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Valencia nos menciona: Obra de juristas y teólogos, fieles intérpretes de la doctrina de la justicia, pero desconocedores de la realidad del país a que se destinaba, se oponía con frecuencia esta legislación a los ineludibles imperativos económicos y sociales de la conquista y de la colonización, justamente en aquellos aspectos saturados de mayor espíritu cristiano. Las medidas altamente humanitarias y protectoras del indio resaltaban de difícil cumplimiento en la realidad, y el elevado tono de la vida que se buscaba para él mismo resultaba incompatible con la subsistencia de la empresa colonizadora. Es decir, que la "empresa colonizadora", reñía en gran parte con la ley como ley absoluta.

Ahora bien, se asombra uno del poder del pensamiento cuando ve uno tanta pena cruel que no hizo sino abrir las entrañas del hombre para regar allí mismo ideas de libertad, con lo que el Derecho Penal, en este caso el de la Colonia mexicana, ofrece unos castigos que paradójicamente demuestran que la pena ayuda al nacimiento de la verdad y que tarde o temprano la justicia de ayer se transforma en la injusticia de hoy, en espera del juicio de

mañana

El Derecho Penal en la colonia, como efecto de la pena, ofrece aspectos por demás interesantes. En la segunda mitad del siglo XVII los mexicanos morían con mucha aceleración, según gustaban decir a los cronistas de la época en presencia de las muertes rápidas o violentas. Pero la aceleración en la muerte dependía de la clase de muerte. La imposición de las penas en ese tiempo eran actos de barbarismos sin límite.

Lardizábal, fue el primer tratadista sistemático del Derecho Penal. Para él la enmienda del delincuente "es un objeto tan importante que jamás debe perderle de vista el legislador en el establecimiento de las penas".¹⁴

Con lo que Lardizábal advierte que muchas veces los delitos graves merecen una enmienda conveniente y aguda, y los leves posiblemente una enmienda mayor. Es decir, advierte también que la gravedad de un delito no es el sintoma revelador de la cantidad de pena aplicable.

Toda denuncia, incluso anónima, era válida. Recibida se habría de inmediato una investigación secreta que, al revelar algún indicio por débil que fuera, se conducía al apoderamiento de la persona indiciada y al aseguramiento de sus bienes, se le tomaba enseguida su declaración que incluía siempre preguntas sobre su familia y su origen, sobre su conocimiento de los dogmas y prácticas de la religión católica, y sobre si tenía alguna sospecha acerca del motivo de su prisión.

Siempre concurría pena pecuniaria y era frecuente la pérdida total de bienes; por este motivo, la inquisición representaba una importante fuente de ingresos para el real fisco. La pena de muerte siempre implicaba pérdida de todos los bienes y además difamaba a los descendientes y los inhabilitaba para el desempeño de muchos cargos y oficios y hasta para usar vestidos de lujo y alhajas.

¹⁴ Manuel Lardizábal y Uribe, Discurso sobre las Penas Contraído a las Leyes Criminales de España.

En la época colonial las leyes penales que se aplicaron fueron principalmente las Siete partidas en los aspectos de carácter penal, lo mismo que la Novísima Recopilación de Indias, castigándose a los indígenas con mayor rigor por las faltas cometidas; casi todas las penas fueron personales tales como el destierro, trabajos forzados en conventos u obras públicas, relegación, castración de los negros y horca.

Si algún juicio imparcial cabe sobre la Colonia es el que la descubre como una época que marcó la pauta de la actividad legislativa en México. Puesto que la Colonia representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a suelo mexicano, se impuso una actividad febril en la materia. Se puede decir que allí se descubrió qué era lo "legislable". O sea, surgieron las necesidades y se agudizaron los rasgos del carácter. Surgieron ciertas bases fundamentales, por lo que toca al espíritu de la ley. En medio de tan fértil y abundante creación de leyes, o del reajuste de las leyes antiguas a las nacientes necesidades, afloró la psicología de un pueblo en formación, si hoy consultamos la legislación colonial refleja algunas zonas de esa psicología. Y ésta es una aportación importante.

1.4 MÉXICO INDEPENDIENTE

Después de la lucha de independencia, México se libera como colonia de España, a la firma del Plan de Iguala el 24 de febrero de 1821. Cuando O'Donjú arribó a playas mexicanas, en 1821, la independencia prácticamente se había consumado, si bien debe reconocérsele que, en su calidad de último virrey español y con la firma de los Tratados de Córdoba, se consolidó la Independencia de México.

No obstante la independencia consumada, en México durante muchos años se siguió aplicando la legislación procesal penal española y colonial, antes aplicada.

Leyes insuficientes, son las únicas que se vieron para sancionar, leyes que en lugar de

hacer mas expedita la administración de justicia en este ramo tan importante, obstruyeron y la complicaron de un modo asombroso.

Después de 1821 los asuntos que se presentaban en México en materia penal, debían decidirse

1° Por las disposiciones de los congresos mexicanos, en quienes reside el poder legislativo.

2° Por los decretos de las cortes de España.

3° Por las últimas cédulas y órdenes posteriores a la edición de la Novísima Recopilación.

4° Por las ordenanzas de Intendentes.

5° Por la Recopilación de Indias.

6° Por la Novísima Recopilación.

7° Por las leyes del Fuero Real

8° Por las Siete Partidas.

En México se dejaba sentir la necesidad de contar con una legislación propia, en esta época independiente, surgiendo textos legales, en sus partes relativas, como por ejemplo.

a) Ley para la Organización del Ministerio Público de 1865 b) Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal de 1869, c) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios de Baja California de 1880, d) Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal de 1891; e) Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1894, f) Código Federal de Procedimientos Penales de 1908

Ante la magnitud de los problemas con los que se enfrentaba la legislación de las primeras horas de la Independencia, el Gobierno Federal hubo de reconocer expresamente la constante vigencia de la legislación colonial y de la metropolitana, como legislación mexicana propia.

En la Constitución del 57, se fundamentan ciertos principios de carácter jurídico

penal que han permanecido vigentes hasta la fecha. El artículo 22 decía a la letra: "Quedan para siempre prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquiera otras penas inusitadas o trascendentes".¹⁵

Este artículo, gracias a su gran profundidad, sigue vigente.

Don Ignacio Ramírez, hombre de voluntad férrea y sensibilidad exquisita, ese impecable conocedor de las leyes y de los pormenores del Derecho, según su observación, el secreto de la injusticia, consiste en que "Podemos matar mientras no hay buenas cárceles". EL sistema, dice, es absurdo e inhumano y se basa en un error que confunde las responsabilidades que resultan en la perpetración de un delito. La medida de la justicia no puede serlo el resentimiento, la ira y la venganza del ofendido. La responsabilidad del criminal opera ante la sociedad, "y es también de la misma sociedad para con sus individuos -añade-, y de aquí resulta que lo que hay que hacer es procurar la reparación, el resarcimiento del mal causado; lo cual no se consigue añadiendo un crimen a otro crimen, arrojando un cadáver sobre otro cadáver". Y luego razona con impecable lógica al sostener que la sociedad, llena de fuerza y de poder, "no debe obrar como la persona ofendida; debe sí, procurar la reparación, y si es menester imponer pena, no lo ha de hacer en nombre de la venganza, sino con el único fin de corregir al delincuente". De la pena de muerte no resulta bien al culpable, que expira tal vez sin sentir arrepentimiento, ni a la sociedad, que se presenta como vengadora cuando debe ser reparadora, ni al ofendido que no recibe ningún resarcimiento. Sólo se dice que puede haber beneficio con el ejemplo para el que pueda encontrarse más tarde en el mismo caso; pero para llegar a este resultado es menester pasar por una serie de hipótesis y de posibilidades que no tienen el menor encadenamiento lógico. Ignacio Ramírez rechaza el argumento de la ejemplaridad, así mismo manifiesta estar convencido de que en ningún caso los miembros del Congreso convendrán en matarse unos a otros, sino que recurrirán a medios más humanos y reparadores. Es importante que en el Código Penal de Procedimientos se den reglas justas y equitativas para otorgar la libertad bajo caución

¹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, Artículo 22

Martínez Castro, comenta: "la pena debe ser estrictamente proporcional al delito (retribución) y señalada en forma fija. En contra, el positivismo sostuvo esto: la pena tiene una eficacia muy restringida; importa más la prevención que la represión de los delitos y, por lo tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas".¹⁶

En la calidad accesoria de la multa se ven algunas ventajas; en primer lugar, que siendo la codicia el móvil en la mayor parte de los delitos la multa hiere al delincuente en la pasión o inclinación viciosa que lo hizo delinquir; y en segundo lugar, porque si sólo se impone la pena de prisión es preciso que dure mucho más tiempo que si se acompaña con una pena pecuniaria que aumente la eficacia de aquélla o supla la que le falte

Martínez de Castro, en la Exposición de Motivos de su Código de 1871, expresa que hacer que se cumpla la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados por el delito "no sólo es de estricta justicia, sino de conveniencia pública, pues contribuye a la represión de los delitos; ya por que así su propio interés estimulará eficazmente a los ofendidos a denunciar los delitos y a contribuir a la persecución de los delincuentes, o ya porque, como se observaba, el mal no reparado es un verdadero triunfo para el que lo causó. Tan cierto es esto, que bien puede atribuirse en mucha parte la impunidad de que han gozado algunos criminales a que no teniendo bienes conocidos, no se podía hacer efectiva la responsabilidad civil que habían contraído; porque faltando a los perjudicados el aliciente de la reparación, era natural que se retractara de hacer acusación alguna y hasta una simple queja, por no verse en la necesidad de dar pasos judiciales que les hicieran perder su tiempo inútilmente.

Así el Código de 1871 debe considerarse como avanzado con relación a su tiempo, pero debe confesarse que sólo en unos cuantos casos, entre miles de procesos, se logró que la acción de responsabilidad civil proveniente del delito, fuera seguida de una condenación y de una efectiva reparación de los daños y perjuicios.

El Código de 1929 estableció la innovación importantísima de considerar la

¹⁶ Martínez de Castro, Código Penal del 1871

reparación del daño como una proporcionalidad entre la víctima y el victimario, dando así intervención al Ministerio Público para exigiría. Con tal innovación se hizo intervenir al Estado de modo directo en la protección de las víctimas del delito; lógicamente se declararon nulos entre particulares; los convenios, transacciones o cesiones del monto de la indemnización. La reparación del daño es una pena, como lo establece la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia.

La pena de multa refuerza la acción positiva de la prisión. Pero por lo que toca a la reparación del daño, se funda en la supuesta conveniencia de la analogía entre el delito y el castigo, o sea, en la necesidad de la proporcionalidad de la pena. Dicha proporcionalidad, obedece a un criterio que revive la ley del tali3n y choca con el carácter subjetivo de la pena y con los postulados que impuso el positivismo. La proporcionalidad da al traste, pues, con la prevención de los delitos y su fundamento de seguridad social. Tampoco se niega, por supuesto, la calidad utilitaria de la pena de multa. Ya Bonneville, en su tiempo, observó que la represión del duelo y de otros delitos, que no se conseguía por medio de penas muy severas, se lograba con las pecuniarias; ello porque hay gente a quienes no intimida la prisión, pero casi a nadie deja de importarle el pago de una multa. Sin embargo, la eficacia de la multa no está en razón directa de la analogía entre el delito y el castigo, sino en su fuerza intrínseca y en la reacción psicológica que despierta en el delincuente.

Martínez de Castro, introdujo en el Código la idea de imponer al mismo tiempo la pena de multa con una corporal, criterio que llegó al Código del 29 y que subsiste hasta la fecha. Siguiendo, por otra parte, el consejo de Bonneville propuso aplicar las multas a los establecimientos de beneficencia y cárceles de la municipalidad donde se cometió el delito, así como el fondo de las indemnizaciones que tenga que hacer el erario. La idea es obvia: sacar provecho del delito mismo e interesar a los ciudadanos en la persecución de los delincuentes. Pero también es obvio el peligro de que esta idea se diluya en las colectividades modernas, donde siendo de millones el número de habitantes difícilmente se percibe que la multa favorezca a los establecimientos de beneficencia y cárceles de la municipalidad; aparte de que la reacción deseada en el ánimo de los ciudadanos, incluso de los que resultarían beneficiados con las indemnizaciones, requiere un alto espíritu de solidaridad.

El Código Penal de 1871 se refería a la "sustitución, reducción y conmutación de penas (artículos 237 a 244 del libro I, cap. VIII)", pero del contexto de su articulado -dice- no puede obtenerse un concepto preciso de lo que sea la sustitución y de lo que es la conmutación.

En México, el Presidente Benito Juárez dirigió para su publicación el Decreto por el que se instituyó el Código Penal que luego sería como el nombre del Presidente de la Comisión Redactora, en el año de 1871. Este Código, llamado de Martínez de Castro, recogió las ideas más avanzadas de la época en la materia penal y en lo relativo a la prescripción sostuvo la tesis de que todas las acciones derivadas de cualquier delito son prescriptibles, desechando por absurda la imprescriptibilidad como excepción, ya que, según se afirmaba en la Exposición de los Motivos, las acciones y las penas dejan de ser ejemplares cuando ha transcurrido cierto tiempo, puesto que el escándalo y alarma que el delito produce se disipan por el simple curso del tiempo y el eventual castigo o persecución, pasado ese lapso en el que perduran los efectos del delito, son vistos por la propia sociedad como un acto de crueldad del Estado contra el infractor bajo esta idea básica, la prescripción se reglamentó en función de la gravedad del delito, pero siempre permitiendo que, alcanzado cierto limite, se pudiera llegar a la declaración de prescripción, a lo que tenía que agregarse como razón adicional un sentimiento piadoso hacia el infractor, quien durante un tiempo había visto sobre sí la constante amenaza de ser encarcelado.

En el articulado del Código de Martínez de Castro, concretamente en el 268, se dice:

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

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

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

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

El precepto transcrito se refiere a los delitos perseguibles de oficio, en contraposición con los que sólo pueden ser perseguidos por queja de parte. Respecto de estos últimos, el artículo 272 afirmaba:

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

Debe mencionarse, igualmente, la disposición que en forma expresa elimina la imprescriptibilidad de la acción. El artículo 267 del Código de Martínez de Castro dice:

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

Es necesario apuntar que el Código citado es el primero de la época del México independiente; esto en razón de que las anteriores codificaciones eran de origen español y en ellas existían los delitos imprescriptibles, o sea que en el primer Código nacional ya se establece la prescripción en la forma expuesta y se elimina la imprescriptibilidad, herencia de la dominación colonial. Justo es reconocer que la imprescriptibilidad ya había sido también superada en España, como apareció en el Código Penal de 1850. Comentando Azcutia este código y con referencia al artículo 132 decía que "por más que hasta cierto punto repugna al buen sentido y contradiga, en cierto modo, los principios universales a que esa misma justicia responde, la acción del tiempo, por su virtud propia e indudable, es tan fuerte que no hay en la naturaleza constitución o condición de la vida que pueda resistirla. Bajo este punto de vista incuestionable, los delitos aterradores ayer, las penas ejemplares hoy, dentro de más o menos años, si no precisamente los damos al olvido, pierden de seguro su importancia".

Durante la vida del Código de 1871 se pretendió llevar a efecto una reforma a sus principios fundamentales para ajustarlos a la época correspondiente al principio del siglo pasado. Para ello, se formó una Comisión, integrada por los licenciados Miguel S. Macedo, Manuel Olivera Toro y Victoriano Pimentel, la que en el año de 1903 empezó sus labores de

revisión, para luego proponer las reformas pertinentes. A pesar de los problemas políticos de principios de ese siglo, que culminaron con el movimiento armado de la Revolución Mexicana, la Comisión trabajó continuamente y para junio de 1912 tenía concluidos sus estudios y proposiciones concretas.

En lo relativo a la prescripción, se proponía un nuevo texto del antes transcrito artículo 262, para que quedara así: "Por la prescripción de la acción penal, se extingue el derecho de proceder contra los delincuentes", esta fórmula precisaba con claridad el fenómeno de la prescripción de la acción persecutoria, sin limitación alguna. Igualmente se propuso la eliminación del artículo 267 que también tiene la idea certera de que por razón de los para entonces 34 años de vigencia del Código de 1871, carecía de fundamento la persistencia de reglas respecto de la forma de computar la prescripción de delitos que antes eran imprescriptibles, porque el término máximo ya había corrido con exceso. Desde luego, se respetó por esta Comisión la idea ya aceptada y asimilada de que todos los delitos eran susceptibles de prescripción.

Sin embargo, las reformas propuestas no llegaron a objetivarse en una nueva legislación y continuó en plena vigencia el Código de 1871 hasta que en el Diario Oficial, correspondiente al 5 de octubre de 1929, se publicó un nuevo Código Penal para el Distrito y Territorios Federales con aplicabilidad para los casos de competencia de los tribunales penales federales. Este nuevo Código, de franca influencia positivista, fue conocido como Código Almaráz atendiendo a su principal redactor, José Almaráz.

La materia de prescripción de la acción persecutoria, el Código en cuestión la trataba en los artículos 256 a 269. Debe destacarse a este respecto la vuelta a ciertas imprescriptibilidades, ya que el artículo 256 expresamente consignaba que por la prescripción se extinguía el derecho de proceder contra los delincuentes y ella operaba, conforme al artículo 267 por el simple transcurso del tiempo señalado por la ley.

Los lapsos para el curso de la prescripción eran varios, atendiendo a la naturaleza y cuantía de la sanción. En efecto, se establecía un término de seis meses cuando el delito

pudiera ser sancionado con apercibimiento, amonestación o extrañamiento; de un año cuando mereciere multa, arresto o ambas sanciones, en el término de la sanción, sin que pudiese ser inferior cinco años, cuando la sanción fuere corporal, diferente del arresto; en un término igual al de la sanción, sin que pudiese ser inferior a un año cuando la pena aplicable fuere la de suspensión de empleo, cargo o derecho; dos años si la pena era de muerte y, finalmente, tres años en casos de sanciones de inhabilitación de derechos, empleos, cargos u honores.

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

En el artículo 263 se hacía referencia a aquellos delitos perseguibles sólo para querrela de parte, consignándose idénticas temporalidades a las que establecía el Código de 1871, es decir, un año contado a partir de que el ofendido tuviera conocimiento del delito y del delincuente y tres años independientemente de la circunstancia relativa al conocimiento del hecho y su autor.

Como es fácilmente perceptible, el término mínimo para la prescripción era de seis meses y el máximo de diez años, salvo en los casos de acumulación de delitos, ya que en esta hipótesis las acciones persecutorias prescribían separadamente y conforme al término señalado para cada uno de ellos, según el artículo 265; porque de lo contrario los delincuentes reincidentes cometerían más delitos, con la idea de que al prescribir uno de los delitos, prescribirían todos los demás.

1.4 ÉPOCA CONTEMPORÁNEA DESPUÉS DE LA REVOLUCIÓN

En esta nueva etapa de México, surgió la idea de expedir un nuevo Código Penal, y esto no obedecía a un simple deseo de innovar, sino a necesidades de adaptar la ley penal a los preceptos de la Constitución de 1910. Así surgió el Código Penal de 1929.

El Código de 1929 estableció la innovación importantísima de considerar la reparación formando parte de toda sanción proveniente de delito

El Código Almaráz fue tan conflictivo que su vida no alcanzó siquiera los dos años de duración, ya que el publicado el 5 de octubre de 1929, fue abrogado por el que actualmente esta en vigor y que comenzó a regir a partir del 17 de septiembre de 1931.

A la Comisión Redactora del Código de 1931, se planteó la cuestión de volver al sistema del Código de 1871, con responsabilidad civil como acción privada patrimonial, o de dar un paso hacia delante declarando de modo categórico que la reparación del daño sería exclusivamente pública. Se decidió por esto a sabiendas de que el sistema tendrá el mismo inconveniente que el de 1871, o sea la insolvencia real o simulada del delincuente, unida al poco interés del ofendido para exigir la reparación. A este fin se creó un procedimiento adecuado para hacerla efectiva, análogo al referente a la multa, y se comprendió a ambas bajo la denominación genérica de "sanción pecuniaria".

En el Código Penal antes mencionado, están comprendidas la multa y la reparación del daño. Y en cuanto a la reparación exigible a terceras personas, como de acuerdo con la Constitución, no les puede ser exigibles sin juicio en su contra se le considera con el carácter de responsabilidad civil, exigible mediante un incidente especial.

Las tablas o tarifas para computar el monto de la reparación, aun pretendiendo sustentarse sobre una base científica, son poco recomendables y muy pronto se vuelven anticuadas. En el derecho mexicano se tiene la experiencia de las tablas de probabilidades de vida, según la edad, formuladas en 1806 en Francia e incorporadas al Código Penal Mexicano de 1871

En esta reseña histórica que he venido realizando nos percatamos que el contenido del Código de 1931 en materia de prescripción, será el fundamento que habré de utilizar en el desarrollo subsecuente de ésta tesis cada vez que tenga que hacer mención a la legislación vigente.

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

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

A partir del antecedente francés que he citado con las variantes naturales de cada legislación nacional, es posible afirmar que el principio de la prescriptibilidad de la sanción impuesta quedó recogido en todas las legislaciones penales.

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

Martínez de Castro, en la exposición de Motivos del Código Penal de 1871, de corte eminentemente clásico, fundamenta la prescripción de las actuaciones y de las penas, diciendo, "La prescripción de las acciones y de las penas se apoya en que éstas dejan de ser ejemplares, pasando cierto tiempo, porque cuando se han disipado ya la alarma y el escándalo que causa un delito, el horror que éste había inspirado y el odio que había producido contra el autor de él, se convierte en compasión, y el castigo se mira como un acto de crueldad. Pues bien, la duración de ese escándalo y alarma es proporcional siempre a la gravedad del delito; y como a ella es a la que se atiende para imponer la pena, es claro que, tomando ésta como base,

se consigue dar una regla fácil, segura y general para la prescripción de las acciones y de las penas”

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

Es interesante consignar que los dos Códigos mexicanos citados tienen una sistemática especial, ya que lo relativo a la prescripción de las sanciones o penas se trata en un título que cubre bajo su rubro todas las causas extintivas de la sanción, mientras que las cuestiones relacionadas con la prescripción de la acción persecutoria están claramente consignadas en un título diferente, enunciado como "De la extinción de la acción penal". Esto se menciona porque nuestro Código vigente de 1931 trata ambos aspectos bajo un rubro común denominado. "Extinción de la responsabilidad penal", en el artículo 100 se dice, englobando dos conceptos diferentes, que "por la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones..." Me parece más adecuada la antigua sistemática, porque en realidad se trata de dos fenómenos distintos.

En la época actual aún persisten las ideas expuestas por Carrara al justificar la prescripción de la sanción; por ejemplo, Ranieri, al referirse al Código italiano, dice que. "También se le atribuye eficacia para excluir la punibilidad al transcurso del tiempo por medio de la institución de la prescripción. Fúndase ésta en el influjo que tiene el tiempo sobre los actos humanos y en su acción corroedora, que hace que no sea oportuno, desde el punto de vista político, someter a pena hechos de los cuales ya casi ha desaparecido su recuerdo, y con respecto a los cuales se ha disipado la alarma social suscitada por ellos, esto es, cuando la pena ya no puede tener eficacia intimidatoria". En la anterior transcripción la reparación de lo expuesto por Carrara, o sea, que cuando la pena no puede cumplir su finalidad de escarmentar a los demás, o producir la intimidación colectiva no tiene razón de ser. En idénticos términos

se expresa Maurach, diciendo que "el transcurso del tiempo extingue la necesidad expiatoria, limitada siempre a un determinado ámbito temporal; ahí que en estos casos deje de existir la pena retributiva en su función de "relativa" o "psicológica" realización del Derecho. Así mismo, las necesidades de prevención especial, existentes tras la reciente comisión del hecho, pueden desaparecer o perder su sentido: quien es juzgado por un acto distinto y olvidado, no sentirá la aplicación de la ley como intimidación, sino como exasperación".¹⁷

En la actualidad, se ha incorporado a las legislaciones penales el principio de la aceptación de la prescriptibilidad de las sanciones impuestas por medio de sentencia firme o ejecutoriada. Nuestro Código sustantivo vigente reconoce y consagra tal principio en el artículo 100.

Así puedo llegar a la conclusión de que tanto la acción para perseguir los hechos eventualmente delictuosos, cuanto el derecho para ejecutar las sanciones impuestas, son susceptibles de extinción por el simple transcurso del tiempo, es decir, que son prescriptibles

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

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

En la prescripción es probable que pueda reflejarse en toda su intensidad la lucha del hombre por su libertad, lo cual hace que el efecto extintivo que esta produce deba ser conocido más profundamente

También podemos decir respecto de la prescripción que es más inadmisibile aun

¹⁷ Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Ediciones Ariel Barcelona, 1962, pág. 624

cuando se trata de medidas de seguridad, ya que el fundamento de estas no cesa con el transcurso del tiempo, sino con la desaparición de la peligrosidad y la destrucción de sus elementos mientras que su persistencia hace necesario que se aplique la medida a pesar del tiempo transcurrido.

El individuo que causa un daño se hace acreedor a una sanción la cual debe cumplir, pero dentro de nuestra sociedad al existir diversos grupos sociales a razón de factores económicos, culturales, creencias; nace la necesidad de crear leyes que beneficien al sentenciado que carezca de recursos económicos con los cuales pueda reparar el daño que haya causado.

En las legislaciones penales contemporáneas existen normas que regulan la actividad jurisdiccional que realiza el Estado, por las cuales éste, como titular del Derecho a perseguir y castigar los delitos, se impone así mismo ciertas limitaciones que lo obligan, en ciertos casos, a no perseguir a los autores de determinados hechos, para buscar la declaración de existencia de delito y de delincuente y, en otros, a no hacer efectivas las sanciones que se hayan impuesto como consecuencia de la declaración judicial respecto del delito y del delincuente

Durante la época prehispánica, colonial e independiente no se habló de la reparación de daño, sino fue hasta la época contemporánea, al promulgarse el Código Penal del Distrito Federal en materia de fuero común y de toda la República en materia federal el 13 de agosto de 1931.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO CONCEPTUAL

2.1 CONCEPTO DE PRESCRIPCIÓN

Es necesario definir la prescripción, con la máxima claridad posible, dando una significación muy concreta de esta palabra, así mismo señalar el conjunto de características que la conforma para su identificación.

Haciendo un paréntesis, la prescripción puede decirse que es un término o vocablo que se usa en diversas áreas o esferas de la aplicación del Derecho

En particular me interesa dar a conocer la significación de la prescripción a que se refiere el Derecho Penal, por lo tanto, no se puede pasar por alto algunas observaciones que sean útiles para la mejor comprensión del significado.

En primer término, es factible señalar que por cuestiones de estilo en la redacción de las leyes, se puede encontrar en algunas normas el empleo del vocablo con una significación absolutamente ajena a la que se refiere al fenómeno que aparece por el transcurso del tiempo. En estos casos, prescribir y prescripción se utiliza como sinónimos de preceptuar, ordenar o determinar una cosa, por una parte, o de preceptuación, ordenación o determinación de algo, por la otra parte.

La palabra compuesta del latín: *preco* que significa con anterioridad, y *scriptum -i, neutro*, que significa escrito, redacción, composición, escrito con anterioridad.

La voz prescripción lo mismo puede significar el medio de adquirir un derecho o librarse de una obligación por el transcurso del tiempo, mediante el mandamiento, de orden o disposición legal

La Prescripción es una consecuencia jurídica que nace como resultado del solo transcurso del tiempo, sea a partir de la comisión del hecho delictivo, pues para que exista la prescripción no basta con la pretensión punitiva, ni con haberla suspendido una vez iniciada, o sin haber ejercitado la pretensión punitiva, o bien, por no haberse ejecutado la sanción impuesta.

Así es entendible que la prescripción es la adquisición de un derecho real, o la extinción de un derecho o acción de cualquier clase, por el transcurso del tiempo, en las condiciones prevista por la ley.

En el área de lo jurídico, la prescripción tiene indudables variantes. En materia civil se dice que "prescripción" es la facultad o el derecho que la ley establece a favor del deudor, para excepcionarse válidamente 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.

"Señalan Gutiérrez y González que el Código Civil regula bajo un solo rubro dos instituciones diversas, como lo es la prescripción que libera de obligaciones, y la llamada prescripción adquisitiva, que es, en realidad, lo que desde el Derecho Romano se conoció como *usucapión*".¹⁸

La prescripción adquisitiva es "la forma de adquirir derechos reales mediante la posesión de la cosa en que recaen, en una forma pública, pacífica, continua y con la apariencia del título que se dice tener a nombre propio, por todo el tiempo que fija la ley".

Como hemos visto el término prescripción, lo mismo está referido a materia de obligaciones, que a forma o medio de adquisición de derechos reales; ello, desde luego, sólo

¹⁸ Ernesto Gutiérrez y González, Derecho de las Obligaciones, Editorial José M. Cajica, Jr., Puebla, México, quinta edición 1974, págs. 799-800

en lo que atañe a la materia civil.

Pero la prescripción que nos ocupa en este momento, la cual es materia de esta tesis es la prescripción penal que puede definirse así: "como un fenómeno jurídico penal por el que, en razón del simple transcurso del tiempo, se limita la facultad represiva del Estado, al impedírsele el ejercicio de la acción persecutoria a la ejecución de las sanciones impuestas".

El ámbito de la prescripción implica un ámbito de conocimientos que, en opinión de algunos, está ubicado fuera del derecho penal sustantivo para quedar encuadrado con mayor precisión en el ámbito del derecho procesal penal, pero lo cierto es que la prescripción observa un ámbito estrechamente vinculado entre ambos derechos, ya que traduce parte importante de su función en el campo del derecho procesal; y también es cierto que su contenido implica una institución del derecho penal sustantivo

El fenómeno de la prescripción en el derecho procesal implica la forma de extinguir penas o medidas, esto aunado a su presencia en el contexto de la ley penal sustantiva, nos lleva a recogerla tal y como aparece prevista en la ley penal

La definición de prescripción que anteriormente se mencionó está fundada en las siguientes consideraciones:

Primera - Que se trata de un fenómeno jurídico penal. Esto deja establecido que es un problema o cuestión de naturaleza puramente jurídica, ya que si bien es cierto que como lo ha expresado Manzini, "la prescripción no representa otra cosa que el reconocimiento de hecho jurídico dado a un hecho natural".¹⁹

También es indiscutible que desde el momento mismo de que existe una regulación normativa, se está ante lo que es jurídico y si además se considera que la regulación correspondiente forma parte del sistema de legislación penal, por lo tanto es contundente que

¹⁹Tratado de Derecho Penal, Primera Parte, Teorías Generales, volumen V, Edición de Ediar, Editores, Buenos Aires, pág 15

este fenómeno es jurídico penal.

Segunda.- La prescripción opera por el simple curso del tiempo transcurrido. La prescripción tiene como fundamento el simple correr del tiempo, ya que es el tiempo el que hace funcionar al instituto de la prescripción.

Tercera.- La prescripción es limitativa del ejercicio de la facultad represiva del Estado. Partiendo de la base que se está frente a un Estado de Derecho y que en este existen un conjunto de normas que regulan la prescripción, se puede afirmar que el mandamiento de tales normas va dirigido en dos trayectorias, por una parte, al Estado mismo y por la otra al órgano que el propio sistema represivo haya creado.

La idea de la prescripción, tiene que encontrar su fundamento en la definición anterior y la congruencia que tenga el fenómeno de la prescripción con el conjunto de normas que la rigen, esto en virtud de que siendo el concepto una idea abstracta, tiene necesariamente que ser congruente con las características que son propias de la definición y, además, ajustado a la normatividad ya que se trata de un verdadero fenómeno jurídico.

No es posible asimilar el concepto de prescripción si antes no se ha tenido la oportunidad de ir conociendo el contenido de este fenómeno, los efectos que produce y los campos de aplicación que le corresponden. Por otra parte, la naturaleza eminentemente jurídica de la prescripción, en su concepto se habrá de referir a la normatividad que la rige ya que, la prescripción es un fenómeno natural con valoración jurídica, esto se debe al simple transcurso del tiempo; al hacer estas reflexiones nos damos cuenta que la prescripción es un instituto propio de la Ciencia del Derecho.

Por consiguiente la tercera característica de la prescripción es la autolimitación que el Estado se impone para perseguir los hechos con apariencia de delitos, o ejecutar las sanciones impuestas a los delincuentes, por razón del tiempo transcurrido.

Atendiendo al concepto dado, es necesario mencionar los elementos que la integran y

le dan, al mismo tiempo un contenido sustancial que le es propio; estos elementos son los siguientes:

A) Autolimitación del Estado

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

Nada hay que pueda ser forzosamente impuesto al ejercicio de la soberanía de los Estados; en consecuencia, cuando aparece la limitación que trae consigo la prescripción es debido a que el Estado mismo, en ejercicio de su soberanía, se autolimita en esta materia específica. Lo anterior vale para todos los casos de legislaciones que contemplan en sus respectivos cuerpos de leyes vigentes a la prescripción como fenómeno extintivo de la posibilidad de perseguir y en su caso sancionar las violaciones a la ley penal.

De acuerdo con la organización del Estado mexicano, el Poder Supremo de la Federación es la forma que el pueblo ha consignado para el libre ejercicio de su soberanía; estableciendo así que el ejercicio de la soberanía estatal se cumple por medio de los Poderes de la Unión.

Por lo tanto con la anterior observación se puede afirmar que todo lo relativo al delito (acción persecutoria, fijación y ejecución de sanciones) es facultad exclusiva del Estado, que ejerce de acuerdo con los lineamientos impuestos por la Ley Superior, o sea, por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y que dichas actividades tienen una validez temporal, como se verá más adelante.

Es el Estado mismo el que se autolimita la facultad que tiene para intervenir mediante su actividad en todo aquello que es concerniente a los delitos.

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

B) Finalidades de la autolimitación

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

En razón de las diferencias entre uno y otro. El primero, es decir, el relativo a la prescripción de la acción persecutoria, está siempre referido a los hechos, mientras que el segundo, o sea, la prescripción de las sanciones se vincula con los sujetos y más claramente con aquellos sujetos que han sido calificados como delincuentes por la autoridad judicial.

C) El tiempo

El tercero y último de los elementos integrantes del concepto dado de la prescripción está directamente relacionado con el tiempo y su curso natural

La ley reconoce y acepta la medida de tiempo conforme a las leyes naturales del movimiento en el Universo y de acuerdo con el criterio asimilado culturalmente en nuestra sociedad, se basa en el concepto del día.

"Poco importan las teorías acerca de la relatividad del tiempo, lo que cuenta es la existencia de un criterio uniforme, aceptado universalmente, acerca de la medida del tiempo Este criterio es el de año, mes, día, hora, minuto y segundo y a él se refiere nuestra ley penal".²⁰

En materia procesal, se establecen plazos para ejercer la acción del actor, y cuando no

²⁰ Artículos 102 y 104 del Código Penal del Distrito Federal

se hace valer esta acción dentro de los plazos concedidos por la ley, opera la prescripción.

La prescripción es una causa extintora por la que, debido al simple transcurso de un lapso de tiempo calculado legalmente, la acción penal ya no se puede iniciar o seguir ejercitando, o las sanciones establecidas en la condena ya no pueden ejecutarse hasta su culminación. Así pues, debe distinguirse entre:

a) La prescripción de la acción penal, que puede tener lugar desde la comisión del delito y hasta antes de que el Estado defina su pretensión punitiva.

b) Desde la determinación del ejercicio de la acción penal hasta la sentencia o pronunciamiento ejecutorios que ponen fin a la actividad jurisdiccional.

c) La prescripción de las sanciones o de condena penal, que puede operar después de dictada la sentencia y causa ejecutoria hasta el tiempo de su ejecución o de posibilidad de la misma.

Al realizar el anterior análisis del concepto de prescripción es menester mencionar que la prescripción tiene diversas acepciones, como por ejemplo aquella que 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.

A pesar de que el Tribunal Colegiado de Circuito sustente el criterio de que la prescripción opera por el simple transcurso del tiempo que se dejó de actuar, aún cuando el procesado se encuentre a la disposición del juez, es concluyente la jurisprudencia firme y constante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que la prescripción de la acción penal no puede correr si el procesado se encuentra subjúdice es decir, a la disposición de la autoridad instructora

2.2 CONCEPTO DE REPARACIÓN DEL DAÑO

El delito causa, por regla general, dos órdenes de daños, un daño colectivo

constituido por la perturbación y alarma que el delito produce, y un daño individual originado a la víctima del delito que puede sufrir perjuicio, en su persona, en sus bienes, en su honor, en su pudor, en su libertad. "El daño colectivo se intenta reparar mediante la imposición de la pena o penas correspondientes, el daño individual mediante indemnización de carácter civil".²¹

La reparación del daño, es un derecho subjetivo del ofendido y la víctima del delito o en algunos casos de ambos, para ser resarcidos de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal.

Es un derecho subjetivo, porque, es la voluntad individual el factor esencial para hacer efectiva la reparación, misma que contrasta con la pretensión punitiva estatal, de naturaleza pública, y por ende, obligatoria, sin que lo anterior nos lleve al extremo de pensar que, ante situaciones sociales necesarias, el Estado no puede intervenir, auxiliando a quien lo requiera, para hacer efectiva la reparación civil.

En muchos casos el ofendido y la víctima recae en la misma persona. Siendo la víctima el titular del derecho subjetivo, así como también los ofendidos

Es lógico que, en ocasiones sea imposible que la víctima pueda apersonarse para ejercitar su derecho, por eso, al señalar a los ofendidos es referirse a los herederos de aquél, u otros sujetos que por diversas razones acrediten el derecho mencionado.

En el artículo 20 Constitucional apartado B, se señala que en todo proceso de orden penal, en cuanto a la reparación del daño, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

"IV Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria

²¹ Spencer. Sociología Criminal, pág. 847.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño."²²

"REPARACIÓN DEL DAÑO

Por la estructura del Código Penal vigente en el Distrito Federal, la reparación del daño debe considerarse como una pena pública, con carácter general y no de excepción.

Quinta Época: Amparo en revisión 2104/30. Farías Ricardo 26 de agosto de 1931. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 2257/33. Ríos Torres Enrique. 8 de marzo de 1935. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 7044/34. Snodgrass Anthony Larry 15 de mayo de 1935 Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 2648/40 Martinello vda. De Orso Stella. 28 de enero de 1941. Unanimidad de cuatro votos".²³

El resarcimiento del daño, es la restitución de la cosa sustraída por el autor del delito, la indemnización del daño material o la reparación del daño moral; objetivos éstos que, se traducen en la obligación de reparar el daño causado.

Atendiendo a lo previsto, en el artículo 30, del Código Penal vigente para el Distrito Federal, "La reparación del daño comprende:

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;

II La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos psicoterapéuticos y curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y

III El resarcimiento de los perjuicios ocasionados

Tratándose de delitos que afecten la vida y la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas

²² Artículo 20. Apartado B, de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos

²³ Quinta Época. Primera Sala. Apéndice de 1995 Tomo II, Parte HO Tesis 985, pág 619

de la Ley Federal del Trabajo".²⁴

Como acto reparatorio, es muy natural la restitución de la cosa; esto es imperativo, de manera tal que, si existe la imposibilidad de hacerlo, habrá de pagarse el precio de la misma

En cuanto a la forma y alcance de la indemnización del daño moral, en la legislación penal se guarda silencio, tampoco se precisa en qué consiste

Si el delito, culposo o doloso, produce como consecuencia daño moral, es de suponerse que el legislador se refiere a un agravio, menoscabo o sufrimiento psíquico, que redunda también en molestias respecto a la dignidad, seguridad personal o a particulares sentimientos afectivos, como sucede en ciertos tipos penales, difamación, calumnia, atentados al pudor, lesiones por contagio venéreo, daño en las cosas (con vinculación espiritual acentuada con su dueño), etc. Los ejemplos citados, no significan que tratándose de las demás figuras delictivas, el daño moral pudiera estar ausente de las mismas.

El agravio moral, por su propia naturaleza, es personalísimo, porque, sólo el agraviado es el único capaz de revelar la existencia y magnitud de la ofensa.

Aunque, para algunos delitos, la reparación moral está prevista, de cierta manera (publicación de sentencia), para la generalidad de los mismos habrá de traducirse en una satisfacción pecuniaria, empero, ¿hasta dónde es posible precisar en dinero el llamado daño moral?

La invocación de este punto tan importante como es el daño moral interno o psíquico, para obtener una cantidad de monedas o billetes es muy usual en algunos países, caracterizados por un materialismo aterrador, lo usan como un medio de "chantaje", capaz, éste sí, de un verdadero sufrimiento moral, tal vez por eso, se justifique en lo concerniente a la reparación moral.

²⁴ Artículo 30 del Código Penal del Distrito Federal

Traducir y justificar el daño moral en monedas, entraña un problema (subjetivo), muy difícil y complejo, sobre todo en el ámbito nacional mexicano, seguramente por eso muchas personas han considerado, desde siempre, que la auténtica reparación moral, hasta donde es posible referirse a esto, está en la aplicación estricta de la ley al infractor, puesto que todos los delitos, independientemente de los daños materiales, llevan implícito un detrimento psíquico para quienes resultan afectados, directa e indirectamente mismos que afirman: "se restaña, hasta donde es posible, con el castigo impuesto".

De todas maneras, la realidad acusa que, tanto la reparación material como moral, es un mero enunciado; sin embargo, tratándose de delitos cometidos por servidores públicos, a últimas fechas, la pretensión del legislador es menos ilusoria, porque, sin duda, dado el rango de los sujetos de que se trata, cuando son considerados autores de delitos, habrán maneras más eficaces para que la reparación se cumpla, aún a despecho de quienes piensen que, como se trata de intereses del propio Estado, ése es el motivo para que la multicitada reparación se logre integralmente

"REPARACIÓN DEL DAÑO, PROCEDENCIA DE LA.

Sólo puede condenarse al pago de la reparación del daño si en el proceso se comprueba debidamente la existencia del daño material o moral que causó el delito cometido.

Sexta Época: Amparo directo 4342/40. Ponce Rodríguez Donaciano. 5 de octubre de 1940. Cinco votos. Amparo directo 2201/57. Constancio Luna Bernal y coag. 6 de noviembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 3544/58. Amador Arellano Cervantes. 30 de julio de 1959. Cinco votos. Amparo directo 4213/60. Alberto Martínez Luna. 7 de octubre de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 2691/61. Fulgencio Noh Bacab. 22 de junio de 1961. Unanimidad de cuatro votos"²⁵

Para el caso de los servidores públicos, nada se dice en cuanto a la reparación moral, ¿será que sus actos lesivos, por el carácter especial del infractor, no repercutan en el orden

²⁵ Sexta época Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II, Parte SCJN. Tesis 285, pág. 160

moral?, ¿el Estado, en la prestación de sus servicios, no afecta nunca el orden moral de sus representados?

Por último, ¿si el Estado se equivoca no dolosamente, pero sí, culposamente, enjuiciando a un inocente, sancionándolo y luego se rectifica (reconocimiento de inocencia), no debería reparar el daño material y moral?

Ahora bien es necesario plantear una pregunta, que nos dará un panorama más amplio en el entendimiento de la reparación del daño, en cuanto a los sujetos susceptibles del derecho a que les sea reparado el daño:

¿ Quiénes tienen derecho a la reparación del daño?

Esta pregunta es contestada con el artículo 30 BIS del Código Penal para el Distrito Federal, al señalar que : "tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden

a) La víctima o el ofendido, y

b) En caso de fallecimiento de la víctima, las personas que dependiesen económicamente de él al momento del fallecimiento, o sus derechohabientes".²⁶

Hasta antes de la creación de este precepto, había imprecisión en cuanto a los sujetos con derecho a la reparación del daño; ahora, como se advierte del texto del precepto en cuestión, es el ofendido el que en primer lugar tienen el derecho de referencia, independientemente de que, habrá que determinar si el legislador está considerando como afectado a quien recibió en forma directa e inmediata la acción dañina o si, por ofendido considera a aquellos terceros que, ya sea en lo económico o en lo moral, tienen o tenían una dependencia directa con quien falleció o quedó inhabilitado para seguir proporcionándola, caso en el que como lo indica éste artículo, el cónyuge superviviente tiene derecho a dicha reparación, o en su caso, el concubinario o concubina en tales hipótesis, y el orden correspondiente sigan los demás sujetos a quienes se hace referencia en el propio precepto

La reparación del daño, depende, también del ejercicio de la acción penal, de su no desistimiento y de que el juez de la causa, en la sentencia determine su procedencia, puesto

²⁶ Artículo 30 BIS Del Código Penal del Distrito Federal

que de no ocurrir esto último, existirá un serio obstáculo para el ofendido y víctima en el ejercicio de sus derechos por la vía civil, motivo por el cual, habrán de sujetarse, a que en el momento procesal correspondiente, se declare la responsabilidad y se precise lo referente a reparación del daño, para que esa resolución judicial sea la base de sustentación que, en su caso, permita hacer realidad el resarcimiento del daño.

La reparación del daño, no sólo se exige al autor del delito, sino también a terceros; caso, este último, en el que se tramitará como un incidente, previa solicitud del ofendido ante el juez instructor, y hasta antes de que se haya concluido la instrucción. De no ser así, la reclamación correspondiente sólo podrá elevarse por la vía civil.

"REPARACIÓN DEL DAÑO EXIGIBLE A TERCEROS.

La reparación del daño a cargo directo del delincuente constituye pena pública sobre la que el juez debe resolver precisamente en la sentencia definitiva del proceso, pero la que es exigible a terceros tiene el carácter de responsabilidad civil y debe tramitarse en forma de incidente ante el propio juez de lo penal, o en juicio especial ante los tribunales del orden civil si se promueve después de fallado el proceso.

Sexta Época: Amparo directo 5455/58. Ismael Piña Pérez. 12 de enero de 1959. Cinco votos. Amparo directo 3641/55. Miguel Mariscal Bravo. 23 de febrero de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 3643/55. Embotelladora Kist de Guadalajara, S.A. 23 de febrero de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 3789/59. Ingenieros Civiles Asociados. S.A. de C.V. 25 de febrero de 1960. Cinco votos. Amparo directo 4016/59. José Arévalo Córdova y coag. 18 de enero de 1961. Unanimidad de cuatro votos".²⁷

La doctrina, más generalizada se ha empeñado en afirmar que, al llevarse al cabo la ejecución del delito, se da lugar, no sólo a la acción penal, sino también a una acción civil. Esta última, es el medio adecuado para hacer efectiva la reparación del daño, en los ordenes morales y patrimoniales que el ofendido hubiese resentido.

²⁷ Sexta Época. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II. Parte SCJN. Tesis 283, pág. 159

En el ámbito doctrinario, no ha dejado de plantearse el problema, un tanto intrincado, para precisar, si los terceros, son realmente los obligados a reparar el daño; o si es, únicamente, el autor del mismo a quien debe exigirsele.

La situación de desventaja del ofendido en el sistema procedimental mexicano, en relación con la del probable autor del delito. Si el problema planteado se resolviera concluyendo que la reparación del daño recayera únicamente en el directamente responsable, esto sería un medio ideal para no lograrlo nunca, ya que aquél fácilmente podría valerse de innumerables subterfujos, tan vulgares en nuestro medio, para colocarse en la insolvencia. Gran problema es, para quien, directa o indirectamente resintió el daño, soportar el lacerante vía crisis de acudir a la engorrosa e interminable tramitación por la vía civil, para todavía restarle la oportunidad que, por lo menos, en el orden apuntado, se establece en las leyes vigentes

Del artículo 30 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, ya citado, se desprende que en cuanto a la reparación del daño es de tomarse en cuenta lo establecido en la Ley Federal del Trabajo, en los artículo que a continuación se mencionan:

Al efecto el artículo 500 de la Ley Federal del Trabajo, señala

"Cuando el riesgo traiga como consecuencia la muerte del trabajador, la indemnización comprenderá

I Dos meses de salario por concepto de gastos funerarios y el pago de la cantidad que fija el artículo 502 de la misma ley que a la letra dice".

"Artículo 502: En caso de muerte del trabajador, la indemnización que corresponda a las personas a que se refiere el artículo 501 será la cantidad equivalente al importe de setecientos treinta días de salario, sin deducir la indemnización que percibió el trabajador durante el tiempo en que estuvo sometido al régimen de incapacidad temporal".²⁸

De lo antes señalado, se deducen dos aspectos fundamentales. el material y el moral,

²⁸ Artículos 500 y 502 de la Ley Federal del Trabajo.

aunque circunscritos únicamente al ofendido y nunca al sujeto que, infortunadamente, fue objeto de un procesamiento injusto, sin mayor justificación que el error o la ligereza de algunos que integran el engranaje gubernamental.

¿Por qué, si el ofendido tiene derecho al resarcimiento de los daños sufridos con motivo de la ejecución del ilícito penal, aquél, víctima de un procesamiento y de una sentencia injusta, no es resarcido del daño sufrido por parte del Estado?

En la legislación mexicana, se guarda silencio sepulcral; debido a un decreto presidencial, emitido en el año de 1931, en donde se consideró que si el Estado resarciera un daño que ocasionara por su indebido ejercicio, esto se constituiría en una carga demasiado gravosa para el Estado, en razón de los múltiples errores que se cometen y, además, por los innumerables problemas, a su cargo, mucho más aparatosos que los concernientes a la justicia, en cuyo ámbito no hacen "bulto", y que, por falta de materialización, pasan totalmente desapercibidos.

En la legislación de 1929, se soslayó medrosamente el problema, aunque haciéndolo recaer, fundamentalmente en magistrados, jueces, secretarios y demás empleados de la Administración de Justicia.

Esto ha sido objeto de discusión en algunos congresos internacionales, y se ha concluido que la responsabilidad debe recaer en las autoridades antes mencionadas

Semejantes actitudes no deben ser sorprendidas para nadie: "la cuerda siempre se rompe por lo más delgado", de tal manera que, será, propiamente, el Estado quien resarza el daño, sino los funcionarios más olvidados de los regímenes gubernamentales, por supuesto, este "olvido", es el económico, porque la historia del país da cuenta de la penuria en que siempre se han desenvuelto quienes administran justicia. Tal parece que ésta, es una especie olvidada por todos los gobiernos

"Hasta antes de las reformas, adiciones, enmiendas, etc., a los Códigos de

Procedimientos Penales, Federal, y del Distrito Federal (1983-1984), para fijar la reparación del daño, el juez debía entender, tanto a la situación del "acusado" como a la capacidad económica del obligado a pagar, motivando y razonando dicha condena."²⁹

"REPARACIÓN DEL DAÑO, FIJACIÓN DEL MONTO DE LA.

La reparación del daño en cuanto consista en la restitución de la cosa obtenida por el delito y en los frutos existentes, o en el pago del precio de ellos; o en la indemnización del daño material causado a la víctima o a tercero, no debe ser inferior al perjuicio material sufrido por la víctima en cualquiera de los casos a que se refiere la ley, así sea total el estado de insolvencia del inculpado, ya que de tomarse rigidamente en cuenta esta circunstancia, la reparación del daño como pena pública dejaría de ser aplicable en todos los casos de insolvencia del responsable del delito; la capacidad económica del obligado al pago de la reparación del daño, sólo debe tenerse en cuenta para fijar el monto del daño moral

Séptima Época: Amparo directo 3469/64. Manuel Aguilera Robles. 21 de enero de 1965. Cinco votos. Amparo directo 571/65. Silvestre Paz Juárez. 19 de julio de 1965. Cinco votos. Amparo directo 7696/65. David García Borges. 30 de marzo de 1967. Mayoría de cuatro votos. Reclamación en el amparo directo 4630/70. Rosalba Jiménez vda De Martínez y otros. 9 de marzo de 1972. Mayoría de cuatro votos. Amparo directo 3134/72. Gonzalo Pérez Rivera. 7 de diciembre de 1972. Unanimidad de cuatro votos".³⁰

Es menester dejar establecido que la reparación del daño; fue importante al constituirla, ya que cuando el legislador la incluyó en nuestro código, evitó entre otras reacciones la venganza privada, pues implementó lo necesario para lograr el castigo al infractor de la norma penal, y el resarcimiento del daño causado

²⁹ Semanario Judicial de la Federación Sexta Época. Segunda Parte Tomos XVI y XXVII, págs 61, 83 y 230

³⁰ Séptima Época. Primera Sala Apéndice de 1995 Tomo II, Parte SCJN Tesis 284, pág 159

2.3 CONCEPTO DE PENA

Parece que fue Séneca, a principios de la Era Cristiana, quien, según Grotius, tomó de Protágoras una teoría de la pena que actualmente se califica como "moderna": Ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque". Esta frase, que se pierde en los orígenes de la filosofía práctica, sirve para calificar lo que hoy se denomina "teorías preventivas de la pena", es decir, aquellas teorías que atribuyen a la pena la fuerza y la misión de inhibir el futuro delito. Estas teorías tienen a su vez una doble variante: una variante "preventiva especial", que dirige su atención al delincuente en concreto castigado con una pena, esperando que la pena tenga en él un efecto "resocializador", y una variante "preventiva general", que se interesa por la generalidad de los ciudadanos, esperando que la pena y su ejecución, por un lado, sirvan para intimidar a los delincuentes potenciales (concepción estricta de la prevención general), y, por otra, contribuyan a robustecer la conciencia jurídica de todos (concepción amplia de la prevención general).

En el pasado, por cierto no muy remoto -basta pensar en la Edad Media-, la pena era el sufrimiento mismo en refinadas formas e intensidades de tortura y tormento, aunque a estos se les asignaban igualmente algunas funciones procesales. A partir de la ilustración se inicia un gran movimiento internacional de reforma del derecho penal y de la ejecución de las penas que no puede decirse que haya concluido, pero que sí ha avanzado notablemente.

La pena acarrea sin duda sufrimientos porque, por su medio, el Estado impone al individuo la privación total o parcial, transitoria o definitiva de ciertos bienes jurídicos que le son muy caros (vida, libertad, patrimonio, honor, cargos públicos, capacidad política formal, etc.)

La pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal.

De esta noción se desprenden los siguientes caracteres de la pena:

a) Es un sufrimiento, que siente el penado. Este proviene de la restricción o privación

impuesta al condenado de bienes jurídicos de su pertenencia, vida, libertad, propiedad, etc.

b) La pena es pública, impuesta por el Estado para la conservación del orden jurídico o para restaurarlo cuando haya sido perturbado por el delito.

Los males o sufrimientos que el Estado impone con otros fines no constituyen pena propiamente dicha. Tampoco constituyen pena las sanciones impuestas por organismos e instituciones públicas o privadas para la consecución de sus fines peculiares; ni las sanciones con que se corrigen las infracciones de las ordenanzas o reglamentos de policía, ni las aplicadas por las autoridades de gobierno.

c) La pena debe ser impuesta por los tribunales de justicia como consecuencia de un juicio penal.

d) Debe ser personal, debe recaer solamente sobre el penado de modo que nadie puede ser castigado por hechos de otros.

e) Debe ser legal, establecida por la ley, y dentro de los límites por ella fijados, para un hecho previsto por la misma como delito

El sentido y fin atribuido a la pena por las distintas concepciones penales es muy diverso. En este punto predominan dos principios antagónicos el de la expiación o retribución, que da a la pena un sentido de sufrimiento, de castigo, impuesto en retribución del delito cometido, y el de la prevención, que aspira, como su nombre lo indica, a prevenir la comisión de nuevos delitos.

Sin embargo, cierto número de criminalistas, acogen también la idea de prevención, pues la pena-castigo ejerce una acción intimidativa sobre las masas y así realiza de este modo una función preventiva.

El antagonismo entre las concepciones de la pena-castigo y la pena-prevención

culmina en la orientación penológica anglosajona que abandona por completo la idea de retribución y de castigo sustituyéndola por la de tratamiento; tratamiento sobre la base del estudio de la personalidad del delincuente y encaminado a su reforma, a la segregación de los no reformables y a la prevención del delito.

La pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente al de la prevención del delito. Pero orientada hacia este rumbo no puede prescindir en modo absoluto de la idea de justicia, cuya base es la retribución, porque la realización de la justicia es un fin socialmente útil. Por esto aún cuando la pena haya de tender, de modo preponderante, a una finalidad preventiva, ha de tomar en cuenta aquellos sentimientos tradicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva que exigen el justo castigo del delito y dan a la represión criminal un tono moral que la eleva y enoblece. Sobre un fondo de justicia debe la pena aspirar a la obtención de los siguientes fines:

a) Obrar sobre el delincuente creando en él, por el sufrimiento que contiene, motivos que le aparten del delito en el porvenir y sobre todo, como finalidad preponderante, tender a su reforma y a su readaptación a la vida social.

Si el delincuente es insensible a la intimidación y no fuere susceptible de reforma, la pena debe realizar una función de eliminación de dichos individuos del ambiente social.

b) Obrar no sólo sobre el delincuente, sino también sobre los ciudadanos pacíficos mostrándoles, mediante su invitación y su ejecución, las consecuencias de la conducta delictuosa, vigorizando así sus sentimiento de respeto a la ley y creando en los hombres de sentido moral escaso, por razones de su propia conveniencia, motivos de inhibición para el porvenir

La función preventiva realizada por la sanción penal, cuando actúa sobre el penado, se denomina individual o especial, cuando se ejerce sobre la colectividad en general se llama prevención general.

Atendiendo al fin que se proponen las penas se dividen, en penas de intimidación, indicadas para los individuos no corrompidos, en quienes aún existe el resorte de la moralidad que es preciso reforzar con el miedo a la pena; penas de corrección que tienden a reformar el carácter pervertido de aquellos delincuentes corrompidos moralmente, pero reputados corregibles; y penas de eliminación o de seguridad para los criminales incorregibles y peligrosos a quienes es preciso, para seguridad social, colocar en situación de no causar daño a los demás.

Sólo las teorías "modernas" de la pena admiten la idea de que el Derecho penal se tiene que ocupar sistemáticamente y conscientemente no sólo de encontrar una decisión justa, sino también una buena solución para sus casos. Las teorías "clásicas" -por eso, también llamadas "absolutas-" se entienden independientemente de un fin real, no buscan una salida del asunto, se apoyan en sí mismas y no se ocupan, como las "modernas", de los efectos empíricos de la pena (éxito de la resocialización, efectiva intimidación)

Así por ejemplo, decía Kant, en su famoso ejemplo de la isla, "que el último asesino que se encontrara en prisión debería ser ejecutado antes de que la sociedad se disolviera y tuviera que esparcirse por el mundo: para que se supiera el valor que merecían sus hechos y se hiciera justicia".³¹

"Así también para Hegel la pena era "negación de la negación del Derecho". La "voluntad especial" del ordenamiento jurídico, era, a su vez, negada por la pena, anulada".³²

Lo que, sin embargo, caracteriza a las teorías absolutas en lo que a interés fáctico se refiere, es el respeto por la dignidad del delincuente. Según Kant, las teorías preventivas consideran al condenado como un objeto del Derecho de cosas, convirtiéndolo en objeto de estrategias de mejoras en pro del bienestar común. Para Hegel, las teorías relativas no respetan ni el honor, ni la dignidad del delincuente, sino que lo tratan como a un perro al que se

³¹ Kant, *Metaphisik der Sitten*, II, págs. 452-460.

³² Hegel, *Teoría del Derecho Penal*, pág. 233

amenaza con un palo.

Para las teorías relativas, el sentido de la pena se desarrolla a partir de la imperfección de la realidad. Para las teorías absolutas, la exigencia de la pena se deriva de la idea de justicia o de la voluntad general situada en un plano moral superior; para las teorías relativas, en su vertiente preventiva general, de la inclinación del hombre a atacar a los demás, y, en su vertiente preventiva especial, de la deformación individual reflejada en la comisión de un delito. Las teorías absolutas no se ocupan propiamente de la imperfección de la realidad, sólo la valoran y le atribuyen un sentido. Las teorías relativas siempre tienen en cuenta la realidad, no pueden prescindir de la cuestión de si la pena incide o no, con eficacia preventiva especial o general, en la realidad imperfecta, es decir, de si la pena realmente "soluciona" los casos jurídico-penales. Una cuestión que para las teorías absolutas es absurda.

La pena es la conclusión de la punibilidad y su contenido concreta y refleja todo el sentido y alcance del derecho penal. Junto con el precepto y la sanción, la responsabilidad que se concreta en el reproche de culpabilidad, completa el tríptico que conforma al derecho penal

La sanción, en su binomio punibilidad-pena, implica el segundo ámbito fundamental de la ley penal.

La congruencia en el derecho exige la congruencia en la orientación político-criminal en los contenidos de la norma y de la pena. Debe existir correspondencia y cabal congruencia entre éstos.

La pena es justa retribución del mal del delito proporcionada a la culpabilidad del reo. La idea de retribución exige que al mal del delito siga la afluencia de la pena para la reintegración del orden jurídico violado y el restablecimiento de la autoridad de la ley infringida, como paradigma de justicia, la retribución es una idea universal firmemente arraigada en la conciencia colectiva que reclama el justo castigo del culpable, concepción altamente propicia a los intereses sociales, que conserva y vigoriza en la masa del pueblo el sentido de justicia y da a la representación penal el tono moral que la eleva y ennoblece.

La pena es siempre retribución. No importa que aspire a una función de prevención general alejando del delito a los miembros de la colectividad por miedo al sufrimiento que inflige, o que se proponga la reforma del penado, no obstante estas aspiraciones, la pena siempre conserva su íntimo sentido retributivo, su esencia de castigo. La retribución no es, como algunos la reprochan, una venganza encubierta, no aspira como éstas a obtener satisfacción por el agravio sufrido, sus fines son más amplios y elevados, mantener el orden y el equilibrio, que son fundamento de la vida moral y social, y protegerlos y restaurarlos en caso de ser quebrantados por el delito.

Se dice frecuentemente que el sistema jurídico-penal sólo persigue la prevención individual dentro de límites estrictamente marcados y que, fuera de estos límites, acepta el riesgo de que fracase este fin de la pena. Con ello los diferentes fines de la pena no sólo persiguen cosas distintas, sino que también proceden de mundos distintos y descansan en presupuestos diversos. Así, por ejemplo, el fin de la retribución, en tanto persigue la proporcionalidad entre el injusto y la culpabilidad, por un lado, y la intervención en la posición jurídica del delincuente a través de las consecuencias jurídico-penales, por otro lado, es contrario por principio al concepto de resocialización. La duración de la pena puede ser para un tratamiento del recluso desproporcionalmente corta, éste es el caso típico en los "delinquentes por tendencia de delitos de escasa gravedad".

Por regla general el tiempo de duración de la pena, exigido por la retribución y limitado por el principio de proporcionalidad, no es suficiente para llevar a cabo un tratamiento, por lo que el concepto de resocialización tiene que fracasar necesariamente. Pero también puede ocurrir que la duración de la pena sea demasiado larga para el tratamiento del recluso; este peligro se debe a los límites mínimos del marco penal del respectivo delito, que impiden que el juez pueda imponer una pena inferior, aunque el delincuente no necesite ser resocializado o pueda ser tratado en menos tiempo.

El sistema penitenciario, orientado hacia el tratamiento, se perturba si el recluso solo está en la cárcel perdiendo el tiempo (o una parte de ese tiempo), sin que pueda comprender la productividad de ese tiempo

Siendo la pena legítima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito e impuesta por el poder del Estado al delincuente, su noción está relacionada con el *Ius puniendi* y con las condiciones que, según las escuelas, requieren la imputabilidad, pues si esta se basa en el libre albedrío la pena será retribución del mal por mal, expiación y castigo; si por el contrario, se basa en la peligrosidad social acreditada por el infractor entonces la pena será medida adecuada de defensa y aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales.

La pena es de todas suertes un mal que se inflige al delincuente, es un castigo; atiende a la moralidad del acto; al igual que el delito, la pena es el resultado de dos fuerzas: la física y la moral, ambas subjetivas y objetivas; su fin es la tutela jurídica de los bienes y su fundamento la justicia; para que sea consecuente con su fin la pena ha de ser eficaz, aflictiva, ejemplar, cierta, pronta, pública y de tal naturaleza que no pervierta al reo; y para que esté limitada por la justicia ha de ser legal, no equivocada, no excesiva, igual, divisible y reparable.

Por último, las penas pueden ser estudiadas atendiendo a su calidad, a su cantidad y a su grado.

Mezger, define a la pena como una retribución, esto es, una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable, siendo la imposición de un mal adecuado al acto.

Para Roeder, la pena busca la corrección del pecado, y para el positivismo criminal la pena, o mejor sanción, es medio de seguridad e instrumento de la defensa social frente a los delincuentes peligrosos; es propiamente el tratamiento que conviene al autor del delito socialmente peligroso o al que representa un peligro de daño, pues el hecho de que el delito sea o no el producto de una voluntad malévola y antisocial por propia y libre determinación, es cosa extraña al ejercicio de este derecho de defensa; en consecuencia, la noción de la pena está en esencia divorciada de la idea de castigo, de expiación o de retribución moral. La pena debe adaptarse, no a la gravedad del delito, no al deber violado, no a la culpa criminosa, sino a la temibilidad del delincuente. En consecuencia, la pena no es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una

peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social

En el derecho legislado moderno es todavía la pena un mal infligido legalmente, al delincuente como consecuencia del delito y del proceso correspondiente; es un mal que el juez impone al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al actor.

Pero también, en el derecho moderno, junto a la pena se perfilan parejamente las medidas de seguridad, pues en el presente las penas están en franca decadencia; ellas no tienen en cuenta el origen ántropo-físicosocial del delito. Por esto el Congreso Penitenciario de Praga (1930) votó que las penas deben estar acompañadas indispensablemente por las medidas de seguridad, cuando aquéllas sean ineficaces o insuficientes para la defensa social. Y a ello obedece el que se halla propuesto la elaboración de dos códigos distintos el uno del otro, pero íntimamente relacionados: el código represivo o sancionador y el código asegurativo o preventivo, aplicables respectivamente a los delitos y a los estados peligrosos; las medidas de seguridad quedarían contenidas en el último, para ser aplicadas a los estados de peligrosidad social que las ameriten.

La evolución de la pena arranca de la unidad: pena de muerte, de la que partió la diversificación que registra la historia de la pena. Una vez más lo simple evoluciona hacia lo complejo, lo complejo hacia lo simple.

Se clasifican las penas en capitales, aflictivas, directas, indirectas, infamantes y pecuniarias; reconociendo subdivisiones en algunas de estas especies. Otra clasificación distingue entre penas intimidatorias, correcciones y eliminatorias. Otra entre penas principales y accesorias; éstas pueden ser también simultáneas o subsiguientes

Una de las cuestiones siempre presentes es la relativa a un manejo convencionalmente dado al lenguaje, ya que en particular a nivel constitucional la palabra sanción no se utiliza, sino que la preferencia del legislador constituyente se inclinó a favor de

la voz pena

Antes de pronunciarse una sentencia definitiva o su equivalente (libertad por desvanecimiento de datos, sobreseimientos por las causas legalmente establecidas, etc.), la situación legal del hecho y del autor imputado se maneja sobre bases de mayor o menor certeza, pero siempre bajo la posibilidad de que la calificación final arroje en el juicio que culmina con una sentencia, una declaración en el sentido de que el hecho determinado no es delictuoso, o que el imputado en el proceso no es responsable. Lo importante en este capítulo es aquella sentencia que resuelve, en definitiva, la existencia de un hecho delictuoso y la correspondiente responsabilidad para el autor. Esto quiere significar que iniciamos del supuesto de que existe "una verdad legal" que impone una sanción, ya que el presupuesto de toda sanción lo es una sentencia condenatoria.

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

Antes de la sentencia ejecutoriada, existe todo un proceso cimentado sobre la responsabilidad presunta o posible del autor del hecho o de quien es imputado como tal. Sin embargo, es hasta que llega la sentencia que deja su lugar lo probable o lo que es verdad legal y se pasa del calificativo de presunto responsable. Desde luego estoy tomando como base para esta tesis a la sentencia condenatoria, ya que aquella sentencia definitiva que absuelve es absolutamente irrelevante para los efectos de la prescripción de la sanción por la simple razón de que en una sentencia absolutoria falta una sanción que es lo que daría motivo de prescripción.

El Estado se autolimita en la ejecución de la sanción impuesta, por razón del tiempo transcurrido.

El artículo 21 de nuestra Constitución menciona en su parte relativa que "la

imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial" Aún cuando en el caso se está empleando en el texto constitucional el vocablo "pena" la realidad es que corresponde a un sinónimo de lo que se conoce como sanciones.

El Código Penal en el Título Segundo, Capítulo I del libro Primero, se refiere a las penas y medidas de seguridad y las especifica en el artículo 24 del ordenamiento citado, entre otras, a la prisión a la sanción pecuniaria, etc., en cambio en los preceptos reguladores del fenómeno de la prescripción ya no se hace referencia alguna a "penas", sino a sanciones, y se mencionan, igualmente, a la privativa de la libertad (se le llama sanción corporal), a las sanciones pecuniarias, a la privación de derechos civiles y políticos, pero ya no bajo la denominación de "penas", sino como he señalado, las "sanciones".

El artículo 21 Constitucional consigna como facultad exclusiva de la autoridad judicial la imposición de las sanciones provenientes del delito

A lo anterior es posible agregar, para el mismo efecto, el contenido del Título Tercero del propio Libro Primero del Código Penal, que se denomina "Aplicación de Sanciones" y que en el artículo 51 expresa que "dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito .", lo que viene a ser la implementación de la facultad conferida constitucionalmente, aunque bajo la denominación de "pena"

Ahora bien, impuesta o aplicada la sanción en una sentencia firme, donde un hecho ha sido calificado como delictuoso y su autor como delincuente, pesa la actuación del Poder Judicial y, de acuerdo con lo que dispone el Artículo 77 del Código Penal, inicia su intervención otro poder estatal. El precepto en cuestión dice que: "corresponde al Ejecutivo Federal la ejecución de las sancione, con consulta del órgano técnico que señale la ley".

Hay entonces, una absoluta separación en las facultades de dos poderes diferentes: uno, el Judicial, impone la sanción y otro el Ejecutivo, las ejecuta. Claramente puede repetirse que es el Estado, a través de esos dos poderes, es quien interviene en el proceso de calificación

del delito y del delincuente, y ejecuta las consecuencias legales de tal calificación. Sin embargo, si atendemos al principio regulador del artículo 100 del Código Penal, el propio Estado, por medio de su poder Legislativo, se ha impuesto limitaciones para el ejercicio de esas facultades, ya que existe una previsión de que la prescripción extingue la posibilidad de ejecutar la sanción impuesta y, como consecuencia cuando se surte el caso previsto en la ley en orden al tiempo, no procede la ejecución de la sanción en la persona de quien ha sido considerado como delincuente

Es necesario precisar la naturaleza de las sanciones cuya ejecución puede ser motivo de prescripción. En relación con el planteamiento hecho, el que nuestro Código Penal, en el ya citado artículo 24 bajo el rubro de "Penas y medidas".

En síntesis, con relación a la pena se observa que: ésta debe estar ideológica, lógica y teológicamente vinculada con el mismo contenido político criminal de la norma, integrando, ambas, una estructura jurídica única, cada una con su específica función

Por su concepto mismo, es seguro que la pena siempre hará sufrir al que la soporta, pues ella no es ni puede ser un premio, pero es incotrovertible que su naturaleza, duración y modalidades ejecutivas se han suavizado en medida muy considerable y que el sufrimiento por sí mismo no tiene ya legitimación en los derechos de países civilizados. Con todo, suavizar la crueldad no es hacerla desaparecer y el derecho penal de nuestros días conserva todavía una dosis muy alta de la misma. Hasta dónde pueda llegar este proceso histórico no resulta fácil de predecir, pero llevarlo más y más adelante, para hacer la pena lo más humanitario posible, es una responsabilidad histórica que nuestros tiempos no permiten evadir aún

2.4 CONCEPTO DE RESOLUCIÓN EJECUTORIADA

El término presenta en la doctrina diversas significaciones, y así ejecución puede ser "Cumplimiento, promulgación reglamentación, ejercicios de facultades, aplicación de normas,

efectuación de órdenes, eficacia de los actos y un cúmulo más de significados, que hace insuficiente cualquier diccionario de sinónimos limitados a sentidos tales como: realizar, efectuar, hacer, cumplir, verificar, ajusticiar, matar, tocar, embargar, etc.

Es preciso dejar bien claro que, por una parte, no todas las resoluciones judiciales llevan necesariamente a una ejecución, y por otra, en ocasiones demasiado frecuentes, no obstante que se obtiene una resolución jurisdiccional, no es posible ejecutar ésta, por múltiples circunstancias. En otras palabras, hay resoluciones judiciales que no admiten ejecución, porque los efectos que provocan en el mundo jurídico, se dan por la resolución misma y, es el caso de las sentencias que se pueden calificar como declarativas, es decir, aquellas que simplemente vienen a reconocer una situación fáctica preexistente, y a sancionarla como jurídicamente aceptable e intachable; pero Junto a estos casos, también es menester considerar que, otras sentencias ejecutables, no lo son por circunstancias de la realidad de cada caso, así si se piensa en la condena en contra de un deudor insolvente, quien, precisamente en razón de esa incapacidad de pago, no va a poder ser ejecutado.

Mediante la ejecución que supone, por otra parte, un desacato de parte del obligado a la sentencia, al sentido de la resolución dictada se echa a andar la maquinaria estatal para que, incluso mediante el uso de la fuerza pública, se imponga el sentido de la resolución, aun en contra de la voluntad del obligado. Si se logra la ejecución, con ello se habrá satisfecho el derecho y la pretensión, cerrándose el ciclo de las ideas, derecho-opinión, pretensión-acción-satisfacción.

Se ha discutido mucho, en diversos tonos y posiciones si la ejecución de la sentencia, tiene o no un carácter jurisdiccional y, por ende, procesal "Hafter, citado por Alcalá-Zamora, sostiene la existencia de un derecho ejecutivo penal".³³

La ejecución no es, ni puede ser, esencialmente jurisdiccional, ya sea que se trate de una ejecución en un proceso civil, en un proceso penal o en cualquier otro tipo de proceso. De ahí que las diferencias existentes entre la ejecución penal y la ejecución civil, de existir, no

³³ Alcalá- Zamora y Castillo, Niceto, La Teoría General del Proceso y la Enseñanza, pág. 27

puede afectar para nada lo relativo a la unidad de lo procesal, si partimos de la consideración básica de que la ejecución, en términos generales, no es esencialmente ni jurisdiccional ni procesal.

Es evidente el carácter administrativo de la ejecución, al predicar la tesis que sostiene como función del proceso La aplicación de las sanciones de la ley. Esta aplicación de sanciones, en lo procesal, solo atañe quizás a la determinación de éstas, pero no a su materialización o realización fáctica, que es, por naturaleza, una función administrativa. Aunque en múltiples casos, la lleguen a realizar los jueces, ello no implica que sea una función propiamente jurisdiccional, sino administrativa, la cual es puesta eventualmente en manos de los juzgadores, porque, en realidad, lo que sucede es que la ejecución es colocada, en mayor o menor grado, en manos de los tribunales, lo que hace que llegue a confundirse la función judicial con la naturaleza jurisdiccional de los actos realizados por los jueces y tribunales. Este mayor o menor grado de intervención de los jueces en la ejecución de la sentencia, varía de un sistema jurídico a otro, y, también, de unos procesos, a otros; así, no es igual el grado de intervención del juez en la ejecución, dentro del sistema anglosajón, que en el sistema latinoamericano, y, tampoco es igual la intensidad de dicha intervención judicial en la ejecución, por regla general, en el proceso penal que en el proceso civil.

La ejecución procesal es, como quiere que se vea, una consecuencia de la potestad y del imperio que el juez, en su calidad de titular del órgano estatal, posee. La jurisdicción es una función estatal integral, en la medida en que el tribunal puede hacer cumplir por sí mismo, las determinaciones que dicte Pero este cumplir por sí mismo, no debe entenderse necesariamente en el sentido de que sea el propio juez el que materialmente ejecute la resolución dictada; basta con que tenga las atribuciones de imperio para ordenar esa ejecución.

El cumplimiento de las órdenes giradas por el tribunal, a veces toca desempeñarlo a órganos judiciales (actuarios, secretarios ejecutores u otras entidades u oficinas de dependencia judicial), y en otras ocasiones, son entidades o autoridades distintas y ajenas a los órganos judiciales, las encargadas de realizar la ejecución de los mandatos emanados del tribunal. Reiterando la idea de que en los actos de ejecución es variable el grado de

intervención del tribunal.

Los aspectos de ejecución de las resoluciones están más en las manos del propio tribunal y corresponden o competen a entidades y a órganos de autoridad que no son de naturaleza judicial ni dependen jerárquica o administrativamente de los tribunales, su cumplimiento

Es necesario, precisar que las sentencias de los tribunales no son las únicas resoluciones dictadas por éstos, que son materia de ejecución. Por lo contrario, son múltiples las resoluciones emanadas de los jueces y tribunales, durante el desarrollo mismo del proceso, las cuales pueden ser objeto de ejecución y, a título de ejemplos muy ilustrativos de ello, es lo relativo a los medios de apremio y a las correcciones disciplinarias como aspectos de ejecución de resoluciones judiciales.

Ahora bien la autoridad de cosa juzgada que se predica de la sentencia apareja dos sentidos: formal y material

Una sentencia es formalmente firme cuando no puede ser objeto de impugnación con los recursos ordinarios, como lo señala el artículo 443 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal que a la letra dice:

"Son irrevocables y, por tanto, causan ejecutoria.

- I. Las sentencias pronunciadas en primera instancia cuando se hayan consentido expresamente, o cuando expirado el término que la ley fija para interponer algún recurso, no se haya interpuesto, y
- II Las sentencias de segunda instancia y aquellas contra las cuales no conceda la ley recurso alguno"

El verbo resolver, explica Ramiro Podetti, cuya significación a veces se confunde con decidir, disponer o determinar, tiene el sentido de juzgamiento, y con mayor extensión, de acto procesal del juez.

En contraste con la multiplicidad desbordada, teoría y práctica del derecho terminan

por coincidir en un sentido especial de la expresión cuando aluden a la realización forzosa o forzada.

Procesalmente la coerción se localiza en un procedimiento distinto al de la prestación espontánea, administrativamente, la compulsión separa al ejercicio normal de la intervención de la fuerza pública y, en general la coacción es nota bastante para percibir el supuesto de la ejecución, al grado que resulta no lógica la calificación de ejecución forzada

La ejecución alude al empleo de la fuerza y no a la simple afectación del derecho, al concebir al título subjetivo como instrumento para actuar sobre la relación privada, susceptible de ser expropiado en supuesta ejecución ideal. La coacción ha de trascender hasta los hechos, pero debe ser aplicada por tercero y no por obra del mismo responsable

Lo cierto es que coacción y sanción van por distintos caminos, no por razones de competencia, sino porque la sanción vive primordialmente el plano de la decisión y cuando pasa el momento de la realización, pierde características ejecutivas si puede ser cumplida espontáneamente.

La ejecución no es un simple constreñir, orillar, sino llevar a cabo sobre la voluntad del responsable lo dispuesto por la norma o la instrucción, siendo indiferente su anuencia, inhibición o rebeldía.

La ejecución no es violencia, ya que sale del campo de lo privado por la prohibición constitucional

La prohibición constitucional convierte en ilícita la autoejecución, porque se caracteriza por una conducta en contradicción con la idea del derecho y la máxima de la conducta justa; es ilícita porque no constituye el medio idóneo para el fin razonable según determinado valor jurídico

Por lo antes manifestado es conveniente señalar que la Resolución Ejecutoriada,

desde un punto de vista formal o procesal, es la imposibilidad de impugnación de una sentencia, limitada al proceso en que se han juzgado; en tanto que la cosa juzgada material o de fondo alude al carácter irrevocable, indiscutible, inmodificable de la decisión de la controversia de intereses a que se ha llegado, es decir, consiste en la verdad legal, definitiva que ya no puede ser rebatida desde ningún punto de vista y en ninguna oportunidad, es cuando a la condición de inimpugnable en el mismo proceso, se une la inmutabilidad de la sentencia aun en otro juicio posterior. La finalidad perseguida por el derecho a través de la cosa juzgada, es la de dar certeza y definitividad a las situaciones jurídicas sancionadas por la sentencia, siendo necesarios estos elementos para mantener la paz social y el equilibrio, de otra suerte, los litigios podrían volver a replantearse indefinidamente.

La resolución ejecutoriada es un acto del juzgador que tiene por objeto directo e inmediato la valoración de la eficacia respecto de las prestaciones de las partes, y que alcanza una resolución del debate favoreciendo una o varias de las prestaciones deducidas en el proceso, Se trata en suma, de una resolución que, traslada al ámbito de sujetos particulares.

Al separar en la inadecuada expresión de cosa juzgada la parte relativa a la decisión sobre el objeto del proceso y la que corresponde a la autoridad de acto inalterable que tiene la sentencia, se propicia un tratamiento más congruente, o si se quiere más científico, de un fenómeno que, no por surgir dentro del proceso tiene en él su mayor importancia, sino que adquiere ésta cuando se le adhiere con el pronunciamiento final, sea de fondo o sobre el proceso mismo y aun de sobreseimiento.

Durante el procedimiento y hasta antes de que se dicte sentencia ejecutoriada el acusado de un delito es llamado presunto responsable, inculcado, procesado, y una vez que se le dicte sentencia, con el carácter de resolución ejecutoriada, al acusado se le llamará sentenciado.

Con relación a la Sentencia Ejecutoriada. Cosa Juzgada, el autor Fernando Arilla Bas, manifiesta. Existe la cosa juzgada cuando la sentencia causa ejecutoria, es decir, adquiere aptitud para ser ejecutada

La cosa juzgada alcanza el rango de garantía de seguridad jurídica, consagrada en el artículo 23 constitucional. Se ha resuelto, al respecto, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que "sólo existe la transgresión del artículo 23 constitucional en el caso de que se haya dictado sentencia irrevocable, pero si tal sentencia no se dictó, nada impide que se abra nuevo proceso en donde se dicte una resolución firme". (Copilación de 1917-1965. Segunda Parte. Tesis 23).

Hay que diferenciar la sentencia definitiva de la ejecutoriada. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una resolución publicada en la página 285 del Tomo XXXIV del semanario Judicial de la Federación, ha establecido que "por sentencia definitiva en materia penal, debe entenderse la que resuelve el proceso y la ejecutoriada es aquella que no admite recurso alguno" sin embargo el artículo 46 de la Ley de Amparo, cuando dispone que "se entenderán por sentencias definitivas las que decidan el juicio en lo principal, y respecto de los cuales las leyes comunes no concedan ningún recurso ordinario", parece confundir la definitiva con la ejecutoriada.

Causan ejecutoria las sentencias definitivas: a) Cuando la ley no concede recurso alguno contra ellas (artículo 443, fracción II, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 360, fracción II, del Código Federal de Procedimientos Penales). Otra forma de conformidad expresa con la sentencia, sería el cumplimiento voluntario de la misma.

Con la sentencia ejecutoriada, el acusado asume el carácter de sentenciado, sin que lo pierda, para recuperar el anterior, en el caso de que solicite amparo directo. La suspensión de la ejecución de la sentencia, en los términos de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, veda únicamente la ejecución del acto, pero no ejerce influencia alguna sobre la situación jurídica.

A continuación transcribo un auto en donde se declara que una sentencia a causado ejecutoria:

"México, Distrito Federal, a 6 de abril del 2001.

Habiendo transcurrido el término que la Ley señala, para interponer recursos en contra de la

sentencia, sin que el Ministerio Público lo haya hecho, y visto lo manifestado por el procesado, con fundamento en el artículo 443, fracción I, del Código de Procedimientos Penales, se declara que dicha sentencia ha causado ejecutoria. Cúmplase en sus términos.

Notifíquese. Lo acordó y firma el C. Juez. Doy fe".

CAPÍTULO TERCERO

REFORMAS DEL ARTÍCULO 113 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

3.1 EXPOSICIÓN DE MOTTIVOS

Obedeciendo a un deseo general manifestado, en diversos sectores del pensamiento mexicano, el propio licenciado Portes Gil, como Secretario de Gobernación, organizó una comisión que se encargara, no de llevar adelante una simple depuración del Código de 1929, sino de su total revisión. Así fue como nació el Código Penal de fecha 14 de agosto de 1931, vigente en la actualidad

El Gobierno Mexicano -haciendo eco de los anhelos de los especialistas y de las necesidades de la colectividad- comprendió que era urgente una reforma del Código Penal, que supliera, adicionara y flexibilizara el articulado, marcando una orientación de acuerdo con las nuevas tendencias penales.

En la Exposición de motivos del Código Penal de 1931 se manifestó que la Comisión Revisora, lo analizara detenidamente, con el propósito de que sea previamente conocido y ampliamente publicado, para recibir todas las observaciones y realizar una verdadera depuración. Por lo tanto al ponerse en vigor el actual Código Penal, con sus leyes de Procedimientos Complementarios, se observaron serias dificultades de aplicación y se hicieron críticas, tanto por la técnica del nuevo ordenamiento como por sus consecuencias materiales, sus defectos de funcionamiento y hasta sus errores de redacción .

Estos inconvenientes fueron advirtiéndose desde los primeros meses de la vigencia del nuevo código, con tales caracteres de notoriedad, que se juzgó necesario emprender una revisión de acuerdo con las bases formuladas por la Secretaría de Gobernación y que se condensan en los puntos siguientes:

1. Revisar el Código Penal, el Código de Procedimientos Penales y las leyes conexas y proponer las reformas indispensables para su buen funcionamiento.
2. Procurar la simplificación de la ley, evitando las definiciones doctrinales, las confusiones de redacción, las contradicciones y las deficiencias prácticas.

Las orientaciones que normaron los trabajos de la Comisión Redactora fueron las siguientes

"Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno, puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir una tendencia crítica y pragmática, o sea práctica y realizable. La fórmula "no hay delitos, sino delincuentes", debe completarse así. "no hay delincuentes, sino hombres". El delito es principalmente un hecho contingente. Sus causas son múltiples, es un resultado de fuerzas antisociales. El ejercicio de la acción penal es un servicio público y de seguridad y de orden. La Escuela Positiva tiene valor científico como crítica y como método. El derecho penal es la fase jurídica y la ley penal el límite de la política criminal. La sanción penal es "uno de los recursos de la lucha contra el delito"

La Comisión de 1931 estimó que cualquier tabla que pudiera adoptarse para graduar la responsabilidad civil, no podría aplicarse si no era oyendo en todo caso el dictamen de peritos, razón por la cual sin titubear no estableció ninguna, dejando al arbitrio judicial la solución de cada caso particular. Y como norma para el juez se fijó, no sólo el monto del daño mismo, sino también las condiciones económicas del agente del delito, a fin de situar el problema en la realidad.

Con el mismo propósito de encontrar fórmulas reales que hicieran posible la indemnización de los perjuicios causados por el delito y teniendo presente la frecuencia con que se registran daños a causa de los modernos sistemas mecánicos de transporte, el Código facultó al Ejecutivo de la Unión para reglamentar, sin perjuicio de la resolución que se dicte

por la autoridad judicial, la forma en que administrativamente, deba garantizarse dicha reparación mediante un seguro especial.

De acuerdo con nuestra Constitución, por ejemplo, son preceptos jurídicos y, por ende, repútase obligatorios, los aprobados por ambas Cámaras, sancionados por el Ejecutivo y publicados en el Diario Oficial, desde la fecha que en el acto de la publicación o en otra norma se indique

Las disposiciones que el legislador crea tienen vigencia en todo caso, mas no siempre son acatadas. La circunstancia de que una ley no sea obedecida, no quita a ésta su vigencia. Desde el punto de vista formal, el precepto que no se cumple sigue en vigor mientras otra ley no lo deroga. Tal principio ha sido consagrado por la ley mexicana

Ya que en materia de prescripción el Código de 1929 tenía las caducas ideas de imprescritibilidad respecto de ciertos delitos, se llega a esta conclusión analizando el contenido del artículo 260, que establecía lo siguiente:

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

- I. Que durante este tiempo no se haya intentado la acción penal correspondiente al delito,
- II. Que durante ese mismo tiempo el acusado no haya cometido otro nuevo delito,
- III. Que sea la primera vez que delinquiró;
- IV. Que el delito no sea un homicidio, lesiones calificadas, incendio, violación, asalto, secuestro o robo con violación, y
- V. Que el acusado no sea haya sustraído a la acción de la justicia, ocultándose"³⁴

³⁴ Artículo 260, Código Penal de 1929.

En la codificación antes citada nada se decía respecto de la prescripción cuando no se reunían los requisitos consignados en el artículo antes transcrito; por ejemplo, no se mencionaba solución al problema de las prescripciones cuando estando corriendo un término, se metiera un hecho diferente, eventualmente delictuoso; tampoco se decía lo que ocurría si el autor del hecho tenía ya antecedentes penales por haber cometido otro u otros delitos, y lo más importante es que se guardaba silencio en los actos de excepción a los que se refiere la fracción IV del artículo 260, cuando el hecho incrementado era un homicidio, lesiones calificadas, incendio, violación, asalto, secuestro o robo con violencia. El Código de 1929 volvía, en estas condiciones, a una época ya superada, pero en forma aún más drástica, ya que además de los delitos imprescriptibles, establecía requisitos personales, como lo eran la calidad de delincuente primario y la no ocultación del autor del hecho, condiciones que implicaban un muro casi infranqueable para el curso de una prescripción, basada en el simple curso del tiempo.

El Código Almaráz de 1929 fue sustituido por el actual de 1931, y que en lo relativo a la prescripción, el texto inicial a permanecido intocado, salvo las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931.

Pero en la reforma de 1931 se distingue con nitidez entre la pena o medida de seguridad y la reparación e indemnización, pues el abandono en que había estado la víctima del delito ha hecho necesario que, doctrinariamente, no se dedicara toda la atención al delincuente, sino que se la compartiera también con la víctima inmediata.

Pragmático por excelencia, el Código Penal de 1931 desarrolla modestamente, pero con firme dirección de acuerdo con la nula realidad mexicana. No crea de la nada, recoge, organiza y equilibra la realidad misma de la prescripción.

En este sentido es el código que ha permitido cómodamente ir acopiando experiencias y datos para la elaboración final del código que se impone para lo porvenir. EL Código Penal Federal, instrumento jurídico adecuado de una moderna Política Criminal aplicada a todo el país.

Cumplidos algunos de los fines de la legislación, incumplidos todavía otros, la reforma penal con sus códigos de 1929 y 1931, ha permitido fijar direcciones de Política Criminal, señalar rumbos ciertos a la jurisprudencia, formar grupos de especialistas y enriquecer la bibliografía penal mexicana, a estas horas conocida en los círculos especializados que se interesan por los temas penales.

El Código de 1929 ha hecho posible al de 1931. Cada cual ocupa su lugar, sencillez, precisión, diafanidad; la expresión breve y justa, un ahorro de adherencias complicadas que son, en la práctica, el vericuetto desde el que acecha con su problemática del mal uso del derecho

Dificultades prácticas en la aplicación de el código, particularmente en lo tocante a la reparación del daño y a la individualización de la pena pecuniaria, hicieron sentir a los órganos del Poder la necesidad de una nueva reforma que diera satisfacción a las inquietudes científicas recogidas por el mismo código de 1929, pero sólo muy limitadamente. De esta suerte el mérito principal del código de 1929 no fue otro que el de proyectar la integral reforma penal mexicana abrogado el venerable texto de Martínez de Castro y abriendo cause legal a las corrientes modernas del Derecho Penal en México Todo lo cual, ciertamente, no ha sido poco para conformar el actual Código Penal.

Como todo fenómeno jurídico que está relacionado con el delito se encuentra la prescripción, primero en la ley y luego en la práctica. La ley se ocupa de planteamientos genéricos, estableciendo principios generales para regular hipótesis que estima deben ser motivo de tratamiento especial; en la práctica, sin embargo, la prescripción tiene que ser motivo de una declaración en la que se aborde un caso concreto para aplicarle las normas reguladoras del fenómeno.

Las cuestiones relativas a la prescripción de la acción están suficientemente tratadas en nuestra leyes penales y el problema en orden a la titularidad de la declaración puede decirse que se reduce, en realidad, a una correcta ubicación del momento procedimental en que se produce. Es así como se puede afirmar, sin reserva alguna, que mientras no se está actuando

ante los tribunales porque se haya hecho ya una consignación, la facultad declaratoria es propia del Ministerio Público y que una vez que el Juez toma conocimiento de los hechos, sólo él puede resolver en orden a la prescripción de la acción.

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

La reparación puede exigirse como consecuencia de todo obrar ilícito o contra las buenas costumbres que cause daño a otro, siempre que no haya habido culpa o negligencia inexcusable de parte de éste. Las consecuencias dañosas para terceros, no imputables a éste, deben serle reparadas mediante la correspondiente indemnización. La exigencia de la reparación es independiente del proceso criminal, que tiene por base un delito. Es consecuencia de lo anterior que la acción de reparación puede ser instaurada por el que haya resentido el daño, a consecuencia de un obrar ilícito o contra las buenas costumbres, ante la jurisdicción de la autoridad competente.

Se establece en nuestro derecho que la reparación es preferente a cualquiera otra obligación adquirida con posterioridad y que comprende:

I - La restitución de la cosa obtenida por el delito y, si no fuera posible, el pago del precio de la misma,

II.- La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia y el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Correspondiendo a la parte ofendida el importe de la reparación, éste se cubrirá con preferencia a la multa y se distribuirá a prorrata entre los ofendidos; pero si dicha parte ofendida renunciare a la reparación, su importe se aplicará al Estado

3.2 ARTÍCULO 113 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL SEGÚN DIARIO OFICIAL DEL 31 DE AGOSTO DE 1931

Originalmente el artículo 113 del Código Penal, según el Diario Oficial del 31 de agosto de 1931 señalaba:

"Artículo 113.- La sanción pecuniaria prescribirá en un año las demás sanciones se prescriben por el transcurso de un término igual al que debían durar y una cuarta parte más; pero nunca excederá de quince años".³⁵

Este artículo se encontraba en el Código de 1931 que es el código que ahora nos rige el cual entró en vigor el 17 de septiembre de 1931 y desde esa misma fecha quedó abrogado el Código Penal de 1929, previéndose, sin embargo, los casos relativos a hechos ocurridos durante la vigencia de tal codificación de 1929 e inclusive de la de 1871

Es importante señalar que en el Código Penal de 1931 ya se empezaba a deslumbrar la extinción de algunas sanciones por el simple transcurso del tiempo, tomando en cuenta el fenómeno de la prescripción

Obvio debe resultar que si el tratamiento de la prescripción de la acción persecutoria es más benigno en el Código de 1931, todos los involucrados habrán tenido que someterse a él, aun cuando los hechos pudieran haber ocurrido en una diferente vigencia. Se está ante un claro caso de aplicación retroactiva, que como dijo Rodríguez Mourullo obliga a estudiar y determinar a la ley más benigna para el reo, y "es ley más favorable (susceptible de ser aplicada retroactivamente sin violar el mandamiento constitucional) aquella que aplicada al caso concreto conduce a consecuencias menos rigurosas para el reo, empezando, naturalmente, por la que deja de considerar delictivo el hecho". Claro está que la falta precisa y que el probar que la ley actual es más favorable en el tratamiento dado a los casos de prescripción, pero debe anotarse que en principio los términos temporales se redujeron y las imprescriptibilidades se

³⁵ Artículo 113 del Código Penal. Diario Oficial del 31 de agosto de 1931

eliminaron, de donde resulta que sí puede válidamente pensarse que era más benigna la ley nueva.

33 ARTÍCULO 113 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL SEGÚN DIARIO OFICIAL DEL 23 DE DICIEMBRE DE 1985.

El gobierno de la República estimó necesario reformar el Código de 1931. Al respecto, el Licenciado Ernesto P. Uruchurtu, en esa época subsecretario de Gobernación encargado del Despacho, hizo las siguientes declaraciones: "Después de un cambio de impresiones que tuve con el Procurador General de Justicia, Licenciado Francisco González de la Vega, y con el procurador general de justicia del Distrito y Territorios Federales, Licenciado Franco Sodi, previo acuerdo obtenido del señor Presidente de la República, se ha designado para formar parte de la Comisión Redactora del Código Penal al Licenciado Luis Garrido, director de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y Profesor de Derecho penal de la Universidad Nacional; al Licenciado Francisco Argüelles, y al Licenciado Celestino Porte Petit, uno de los autores del código vigente del Estado de Veracruz y distinguido penalista". No es propósito de hacer nuevas leyes en materia penal, pues un cambio total de legislación nulificaría la jurisprudencia y las doctrinas que se han ido elaborando sobre disposiciones penales vigentes, durante más de dieciséis años de aplicación. Sin embargo, se aprovechará la experiencia adquirida para reformar todo lo que sea necesario, subsanando lagunas, eliminando contradicciones y perfeccionando los conceptos legales que haya menester

A continuación se transcribe del Diario de los Debates de fecha 6 de diciembre de 1985, lo siguiente: En anteriores periodos de sesiones, el Honorable Congreso de la Unión tuvo a bien aprobar reformas de gran trascendencia en material penal. De este modo, se ha transformado a fondo el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, que hoy en día contiene principios modernos recogidos por las reformas de 1983 y 1984, tanto en la Parte General como en la

Parte Especial. La práctica acredita la conveniencia de dichas reformas, cuya aplicación corresponde a los tribunales federales y del fuero común del Distrito Federal. En la presente iniciativa se plantea un nuevo conjunto de modificaciones, que permitirán mayores avances para modernizar la ley penal mexicana.

Preinscripción

La propuesta de reformas apareja diversas e inconstantes modificaciones en materia de prescripción.

En el artículo 102 se considera al delito con las modalidades que éste revista, recogiendo las sugerencias de la doctrina y, sobre todo, las tendencias modernas últimamente incorporadas en la ley procesal penal y en la propia Constitución. Lo mismo cabe decir del artículo 103.

Se ha hecho una reordenación de momentos, para evitar redundancias o contradicciones y dar a la prescripción de la acción penal y a la prescripción de la sanción el trato separado que corresponde. Es importante destacar que prevalece el principio de que la acción penal prescribe en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad prevista por la ley, pero en ningún caso bajará de tres años.

Al correr de los años, el Código Penal ha sufrido diversas reformas, que muchas veces, en lugar de mejorarlo, ha obscurecido su sentido y hecho difícil su aplicación.

La idea directriz de la reforma no será en consecuencia la de abordar problemas de orden filosófico, histórico o metafísico, ni la de afiliar el código a una escuela determinada, sino la de abordar el asunto con un sentido real.

El C. Presidente: -En atención a que este dictamen ha sido ya impreso y se está distribuyendo entre los ciudadanos diputados, ruego a la secretaría consulte a la asamblea, en votación económica, si se le dispensa la lectura.

El C. Secretario Juan Moisés Callejas García:

-Por instrucciones de la presidencia, en votación económica, se pregunta a la asamblea si se le dispensa la lectura al dictamen... Los ciudadanos diputados que estén por la afirmativa, sirvanse manifestarlo

Es de primera lectura.

CODIGO PENAL

"Comisiones Unidas de Justicia y del Distrito Federal

Honorable Asamblea: A las comisiones unidas de Justicia y del Distrito Federal fue turnada para su estudio, análisis y dictamen la minuta proyecto de decreto de reformas a los artículos 15, fracciones I, III, IV, V y VI; 24, inciso 8, 40, 56, 102, primer párrafo, 103, 104, 105, 106, 107, primer párrafo, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 208 y 400 en su fracción I y parte final del mismo, del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.

Así como la adición de la fracción X al artículo 244 y la derogación de la fracción IX del artículo 13 y del 57, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 88, 89, 344, 345, 346, 347, 348, 349 del citado código.

La H. Cámara de Senadores conoció y dictaminó, como Cámara de origen la iniciativa a que se hace referencia, habiéndose hecho comentarios específicos a las proposiciones de reforma, modificación o adición que han merecido, a juicio de esa colegisladora, algún cambio o mejora en su contenido o redacción.

Uno de los puntos más cuestionados en el seno de la comisión fue el de la interrupción de la prescripción tanto de las acciones, como de las sanciones, cuando el agente abandone el país o se encuentre fuera de él, fue opinión generalizada y así se estableció el criterio en la colegisladora, que esta hipótesis quedara comprendida en las reglas generales del

instituto de la prescripción.

La iniciativa de reformas contiene importantes modificaciones en materia de prescripción, a las que en particular, las Comisiones Unidas que suscriben han puesto especial énfasis al contenido del artículo 103. Estiman que resultaba innecesario señalar que en los plazos para la prescripción de las sanciones, debía considerarse el delito con sus modalidades, puesto que al existir una sanción, es indiscutible que ésta se determine en sentencia, en la que necesariamente tuvieron que tomarse en cuenta las modalidades agravantes o atenuantes del delito.

Por otro lado, se considera que resulta más técnico el término común de sustracción a la acción de la justicia, pues la utilización del término propuesto por en la iniciativa, es más adecuado, y además da idea de persecución.

El texto de la iniciativa propone para el artículo 105, mejorar el texto actual, y especifica que la prescripción de la acción penal se ha de calcular tomando en cuenta el término aritmético de la pena, pero en ningún caso bajará de tres años. Sobre este particular, se ha reflexionado que resulta más conveniente hacer referencia a la pena privativa de libertad que señale la ley para el delito de que trate, ya que la expresión: "Pena que corresponde al delito", no parece adecuada, en cuanto a que se está haciendo referencia a la acción penal, y en ese momento procedimental no se sabe aún cual es la pena que corresponde.

En relación a la prescripción de la hipótesis de concurso de delitos, se ha seguido el criterio tradicional de que las acciones penales que de ellos resulten, prescriban en el plazo que cada uno de ellos corresponda.

Sin embargo, las comisiones estiman pertinente destacar que en las hipótesis de concurso real o ideal, existen varias o una sola conducta con pluralidad de resultados y lesión de diversos bienes jurídicos, lo cual importa mayor gravedad.

Por lo anterior, se estima que por razones de política criminal, debe adoptarse el criterio de que la prescripción de los delitos con penas menores, deben sujetarse al plazo para la prescripción de las acciones de los delitos con penas mayores.

Las Comisiones, después de ponderado y cuidadoso análisis, advierten que la iniciativa, tiende a dar un tratamiento diverso en los supuestos de interrupción de la prescripción de la acción y de las sanciones penales, cuando el imputado o el reo no se encuentren en el país. Empero, observan que la institución de la prescripción constituye uno de los fundamentos de la seguridad jurídica y que establece un tratamiento diverso a los reos o indiciados que salgan del país, desvirtuaría esta institución. Por ello, en atención a las observaciones planteadas por los ciudadanos senadores integrantes de las propias comisiones, y las que se manifestaron por otros miembros de la Cámara, estiman pertinente suprimir del texto de la iniciativa lo relativo al tratamiento diverso de la prescripción de la acción y de las sanciones penales cuando el indiciado o el reo se encontraren fuera del país, sujetándose a las reglas generales del instituto de la prescripción.

Es correcta la apreciación que los ciudadanos senadores hacen respecto al artículo 115, al adicionar un segundo párrafo que perceptúe la prescripción de las demás sanciones, cuando la autoridad competente realice cualquier acto tendiente a hacerlas efectivas

Por los considerandos anteriormente expuestos, estas comisiones permiten someter a la consideración de la honorable asamblea el siguiente:

PROYECTO DE DECRETO QUE REFORMA EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL

"Artículo 113. Salvo que la ley disponga otra cosa, la pena privativa de la libertad prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser inferior a tres años; las demás sanciones prescribirán en un plazo igual al que deberían

durar y una cuarta parte más sin que pueda ser inferior a dos años; las que no tengan temporalidad, prescribirán en dos años. Los plazos serán contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución".³⁶

Al darle lectura al precepto anterior plasmado en el Código Penal del Distrito Federal, se puede observar que el artículo 113 que hoy nos ocupa a sufrido diversas modificaciones en relación a como fue publicado en el Diario Oficial de fecha 31 de agosto de 1931, y como fue reformado y publicado en el Diario Oficial de fecha 23 de diciembre de 1985, ya que en esta última reforma se señala que la pena privativa de la libertad prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena y una cuarta parte más, mientras que en el Código Penal de 1931 solamente se refiere a la sanción pecuniaria y en éste Código se señala que nunca excederá de quince años y en las reformas del Código Penal del año de 1985 se señala que no podrá ser inferior a tres años.

En las reformas al Código Penal de 1985 se señala que los plazos serán contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución, mientras que en el Código Penal de 1931 no se señala ningún plazo.

³⁶ Artículo 113 del Código Penal Diario Oficial del 23 de diciembre de 1985.

CAPÍTULO CUARTO

ESTUDIO DEL ARTÍCULO 113 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1 ASPECTO DOCTRINAL

Las leyes e instituciones legales recogen frecuentemente para ser reguladas simples hechos que acontecen en la naturaleza; el instituto de la prescripción no es sino un caso ejemplificador de ello, ya que, como afirma Manzini, la prescripción "no representa otra cosa que el reconocimiento de hecho jurídico dado a un hecho natural, esto es, al transcurso del tiempo".³⁷

Es el tiempo que transcurre entre un fenómeno (la realización del hecho enjuiciable o el pronunciamiento de la sentencia condenatoria) y el ejercicio del poder persecutor o ejecutor del Estado lo que hace que la prescripción pueda funcionar o no como limitativa del poder mismo del Estado

Sin embargo, ese reconocimiento de los efectos del transcurso del tiempo no ha sido fundado con criterios unánimes por la doctrina. Efectivamente, partiendo de lo ya aceptado en el sentido de que es el tiempo mismo lo que sirve de fundamentación para la operancia de la prescripción, las razones por las que el tiempo produce esos efectos no han encontrado una valoración constante. Siendo varias las opiniones, creo que ellas pueden quedar inmersas en cualquiera de las tres posiciones doctrinarias que a continuación serán enumeradas en apartados distintos

a) Teoría de la intimidación inexistente

En la opinión de Carrara, el único argumento sólido sobre el cual encuentra apoyo la prescripción es el de que si transcurre un lapso prolongado entre la realización del hecho y la

³⁷ Tratado de Derecho Penal, Primera Parte, Teorías Generales, vol. V, Ediar Editores, Buenos Aires, pág. 145

ejecución de la condena impuesta, ésta deja de servir de escarmiento para los demás y puede inclusive producir un fenómeno inverso, como lo es el sentimiento de conmiseración hacia el delincuente que sufre la condena.

En forma similar se expresa Cuello Calón diciendo que "transcurrido un largo periodo desde la perpetración del hecho delictivo el recuerdo de éste se borra, y los sentimientos colectivos que originan la intranquilidad y la alarma, el deseo de dar satisfacción al ofendido, el afán de que el criminal pague su deuda, se atenúan y llegan a extinguirse por completo y a la sociedad sólo debe castigar cuando perduran el malestar y la inquietud causados por el hecho criminal".³⁸

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

Se sostiene que la prevención o intimidación es de dos diversas especies: la especial y la general; fue Bentham, quien estableció por primera vez esta distinción, la que es confirmada por parte de Cuello Calón "al decir que la finalidad preventiva o intimidatoria especial es la que crea en el delincuente ciertos motivos que, por temor a la imposición de la pena, lo apartan de la comisión de nuevos delitos, en cambio, la otra, o sea la intimidación general, obra sobre los miembros de la colectividad, quienes, percatándose de las consecuencias que el delito trae consigo, no incurrir en él, por miedo a la amenaza de la pena".³⁹

No obstante los avances de la penología, hasta la fecha perdura la idea de que una de las funciones esenciales de la pena lo es la intimidación general

³⁸ Derecho Penal, tomo I, Parte General, pag 727

³⁹ Teoría de las penas y recompensas, citado por Cuello Calón en La Moderna Penología, pág 19 Ediciones de Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958

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

Maurach, entre los autores modernos de más poderosa influencia doctrinaria, dice que "el transcurso del tiempo extingue la necesidad expiatoria, limitada siempre a un determinado ámbito temporal; de ahí que en estos casos deje de existir la pena retributiva en su función de -relativa- o -psicológica- realización del Derecho. Así mismo, las necesidades de prevención especial, existentes tras la reciente comisión del hecho, pueden desaparecer o perder su sentido, quien es juzgado por un acto distante y olvidado, no sentirá la aplicación del *nudum jus* como intimidación, sino como exasperación. De ahí que la limitación temporal, de la perseguibilidad estatal esté en fundamental armonía con la convicción jurídica popular"⁴⁰

Como es perceptible, desde el antecedente citado de la Escuela Clásica vertido en el pensamiento de Carrara, hasta las más modernas expresiones en torno al tema de la prescripción, campea la idea fundamental de no convertir al autor de un hecho perseguible en una víctima del Poder del Estado, lo que ocurre siempre que la persecución es un acontecimiento antisocial

Esta extraña forma de reacción de la sociedad ante quien en alguna época fue autor de un hecho antisocial merece estudios de mayor profundidad en el campo de lo sociológico, aquí en esta tesis, sólo recojo algo que es tenido como verdad: la persecución extemporánea produce efectos contrarios a los normales de repulsa al delincuente.

⁴⁰ Tratado de Derecho Penal, tomo II, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, pág. 624.

Es sabido que las grandes sociedades, como tales, carecen de memoria. Es frecuente que los crímenes más impresionantes o trascendentes sean prontamente olvidados por la comunidad en que ocurrieron y de ellos no queda sino el recuerdo que entre los estudiosos persiste. La asociación indisoluble delito-delincuente hace que el olvido del hecho cubra igualmente a su autor.

Cuando el hecho ha sido olvidado, el autor pasa también de la memoria social y en aquellos casos en los que el Estado descubre el velo y vuelve al presente hechos de un pasado remoto, la sociedad se conmueve del autor, lo considera no un victimario sino una víctima, y de la anterior repulsa se pasa a la conmiseración que revierte en contra del propio poder del Estado. Es por ello que, como dice Maurach, debe existir una "armonía con la convicción jurídica popular", que haga que dejen de perseguirse o sancionarse aquellos hechos o delitos en que ya no pueda haber intimidación o prevención, sino que, de ser perseguidos, produzcan exasperación social.

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

El tiempo debe ser "bastante" para no producir olvido, cuando se pretende que funcione la prescripción. No tiene el término "bastante" un significado preciso, y serán los hechos mismos los que lleven a esa insuficiencia, como es claro del conjunto de hipótesis que se manejan legalmente en orden a la prescripción, atendiendo a la gravedad que el legislador les atribuye. Así aparece que, en cuanto a la perseguibilidad, los términos mínimos son de tres años porque se estima que en ese lapso los efectos perturbadores han dejado de sentirse y el olvido social los ha cubierto; los más graves delitos, en cuanto a la pena se refiere, no perduran, según la opinión del legislador mexicano más de quince años en la memoria social y así nos hemos ubicado en los extremos del problema.

Sintetizando las líneas precedentes, puede afirmarse que el simple transcurso del tiempo hace que la actividad represiva del Estado pierda su contenido de servir como medio adecuado para lograr la intimidación que equivale a una forma de prevención y, atendiendo a ello, se impone al propio Estado la limitación para perseguir y sancionar los hechos delictivos, para evitar ese fenómeno inverso, ya referido consistente en volver víctima a quien era victimario.

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

b) Teoría basada en la dificultad de prueba

En cuanto a esta teoría, dice Manzini, que "tiene su origen en el pensamiento de Thomasius".⁴¹

Y ha sido motivo de aceptación por diferentes autores que se han ocupado del tema.

Merkel afirma que "el transcurso de largos periodos dificulta el desempeño de las funciones propias del derecho procesal, esto es, la fijación y determinación de la verdad en lo que refiere a la culpabilidad o inculpabilidad de un acusado, cosa que se hace muchas veces por completo imposible".⁴²

Agrega el propio autor alemán que mediante el instituto de la prescripción se reduce el peligro de las condenas injustas, como ocurre, por ejemplo, en aquellos casos en los que ha sido imposible conservar a través del tiempo el material probatorio que perjudica a un sujeto, pero en los que no ha podido conservarse en el mismo tiempo aquel material que lo favorece y

⁴¹ Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal, tomo V, Primera Parte, Teorías Generales, vol. V, Edición de 1950 de Ediar Editores, Buenos Aires

⁴² Adolfo Merkel, Derecho Penal, tomo I, Edición de la España Moderna, pág. 351

con ello no puede probarse o la inocencia o la duda razonable, en cuanto a la culpabilidad y responsabilidad del mismo individuo.

También Ferri, dentro del marco puramente positivista que caracteriza toda su obra, acepta la prescripción diciendo que "en la mayoría de los casos, este tiempo transcurrido (el necesario para la prescripción) además de disminuir, cancelar la alarma social y hasta el recuerdo del delito, haciendo en el caso primero más difícil la reconstrucción de las pruebas".⁴³

Justifica que el simple transcurso del tiempo impida la acción persecutoria, tanto más que la peligrosidad del sujeto perseguido o del condenado prófugo han desaparecido si durante el curso del tiempo corrido no ha vuelto a delinquir. En estas observaciones de Ferri destaca, además de la dificultad de prueba para fundamentar la prescripción, el tema relativo a la peligrosidad, que pueda haber desaparecido y sabida es la idea del positivismo en cuanto a la función primordial de la peligrosidad en el tratamiento del delito y del delincuente.

Binding fue en su época uno de los principales sostenedores de esta idea, con un criterio más ajustado al punto de vista del posible acusado, ya que consideraba que los transcurros del tiempo más que deteriorarse aquellas pruebas que eventualmente pueden servir para fundamentar una condena, desaparecen o se perjudican las que acreditan la inocencia de los acusados".⁴⁴

"Se agrega, siguiendo esta misma línea de pensamiento, que al cabo de cierto tiempo el juicio que haya de realizarse respecto de un hecho determinado no tiene el contenido de certidumbre fáctica imprescindible y ello produce efectos negativos en la administración de justicia, ya que rompe el equilibrio entre las partes, dejando en notoria inferioridad al inculpado, quien solo habrá de enfrentarse al aparato represivo del Estado, que siempre dispone de mejores medios para la preservación de la prueba".⁴⁵

⁴³ Principios de Derecho Criminal, la Edición, Madrid, Editorial Reus, 1933, pág. 145.

⁴⁴ Vera Barros a Binding, Prescripción Penal en el Código Penal, Editorial Bibliografica Argentina, Buenos Aires, 1960, pág. 30, nota 170.

⁴⁵ Opus citatum, pág.208

Esta tesis doctrinaria, además de equilibrada, está impregnada de un profundo contenido de justicia al pretender colocar a las partes acusadora y acusada en el proceso en un equilibrio permanente ante su juez, puesto que, como lo ha expresado Filangieri, "nada hay más difícil que defenderse de una acusación cuando ésta es, en años, posterior al delito. El tiempo ha borrado la memoria de las circunstancias que lo acompañan y priva al acusado de los medios de justificarse".⁴⁶

Es cierto que el tiempo hace cada vez más difícil el problema de la prueba; aquellas que dependen de la capacidad retentiva de los sujetos van perdiendo su credibilidad; conforme el tiempo transcurre, las coloca en planos secundarios de la memoria; las otras, por su naturaleza objetiva, pueden fácilmente deteriorarse o bien, lo que es más frecuente, estar al alcance de una sola de las partes, que es la más poderosa y encargada de la acusación. Esto va llenando de injusticia el camino del acusado, quien para su defensa, conforme transcurre más tiempo, tiene menos posibilidades de allegarse el material que pueda serle útil, o puede, también, no tener forma alguna de encontrar testigos, documentos, residuos, etc ; todo lo cual equivale, en última instancia, a una notoria desventaja ante la acusación formulada en su contra.

No se puede creer que pueda sostenerse, válidamente, una impugnación seria en contra de esta acertada tesis fundadora de la prescripción. Los argumentos en su favor son fuertes y parecen inexpugnables.

Sin embargo, la tesis de referencia es válida sólo en forma parcial. Tiene apoyo firme, lógico y certero, en cuanto se refiere a la prescripción de la acción persecutoria, pero no tiene sostén alguno en lo que corresponde a prescripción de la sanción impuesta en sentencia condenatoria.

Efectivamente, si se parte del supuesto de que hay una sentencia condenatoria que impone una sanción y que es ésta la que dejará de ejecutarse merced al fenómeno de la

⁴⁶Odergo, Prescripción de la Acción Penal en Revista de Derecho Procesal, Segunda Parte Buenos Aires, Argentina, pág. 173

prescripción, en forma necesaria habrá que pensar que la sentencia pronunciada presupone la existencia de un proceso y que durante el curso y tramitación del mismo se hizo el aporte de las pruebas que, debidamente valoradas, llevaron a la sentencia condenatoria

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

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

Con esto se destaca que el procedimiento penal mexicano tiene aún menos relevancia la teoría en lo que refiere a prescripción de ejecución de sanciones legalmente impuestas; en algunos sistemas, que permiten el procesamiento en ausencia del imputado, esta teoría puede tener significación, pero se insiste que en el procedimiento mexicano no es posible que se de el caso de una sentencia condenatoria pronunciada sin que el acusado haya tenido la oportunidad de aportar todas las pruebas pertinentes

En México, la sentencia que pronuncian los tribunales competentes está siempre precedida de la etapa procesal llamada del juicio, en las que las partes hacen la exposición de sus respectivas posiciones ante el juez; por ello, con razón ha dicho García Ramírez que "el juicio es, acaso, la entraña misma del proceso, su remate y propósito sustantivo. Entiéndase bien que hablamos aquí de juicio en el sentido de etapa procedimental, no, por cierto, en la acepción de sentencia o fallo; en el juicio se verifica la valoración de los elementos

probatórios previamente reunidos y de las posiciones aducidas por las partes, con base en lo cual se precisa la existencia o inexistencia del delito, la responsabilidad de los inculcados y, en su caso, las consecuencias jurídicas de la conducta criminal, esto es, la pena y la medida asegurativa".⁴⁷

En síntesis, respecto de la tesis fundada en la dificultad de la prueba, ella tiene validez, por justa y equilibrada, solamente respecto de una de las dos hipótesis de prescripción a que venimos refiriéndonos, esto es, en lo relativo a la prescripción de la acción persecutoria para determinar si un hecho es o no constitutivo de delito y, en su caso, si un sujeto determinado es o no un delincuente. No tiene esta misma tesis fundamento suficiente en orden a la prescripción de la sanción impuesta en sentencia firme.

Este pensamiento es expresado con claridad por Merkel, cuando afirma que las circunstancias relativas a la dificultad de preservación de las pruebas tiene significación "por lo que se refiere a la prescripción de la acción o persecución penal, ya que la prescripción de la ejecución de la pena presupone que se han cumplido las dichas funciones procesales".⁴⁸

Que no son otras sino las que hemos referido en cuanto a que para llegar a una sentencia es porque ha habido un proceso y en éste se han aportado las pruebas pertinentes por las partes contendientes.

c) Teoría basada en la seguridad jurídica

Hay una tercera teoría, que por muchos estudiosos del derecho es la más acertada, que va funcionando paulatinamente los argumentos que sostienen y dan apoyo a las dos precedentes, para llegar a la conclusión de que por razón de la seguridad que todos los hombres deben tener ante el poder del Estado, la prescripción, sea de la acción o de la sanción, está plenamente justificada en los sistemas legales

⁴⁷ Curso de Derecho Procesal Penal, Edit Porrúa, México 1974, págs 334-335

⁴⁸ Derecho Penal, Editorial, La España Moderna, pág 351.

Carrara dijo que "en materia penal, el tiempo extingue la acción porque además de hacer difícil la justificación del inocente, hace cesar el daño social merced al presunto olvido del delito, lo cual conduce a la cesación de la impresión moral que nació de él, sea respecto de los buenos, en quienes deja de existir el temor, sea respecto de los malvados, en quienes deja de tener influjo el mal ejemplo. Desaparecido el daño político, se torna inútil la reparación penal".⁴⁹

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

Dentro de esta asociación de ideas podemos mencionar, igualmente, a Geyer, Von Hippel y Sauer. Este último dice que "la prescripción se basa en dos motivos: Con el tiempo desaparece el interés en la persecución y la punición; el segundo es que se originan dificultades de determinación y prueba (que sin embargo por sí solas no bastan, porque no justificarían la diversidad de plazos según la gravedad)".⁵⁰

Antes que estos autores, Garraud ya se había referido a la fundamentación de la prescripción, indicando que "la sociedad no puede ni debe perseguir exclusivamente la expiación del delincuente, sino que tiene una mira más elevada, como lo es el mantenimiento del orden y de la seguridad pública".⁵¹

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

⁴⁹ Programa, Parte General, vol I, pág 378

⁵⁰ Guillermo Sauer, Derecho Penal, Parte General, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1956, pág 390.

⁵¹ R. Garraud Traité Theorique et Pratique du Droit Penal Francais, tomo II, tercera edición, Librería de Recueil, Sirey, París, 1914, pág 543

preexistentes por sí mismo. No hay, en esta situación, una seguridad pública restablecida, porque no aparece en estricto sentido, ninguna inseguridad para la sociedad

Welzel, sin fijar una posición al respecto, sostiene que "con el tiempo se pierde el interés estatal en la persecución del delito; simultáneamente, la persecución de hechos muy lejanos se vuelve con el transcurso del tiempo, cada vez más difícil o prácticamente imposible".⁵²

Si se hace esta mención del jurista alemán es en razón de que en él reconocemos a uno de los autores que mayor preocupación han tenido en el empleo del lenguaje; nada hay en las obras de Welzel que no sea debidamente pensado; ahora bien, cuando dice que "con el tiempo se pierde el interés estatal en la persecución del delito", es claro que lo que está dando contenido a la expresión es lo relativo al interés del Estado y ello nos debe llevar a lo que es el significado y la misión del Derecho Penal, utilizando términos del propio Welzel. A este respecto, es conveniente citar que, según la opinión del autor, siendo generalmente aceptado que el Derecho Penal tiene por misión el amparo de bienes jurídicos, hay que subrayar en el hecho determinado una marcada utilitariedad en cuanto a la significación del resultado. Con esto, se dice, "resulta no solamente una marcada utilitariedad, sino también una señalada actualidad en la apreciación del valor: la utilidad actual o daño del resultado de la acción determinan el valor de la acción. Con ello, se pasa por alto que al Derecho Penal debe interesarle menos el resultado positivo actual de la acción, que la permanente tendencia positiva del actuar humano, de acuerdo con el pensar de los juristas. Asegurar el respeto por los bienes jurídicos (es decir, la validez de los valores del acto) es más importante que regular los resultados positivos en los casos individuales y actuales".⁵³

Destaca en el párrafo transcrito, desde mi particular punto de vista, la mención en el sentido de que el Derecho Penal tiene, más que su importancia sancionadora, el deber de asegurar el respeto de los bienes jurídicos. Hay, en todo el sistema penal, una doble significación en cuanto a la forma debida de asegurar ese respeto a los bienes jurídicos; en

⁵² Roque Depalma, Derecho Penal, Parte General, Editor, Buenos Aires, 1956, pág. 256

⁵³ Opus Citatum., pág. 4.

primer término, como es natural, por medio y a través de la creación de los tipos, ya que cada tipo penal lleva consigo una valoración gracias a la cual se protege un interés jurídico determinado; pero al mismo tiempo, existe la segunda forma de aseguramiento que es más amplia, porque ya no se refiere a conductas o hechos particulares, sino que ve todo el proceso de aseguramiento con una mayor perspectiva. Esta segunda forma es la que dota de seguridad al ser humano ante el poder represivo del Estado y corresponde a los principios sustentadores de todo el sistema punitivo en los regímenes liberales. Se puede mencionar, en este orden de ideas, las garantías de seguridad jurídica, como lo son la exacta aplicación de la ley penal, la no retroactividad y otras. Lo importante es destacar que, ante el Estado, el hombre debe tener siempre una seguridad en su posición jurídica, debe saber y sentir que su libertad está limitada sólo en lo expresamente consignado en la ley (los tipos) y que, en todo momento, debe tener el conocimiento o la certeza de la aplicación de todos los principios previamente consignados en la propia ley.

Ya en alguna ocasión Graf Zu Dohna había afirmado que "no hay duda de que los tipos delictivos establecidos en los diversos artículos del Código Penal constituyen la Carta Magna del delincuente, en cuanto establecen la línea fronteriza entre las conductas antisociales impunes, o sea, carentes de toda sanción jurídica, y aquellas que motivan la reacción estatal".⁵⁴

Esta mención del penalista alemán está referida a cuestiones diferentes de la prescripción, pero se cree que la idea que se expresa es perfectamente aplicable al fenómeno jurídico de la prescripción, ya que lo mismo resulta necesario que el hombre conozca los límites impuestos a su esfera de libertad, que los límites temporales que el Estado tiene para perseguir o sancionar los hechos que deban ser motivo de persecución o merecedora de una sanción predeterminada.

En nuestro medio nacional, Díaz de León hace referencia a que la prescripción es indispensable porque sólo así conserva su valor la justicia criminal; sólo por medio de ella "el individuo y la sociedad obtendrán certeza y confianza en que los procesos penales no se

⁵⁴ Alexander Graf Zu Dohna, *La Ilícitud*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959, pág. 53

detengan indefinidamente; y sólo así es como se limitará la intranquilidad, sufrimiento y lesión que los mismos producen".⁵⁵

Vemos que el concepto puramente pragmático de la dificultad de la obtención y conservación de pruebas y del olvido social del delito va siendo cada vez menos valorado; lo que empieza a tomar forma es un concepto de mayor profundidad, porque se coloca al hombre frente al poder represivo del Estado y trata de darle una cierta seguridad de que, a determinado tiempo, ya no habrá de ser motivo de persecución o de sanción, en su caso.

En esta tarea de dotar al hombre de la seguridad jurídica indispensable entran en juego elementos tales como la necesidad de la tranquilidad que da la limitación de la actividad estatal. No debe ser posible que el ser humano esté indefinidamente sujeto a la zozobra que implica el saber que en cualquier momento puede ser privado de su libertad. Los efectos que este estado produce pueden ser más dañinos inclusive que el delito mismo que se haya cometido. Este es un enfoque del problema desde el punto de vista del autor del hecho perseguible y, por tanto, es natural que sea él el que en forma aparente resulte más beneficiado; sin embargo, no puede ser dejada de lado la consideración de que ese sujeto es parte, quíerese o no, de un conjunto social; y el conjunto mismo es el que a la larga resulta favorecido cuando sus miembros no ven al sistema represivo como una constante causa de intranquilidad, sino como uno de los medios para lograr una reintegración a la comunidad social. De ser el perseguido por el sistema, resulta ser el favorecido por el mismo, puesto que el Estado, por medio de la ley, es quien se autolimita en cuanto a la persecución de los delinquentes.

Cuando se tocan temas como los relativos a la seguridad jurídica, a la libertad, a la certeza del hombre ante el poder del Estado, es difícil no fijar una posición filosófica, aun cuando no sea un filósofo. Las relaciones entre el hombre y el Estado están sometidas a una premisa inalterable, como lo es la existencia del Estado de Derecho, o sea, una conformación de todas las relaciones bajo el mandamiento imperativo de la ley, que al mismo tiempo que

⁵⁵ Marco Antonio Díaz de León, Teoría de la Acción Penal, Edición de Textos Universitarios, 1974, pág 347-348

crea y estructura la forma que en particular haya de adoptar el Estado, ya estableciendo los límites de la libertad de acción del propio Estado y de los individuos; es la ley, entonces, la soberana en todas las relaciones. Esta ley, llamada de la libertad, fue definida por Savigny diciendo que "es la regla en cuya virtud se fija la frontera invisible dentro de la cual el ser y actividad de cada individuo tienen una segura y libre esfera".⁵⁶

Solo por medio de la ley se puede alcanzar el verdadero Estado de Derecho que es imprescindible para las sociedades contemporáneas, ya que no es concebible una organización estatal sin ley y sin derecho.

Ante la ley, el hombre requiere de la seguridad, es decir, debe conocer el individuo libre su posición frente al Estado y más aún cuando la figura del Estado está representada por su medio más drástico de coacción, como lo es la pena o sanción con la que comunica a los transgresores de la ley penal.

Dice Heyek que "el principal medio de coacción o disposición del poder público es el castigo. Bajo el imperio de la ley, le es lícito, mediante los métodos punitivos, invadir la esfera privada que protege a determinada persona, si ha quebrantado una regla general promulgada debidamente".⁵⁷

Si el Estado tiene la facultad legal de invadir la esfera de libertad de los individuos que considera pueden ser delincuentes, o de aquellos que ya han sido motivo de calificación como tales por los tribunales, es lógico también que ese poder o facultad del propio Estado esté sometido a ciertas limitaciones, oriundas en la propia ley que rige la actividad estatal y que crean, como consecuencia, una diferente esfera de derecho a favor de todos los sujetos.

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

⁵⁶ F G Von Savigny, *System des heutigen romischen Rechts*, Berlín, 1840, tomo I, pags 331-332

⁵⁷ Los fines del Derecho, Dirección General de Publicaciones de la UNAM, México, 1975, pág 47

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

Este derecho es, justamente, su seguridad jurídica y como fieles creyentes que somos del Estado de Derecho, es que consideramos que en materia de prescripción, el verdadero sustento se encuentra, a nivel sustancial, en la necesidad de que las relaciones individuo-Estado estén dotadas de la seguridad jurídica necesaria, ya que, como lo ha expresado Manzini, "si la potestad de castigar se justifica exclusivamente con el criterio de necesidad, todo ejercicio de potestad represiva debe considerarse injustificado cuando no parezca necesario".⁵⁸

Y no podrá ser nunca necesario lo que implique una violación a los principios de seguridad jurídica.

Esta postura. Eminentemente jurídica, no implica, en forma alguna, devolución de las ideas manejadas por quienes apoyan la procedencia de la prescripción en la intimidación inexistente y la dificultad de la prueba. Se aceptan tales argumentos, pero se considera que son extrajurídicos y, por tanto, sólo probatorios de la necesidad de que exista la seguridad jurídica

4.2 ASPECTO LEGAL

Entendida la prescripción como un verdadero fenómeno jurídico que repercute, igual en cuanto se refiere a la imposibilidad de calificación legal de determinados hechos, que en cuanto a la incapacidad de ejecutar sanciones legalmente impuestas, nos queda aún sin resolver la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del fenómeno. No cabe la menor duda posible en lo que respecta a los efectos que produce el fenómeno de la prescripción extinguiendo facultades que son propias y exclusivas del Estado, pero lo que no está

⁵⁸ Tratado de Derecho Penal, tomo V, Primera Parte, vol V, pág 147

plenamente precisado es el lugar en que debe ubicarse a la prescripción, sea dentro del Derecho Penal o bien dentro del Derecho Procesal Penal.

Se ha dicho por Vera Barros que "el estudio de la naturaleza jurídica de la prescripción penal presenta parecida diversidad de opiniones entre los autores, que las observadas en lo que respecta a los fundamentos del instituto".⁵⁹

Esta afirmación corresponde a la realidad doctrinaria imperante, tanto más que la prescripción no ha merecido hasta la fecha la atención especial de los autores, muchos de los cuales la tratan de manera superficial, sin adentrarse en sus cuestiones de fondo que solamente pueden ser tratadas en estudios monográficos, ya que en el conjunto de un Tratado, por ejemplo, es frecuente ver determinados temas sólo esbozados. Se trata de precisar, la naturaleza que en lo jurídico corresponde a la prescripción.

Para realizar el análisis subsecuente que nos permita una toma de posiciones en cuestión, es necesario que veamos en incisos separados las tesis más frecuentemente sostenidas, así como los puntos que les sirven de apoyo. Anticipando la sistematización, se menciona que la principales tesis son tres: la que considera a la prescripción como parte del Derecho Penal; la que la ubica dentro del Derecho Procesal; y, la que puede denominarse como mixta

a) Teoría de la prescripción como instituto del Derecho Penal

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

⁵⁹ Vera Barros, La prescripción penal en el Código Penal, Editorial Bibliográfica Argentina, 1960, pág. 38

Se dice, con toda razón, "que hasta ahora tanto la doctrina que sirve al Derecho Penal cuanto los Estados organizados están de acuerdo en reconocer que las sociedades tienen el derecho de reprimir ciertos actos que perjudican su existencia".⁶⁰

Este derecho indiscutido puede presentarse, en cuanto a su ejercicio, en las dos formas mencionadas: persiguiendo la declaración del 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, porque lo que caduca con el transcurso del tiempo es la pretensión punitiva del Estado. Su derecho a castigar en el caso concreto".⁶¹

Lo que se pierde por parte del Estado en estos casos, por razón del simple transcurso del tiempo, es el derecho mismo de perseguir y en su caso ejecutar la sanción, es decir, que hay una afectación al *ius puniendi* que impide al Derecho Penal alcanzar sus fines, sean estos represivos, reeducativos o tendientes a la readaptación social o resocialización del delincuente. En efecto, si no puede el Estado por razón de prescripción buscar la calificación legal de un hecho concreto y tampoco puede ejecutar en la persona del delincuente la sanción impuesta, que surge de inmediato, en estricta realidad se está haciendo desaparecer por el fenómeno jurídico de la prescripción la nota esencial del Derecho Penal, que se refiere a ser finalista.

La finalidad del Derecho Penal en uno de sus caracteres fundamentales, tal como fue expuesto por Von Liszt, cuando dice que "el Derecho es la ordenación de la sociedad organizada en Estado, se manifiesta en un sistema de normas coercitivas que ligan a los particulares como a la comunidad y que garantizan la consecución de los fines comunes. Todo derecho existe para el hombre. Tiene por objeto la defensa de los intereses de la vida humana. El derecho es, por su naturaleza, la protección de los intereses, la idea de fin da fuerza generadora al Derecho".⁶²

⁶⁰ Luis Jiménez de Asúa, Tratado, tomo II, pág. 14

⁶¹ Opus citatum, pág. 39.

⁶² Franz Von Liszt, su Tratado, vol II, pág. 5. Las ideas de Jiménez de Asúa, tomo I, págs. 321 y siguientes del Tratado.

Ahora bien, asociando esta cuestión relativa a las características de finalidad que son propias del Derecho Penal, tenemos que ante el problema del simple transcurso del tiempo, el Derecho Penal pierde algunos de sus puntos de sostén, ya que ciertamente se verá imposibilitado el Estado de restituir el orden jurídico violado por el hecho delictivo cuya perseguibilidad ha prescrito, con lo que el fin de defensa de los bienes jurídicos no podrá alcanzarse, o bien, se verá igualmente impedido a obtener en la persona del delincuente el fin mismo de la pena o sanción, sea ésta inteligible como coerción a la esfera de libertad con el contenido de sufrimiento que le corresponde, o como medida encaminada a la readaptación social del delincuente. Vemos que la prescripción de acción o de sanción, en el fondo mismo de su esencia implica una afectación a las pretensiones ideales del Derecho Penal, que no puede perseguir ni ejecutar sanciones, porque se ha visto limitado en el ejercicio del *ius puniendi*; en consecuencia, el fenómeno de la prescripción es de Derecho Penal material, al significar restricciones al ejercicio del derecho a la persecución de los hechos con apariencia de delitos y a ejecutar las sanciones legalmente individualizadas para cada caso concreto.

Aún es posible agregar que, como lo indica Vera Barros, "si la pretensión punitiva del Estado es de derecho material, la prescripción, que sólo importa la cancelación de dicha pretensión en su aspecto dinámico, tiene que participar de la misma naturaleza".⁶³

Esto mismo es afirmado en México por Díaz de León, quien sostiene que "tal parece que el trato relativo a la perención de la instancia (así denomina el autor a la prescripción de la acción) ha quedado decididamente y de manera marginal, fuera del campo de Derecho Procesal Penal".⁶⁴

Beling se ocupa de estudiar esta misma cuestión bajo el rubro de "Admisibilidad de la persecución penal", entendiendo esto último no sólo como la actividad del actor (persecución penal en sentido estricto), sino también como el desarrollo de la actividad estatal de protección penal. Al analizar las condiciones de la perseguibilidad dice que deben eliminarse algunas circunstancias que pertenecen plenamente al Derecho Penal y menciona, en concreto, a la

⁶³ Opus citatum., pág 44

⁶⁴ Marco Antonio Díaz de León S La Perención de la Instancia en el Proceso Penal Revista Criminalia, año XLI, núms 1-6, enero-junio, 1975, pág 3

prescripción.

En síntesis: 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 *nus puniendi* y como consecuencia es un fenómeno propio del Derecho Penal material.

b) Teoría de la prescripción como instituto del Derecho Procesal

Dice Quintano Ripollés que "muy discutida es en doctrina la naturaleza de la prescripción, ganando terreno la originaria tesis francesa de pertenencia al Derecho procesal y no al penal material". Hemos hecho esta referencia a Quintano Ripollés porque efectivamente el antecedente de la tesis que ahora se aborda encuéntrase en la legislación francesa que, a diferencia de casi todas las otras, incluye las cuestiones relativas a la prescripción en el Código Procesal Penal, cuando lo normal es ver el tema tratado en los Códigos Penales, como ocurre concretamente en México y en las entidades federativas de nuestro país.

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

Como antes se dijo, esta tesis es originaria de la doctrina francesa; en el artículo 10 del Código procedimental francés se declara la posibilidad de la prescripción de la acción pública persecutoria, junto con la acción civil, ambas provenientes del hecho aparentemente delictuoso. Obsérvese que me he referido a dos acciones, la pública y la privada o civil, ambas derivadas del mismo hecho y que son susceptibles de prescripción. Se dice, por ello, que la prescripción es una causa común de extinción y que el factor temporal rige para los dos por igual, aun cuando puede existir variaciones en cuanto al total del tiempo necesario para la prescripción. El sistema francés, por sí mismo, es el que ha creado las dos acciones, dándoles

sus propias características y sujetándolas a diversas calificaciones; lo cierto es, sin embargo, que ambas nacen del mismo hecho, contemplable bajo dos diferentes aspectos y con distintas repercusiones en el campo del Derecho, entendido éste en lo general. Lo que interesa es, desde luego, la naturaleza jurídica de la prescripción y en cuanto a esta tesis abordada, se dice que fue Binding, en Alemania, es su principal sostenedor, aunque con ciertas limitaciones, sobre todo en lo relativo a la prescripción de la ejecución de las sanciones.

Saner, en cambio, categóricamente afirma que la institución de la prescripción "no pertenece ya al Derecho Penal material, puesto que se trata de impedimentos procesales (impedimentos de persecución y de ejecución) que condicionan mediatamente la solución de la querrela penal".⁶⁵

De acuerdo con el argumento esencial de esta tesis, es claro que al aparecer la barrera que el tiempo levanta, el Estado se ve impedido para el ejercicio de sus acciones represivas, aun cuando, como se ha expuesto, su derecho a sancionar permanezca intocado. Está referida la cuestión, desde su planteamiento de origen, más a la acción persecutoria que a la ejecución de las sanciones legalmente impuestas.

Los autores que corresponden a la época actual, sobre todo los finalistas, tienen una fuerte tendencia a incluir el fenómeno de la prescripción, especialmente la de la acción persecutoria, dentro del Derecho Procesal. Tenemos a Welzel, quien afirma que "según la doctrina actualmente preponderante, la prescripción de la acción tiene un carácter meramente procesal, vale decir, es mero obstáculo para el proceso".⁶⁶

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

⁶⁵ Guillermo Sauer, Derecho Penal, Parte General, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 389

⁶⁶ Hans Welzel, Derecho Penal, Parte General, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, pág. 257

por la fuga del condenado). Ambas especies de prescripción se presentan, pues, como impedimentos procesales".⁶⁷

Agrega Maurach, combatiendo a quienes sostienen la naturaleza de la prescripción como correspondiente al Derecho Penal material, que "al criterio aún hoy en ocasiones definido, de que la prescripción como causa de exclusión de la pena, o incluso del injusto, pertenece al derecho material, se opone la circunstancia de que un hecho no se convierte en punible por el comienzo de la concreta persecución, sino por su absoluta y general conminación penal. Al igual que un delito no puede ser despojado de su carácter injusto por un acto de gracia, no perderá una fracción por el simple transcurso del tiempo la cualidad de su sumisión a una pena. Es, pues, acertado el criterio puramente procesal mantenido por la opinión dominante".⁶⁸

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

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

Esta trayectoria de la acción, sin embargo, no siempre podrá cumplirse en su cabal

⁶⁷ Reinhart Maurach, Tratado de Derecho Penal, tomo II, Ediciones Ariel, 1962, pág. 624

⁶⁸ Opus citatum, págs. 624-625

desarrollo, ya que en algunas ocasiones afecta o puede afectar a otros intereses, que el ordenamiento jurídico ha considerado preponderantes o especiales respecto del interés general de la calificación de los hechos conocidos y en este verdadero conflicto debe ser sacrificado el interés general de realización de la justicia penal. Estos intereses especiales, dice Clairá Olmedo, "actúan como impeditivos de la realización del Derecho Penal integrado. Por tanto, las normas jurídicas que solucionan el conflicto entre los dos intereses sacrificando la potestad de jurisdicción y de acción, han de estar dentro del cuadro de las normas realizadoras desde el punto de vista de su función, y considerando el origen de ellas, debemos ubicarlas entre las sustanciales, aun cuando la verificación de los hechos o situaciones que ellas atrapen y las consecuencias que deban producir hayan de manifestarse procesalmente".⁶⁹

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

La tesis procesalista está especialmente referida a la prescripción de la acción, con pocas y nada convincentes argumentaciones en lo relativo a la prescripción de la sanción, donde en realidad se resquebraja la atribuida naturaleza jurídico-procesal de la prescripción, porque la pena o sanción supone la conclusión del procedimiento y sería muy difícil sostener que hay algo que impide realizar lo que está totalmente concluido. Puede decirse que todos los sistemas legales que tratan la prescripción de la sanción la condicionan a la existencia de una sentencia ejecutoriada, más el transcurso del tiempo necesario. En estos casos no puede sostenerse que haya un impedimento de índole procesal, porque lo que existe es una imposibilidad fáctica de ejecutar la sanción impuesta en la persona del delincuente, por la

⁶⁹ Jorge A. Clairá Olmedo, Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo I, Ediar, Editores, Buenos Aires, 1960, págs. 339-340

sustracción del mismo a la acción ejecutiva del Estado.

Lo anterior puede considerarse como una especie de crítica anticipada a la tesis que ubica a la prescripción, en género, dentro del Derecho Procesal Penal.

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

Esta teoría sostenida entre otros autores por Mezger y por Manzini, toma como punto de partida la necesaria distinción que tiene que realizarse entre la prescripción de la acción persecutoria y la de la sanción impuesta, porque siendo diferentes las situaciones, igual tiene que serlo la naturaleza de cada una de ellas. Dice Mezger que "por el transcurso del tiempo desaparece la pena, bien porque el transcurso del tiempo excluye la posibilidad de la persecución penal (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)".⁷⁰

Establecida la distinción en la forma anterior, agrega el autor alemán que la prescripción de la persecución penal produce sus efectos material y procesalmente, mientras que la denominada prescripción de la ejecución de la pena lo hace en el área procesal penal. Es conveniente citar que Mezger no da apoyo alguno a sus afirmaciones doctrinarias en este caso particular, sino que se concreta al enunciado de los efectos que producen los fenómenos de la prescripción.

Manzini, por su parte, dice lo siguiente: "Los dos ordenamientos jurídicos, material y formal, se confunden aparentemente en una zona constituida por normas e instituciones 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

⁷⁰ Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1949, pág. 403

jurídico".⁷¹

Más adelante, con referencia al Código Penal italiano, considera que contiene disposiciones de carácter mixto y vuelve a hacer referencia a la prescripción del delito.

En la República Argentina se citan como afiliados a la teoría mixta a Artemio Moreno y E. J. Porto. El primero "considera que si la institución de la prescripción pertenece al derecho sustantivo, en cuanto afecta a la acción penal en sí, no pertenece menos al derecho formal o procesal, en cuanto que impide el ejercicio de la propia acción; Porto, por su lado, estima que la prescripción, como todas las causas de extinción de la acción y de la pena, es un instituto mixto, aunque predominante de fondo".⁷²

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

La posición mixta, no se cree que tenga plena validez, salvo en lo que es necesario para separar las dos formas, pero sacar de ahí conclusiones en cuanto a una diferente naturaleza de ellas no parece ser lo más acertado.

d) Opinión personal

Desde mi punto de vista, la prescripción es una cuestión ubicada dentro de la esfera del Derecho Penal material o sustancial. Considero que esta es una postura correcta atendiendo

⁷¹ Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal, tomo I, Primera Parte Teorías Generales, volumen I, Ediar, Editores, Buenos Aires, 1948, pág 125

⁷² Vera Barros, La prescripción Penal en el Código Penal, pág 42, nota 244 y 245

a la consecuencia final que el fenómeno de la prescripción trae consigo, invariablemente; esta consecuencia es la limitación a la facultad represiva del Estado, independientemente del momento en que opere la prescripción. En efecto, si nos referimos a la prescripción de la acción persecutoria, lo que se impide por la aparición del fenómeno es la posible calificación como delictuoso de un hecho determinado y la atribución de la calidad de delincuente a quien resulte autor del mismo.

No se puede pensar siquiera, desde un punto de vista técnico, que alguien sea delincuente y tenga que sufrir las consecuencias de ello antes que la autoridad judicial así lo haya resuelto. Por otra parte, si hemos de tratar acerca de la prescripción de la ejecución de la sanción impuesta, no obstante que desde un ángulo puramente formalista se ha llegado a la calificación correspondiente, puesto que se requiere la sentencia condenatoria ejecutoriada, en verdad no se cumple con el fin de la pena o sanción impuesta, es decir, aparece trunco todo el proceso de enjuiciamiento, que no va más allá de lo declarativo, sin que el sistema pueda influir en la persona del delincuente, para su readaptación y resocialización.

Con razón ha dicho Vera Barros que lo que perturba "un poco la comprensión del problema son los efectos procesales que genera la prescripción, pero ello no es más que una consecuencia de la extinción del poder punitivo del Estado en el caso concreto".⁷³

Estamos de acuerdo con lo anterior, ya que ciertamente al operar el fenómeno de la prescripción repercute en una primera instancia en lo que es en esencia procesal, por razón natural. Pero más que el efecto primario debe interesarnos la consecuencia final que es en donde en verdad queda ubicada la naturaleza de la prescripción y esta consecuencia última es la afectación misma del *ius puniendi* como facultad del Estado. En la prescripción de la acción no habrá, como hemos dicho, posibilidad alguna de llegar a la calificación de los hechos y su o sus autores, lo que equivale a la limitación del Estado en su facultad de perseguir los hechos aparentemente delictuosos; en la prescripción de la ejecución de las sanciones, a pesar de haberse logrado la calificación legal correspondiente, resultará la impunidad de los delincuentes, que no es sino una forma de limitar, también, la facultad del Estado para reprimir

⁷³ Opus Citatum, pág. 43.

el delito y a los delincuentes. Ambas situaciones están directamente relacionadas con el Derecho Penal sustancial y, por ende, la prescripción le pertenece privativamente

Esto puede aparecer más claro si se atiende al hecho de que conforme al sistema jurídico mexicano, la prescripción no es declarada en exclusividad por el órgano jurisdiccional, ante el que se realiza el proceso de enjuiciamiento de los hechos con apariencia de ser delictivos, sino que también el titular monopolístico de la acción persecutoria tiene la facultad para no deducir la acción persecutoria ante los tribunales cuando no proceda legalmente su ejercicio y uno de los casos de improcedencia lo es, precisamente, el relativo a la prescripción. Con esto se quiere destacar que un órgano del Estado, como lo es el Ministerio Público, puede declarar la prescripción, a pesar de ser el titular de la acción penal; y no puede ser más claro, se creen en el reconocimiento estatal a la limitación de las facultades que le corresponden para seguir los hechos con apariencia de delitos, que la declaración de operancia de la prescripción cuando el curso del tiempo ha extinguido la acción penal.

Por otra parte, en materia de sanciones provenientes de los delitos impera hoy la llamada teoría de la unión, que consiste en atribuir a la sanción penal un contenido cierto de retribución por el hecho realizado, añadiéndole el cumplimiento de fines preventivos, siendo éstos generales y especiales. Cabe preguntarse si la no ejecución de una sanción por la aparición del fenómeno de la prescripción puede alcanzar, en alguna forma, los fines de la sanción, si el delincuente está sustraído al poder del Estado. Obviamente, tendría que contestarse que no y ello trae como ineludible consecuencia una afectación sustancial al Derecho Penal, que ve inalcanzada su meta ideal, puesto que no puede retribuir con la sanción al delincuente, ni puede actuar sobre él con fines preventivos.

Adicionalmente a lo que se lleva expuesto se puede decir que la prescripción de la acción persecutoria siempre está referida a hechos determinados, que son aquellos que, por su apariencia de ser delictivos, resultan interesantes en orden a una calificación final, para saber si efectivamente son o no constitutivos de delito y obtener, en cada caso, las consecuencias legales que correspondan.

Bajo esta idea, la prescripción de la acción persecutoria lo que produce como consecuencia es una absoluta imposibilidad de saber, en definitiva, si el hecho determinado es o no un delito y si seguimos un pensamiento de Maurach, quien como hemos visto es uno de los expositores de la tesis procesalista, habremos de llegar a la conclusión de la afectación al Derecho Penal sustancial que produce la propia prescripción de la acción persecutoria. En efecto, dice Maurach que "el Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que asocian los efectos jurídicos exclusivos del Derecho Penal a un determinado comportamiento humano - el delito. El principal de estos efectos, la pena, alcanza, tan sólo y siempre, al autor culpable de un delito".⁷⁴

Se ha subrayado la palabra "asocian", contenida la frase transcrita porque creemos que la prescripción produce, precisamente, la situación contraria, ya que disocia a través de la regulación normativa el efecto normal del comportamiento humano delictuoso con la principal consecuencia, que es la pena que alcanza al autor del delito. Cuando la prescripción opera, y nos referimos ahora especialmente a la de la acción persecutoria, el Derecho Penal se ve impedido para alcanzar dos fines esenciales: determinar la existencia de un hecho delictuoso y asociarle la consecuencia legal establecida, esto es, la sanción. Sin delito legalmente precisado, no puede haber sanción, de donde se desprende con claridad que todo lo que impida alcanzar la calificación legal de un hecho pertenece al Derecho Penal sustancial o material, aun cuando, se produzca la prescripción.

Debemos también insistir en la ya mencionada particularidad de nuestro sistema mexicano, que permite la operancia de la prescripción de la acción sin intervención de las autoridades jurisdiccionales. Dice Labardini Méndez que el procedimiento mexicano ordinario tiene una etapa, que llama "Periodo previo a la jurisdicción", que abarca desde la formulación de la denuncia o querrela, al inicio del ejercicio de la acción penal o al no ejercicio de ella. En esta segunda hipótesis dice que "cuando no se ejercita la acción penal debe ordenarse el envío de la averiguación previa al archivo, quedando siempre abierta esa averiguación hasta que concurra alguna de las causas que extinguen la acción penal y que el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero

⁷⁴ Opus. Citatum, pág 3

federal llama "Extinción de la responsabilidad penal".⁷⁵

Entre las cuales se encuentra la prescripción. Aquí tenemos expresada la posibilidad de que el propio Ministerio Público se abstenga de ejercitar la acción penal ante los Tribunales para la calificación de los hechos y la asociación de las correspondientes consecuencias por razón de haber funcionado el fenómeno de la prescripción. Si consideramos que es facultativa exclusiva de los Tribunales calificar los hechos como delictuosos e imponer las sanciones correspondientes, es obvio que cuando no conocen siquiera tales hechos porque el Ministerio Público se abstiene de ejercitar la acción ante los Tribunales por razones de prescripción, se está afectando al Derecho Penal sustancial al limitar el ejercicio de la facultad estatal del *ius puniendi*.

4.2.1 PRESCRIPCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

La primera de las sanciones de las que se ocupa el artículo 24 del Código Penal del Distrito Federal es la llamada de prisión, que conceptualmente según lo indica el artículo 25 del mismo código, es la privación de la libertad por un mínimo de tres días y un máximo de cuarenta años con excepciones que el límite máximo será de cincuenta años y que tiene que extinguirse en el lugar que señala el órgano ejecutor de las sanciones penales.

Esta es, puede decirse, la más conocida y utilizada de las sanciones disponibles por parte del Derecho Penal positivo, y aun cuando en los últimos años hay una marcada tendencia a eliminar la prisión, sobre todo tratándose de sanciones de corta duración.

Se utiliza frecuentemente la prisión como sanción, es decir como consecuencia de la comisión del hecho, delictuoso, consecuencia que se pone a cargo del delincuente quien ve restringida su libertad personal. Y sufre el reproche por la conducta realizada que le es

⁷⁵ Revista de Derecho Penal, Quinta Época, número I enero-marzo de 1977 el Estudio de Fernando Labardini Méndez, titulado "La acción penal y el auto de formal prisión" págs 50-51

personalmente atribuible.

A esta sanción se le ha llamado pena de prisión, y también debe entenderse como pena privativa de la libertad.

De la prescripción del derecho estatal a ejecutar las sanciones privativas de la libertad, se ocupan los artículos 103, 113 hipótesis segunda y 114, que nos ubican en las cuestiones básicas relativas al inicio del plazo, al tiempo total necesario para la operancia de la prescripción y de los casos de quebrantamiento de la sanción parcialmente ejecutada.

Una vez que la autoridad judicial resuelve en definitiva un caso concreto y determina imponer una sanción que implique la pérdida de la libertad del delincuente, debe cumplir la propia autoridad con lo que señala el artículo 580 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que dice así:

"El juez o tribunal están obligados a dictar de oficio, todas las providencias conducentes para que el reo sea puesto a disposición de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social. El incumplimiento de esta obligación se sancionará con multa de veinte a cuarenta días de salario mínimo".⁷⁶

Como se puede observar, este precepto nos señala claramente cuáles son los órganos que tiene la facultad legal de ejecutar las sanciones; así mismo significa la obligación impuesta al juez o tribunales, en consecuencia que para el principio de ejecución es requisito la actividad del juez o tribunales, consistente en poner al reo a disposición del ejecutor. Esta puesta a disposición puede producir los siguientes casos:

Primer Caso:

Que en forma automática se inicie la ejecución de la sentencia, lo que ocurre cuando el reo se encuentra físicamente sometido a la jurisdicción, este es el caso que se presenta

⁷⁶ Artículo 580 del Código de Procedimiento Penal del Distrito Federal

siempre que el este permanentemente en prisión preventiva, sin disfrutar de libertad provisional, sea por carecer del derecho a ella o por imposibilidad de satisfacer las garantías requeridas para hacer uso de tal derecho y que al cambiar de situación jurídica, pasando de procesado a sentenciado y luego a reo irrevocablemente, sólo significa un trámite formal consistente en la elaboración de la documentación pertinente, para quedar ahora sometido a la autoridad ejecutora de la sanción. Como dice el antes transcrito precepto procesal, la providencia conducente a que está obligado el juez se reduce a documentar adecuadamente el acto jurídico por el cual el reo cambia de estar a disposición de una autoridad a otra. En todos los casos como este, es evidente que la prescripción no tiene significación alguna, porque el reo no quebranta la sanción ni se convierte, por ende, en prófugo de la justicia.

Segundo Caso:

Que al pretender la autoridad judicial poner a disposición de la ejecutiva al reo se encuentre con la dificultad material resultante del hecho de que estando en libertad provisional previa el reo, no se someta voluntariamente a la ejecución de la sanción impuesta. En esta hipótesis, que se da siempre que sobreviene el cambio de situación jurídica de procesado a reo y este no acude espontáneamente al cumplimiento de la sanción que se le haya impuesto, el curso de la prescripción del derecho a ejecutar la sanción empieza al día siguiente a aquel en que el condenado se sustraiga a la acción de la autoridad. Aquí surge una pregunta obligada: ¿Cuál es el día en que el reo se sustrae a la acción de la autoridad? Entendiendo que el concepto de autoridad que se emplea en el artículo 103 Que es el que da la referencia temporal citada, está limitado a la autoridad judicial, puesto que a ella es a quien está sometido previamente el reo, la respuesta a la cuestión anterior es en el sentido siguiente: hay sustracción a partir del momento en el cual un estado legalmente adquirido es modificado por otro estado, también legalmente señalado, a consecuencia del cual se impone una restricción a la esfera de libertad como resultado del mandamiento de la autoridad. En otras palabras, el sustraído a la acción de la autoridad lo es a partir de que legalmente hay una autoridad que pretende someterlo a su facultad represiva. Mientras no ocurra este hecho formal por el que se ordena el sometimiento y se pretende ejecutar, no hay sustracción y como conclusión a la idea, tampoco se ha iniciado el curso de la prescripción. Entonces, para que tal curso se inicie es

indispensable la orden de captura.

Mientras no se gire la orden de aprehensión en contra de una persona no puede considerarse que se ha sustraído a la acción de la justicia cualquiera que sea su situación procesal

Si se llega a la culminación del procedimiento con el individuo disfrutando de libertad provisional, es porque este disfrute es legítimo, consecuencia de un derecho consagrado en la norma aplicable. Siendo legal y legítima la libertad del reo, es natural que la pérdida de ella tenga que ser una nueva consecuencia del mandamiento de la autoridad, al sobrevenir el cambio de situación jurídica. De ser procesado con disfrute de la libertad provisional, se pasa a ser sentenciado, que debe sufrir la restricción de la libertad con el aprisionamiento.

Esta actividad, competencia de la autoridad judicial es la que determina el inicio del curso de la prescripción; es decir, que a partir del día siguiente a aquel en que se ordena la detención del sentenciado para el cumplimiento de la condena, se inicia el curso de la prescripción del derecho a ejecutar la sanción.

Con respecto al tiempo total necesario para que la propia prescripción produzca su efecto, tratándose del caso de las sanciones que implican privación de la libertad. El artículo 113 del Código Penal da la pauta a este respecto:

"Salvo que la ley disponga otra cosa, la pena privativa de libertad prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser inferior a tres años; la pena de multa prescribirá en un año; las demás sanciones prescribirán en un plazo igual al que deberían durar y una cuarta parte más sin que puede ser inferior a dos años; las que no tengan temporalidad, prescribirán en dos años. Los plazos serán contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución".⁷⁷

3 hipótesis:

1.- Pena Privativa de la libertad = 3 años.

⁷⁷ Artículo 113 del Código Penal del Distrito Federal

- 2.- Pena pecuniaria = 1 año
- 3.- Otras sanciones = 2 años.

Como debe resultar claro, la sanción privativa de la libertad cae en ese gran grupo de sanciones diferentes de la pecuniaria, respecto de las cuales y en orden a la prescripción se señala un término total distinto al del año que se menciona tratándose de la pecuniaria. Es por ello que del régimen de prescripción se ocupa en estos casos, la segunda de las hipótesis normativas contenidas en el artículo 113.

Interpretando la norma se encuentra que la sanción de prisión, esta regida por el tiempo de duración de ella misma y señalada en la sentencia firme que la impone más el agregado de una cuarta parte; a partir del momento en que esa sentencia con su exacta y precisa duración, es ejecutable por que han quedado satisfechos los presupuestos relativos a la firmeza de la sentencia y a la calidad del prófugo, se ha iniciado el curso de la prescripción del derecho estatal a la ejecución de la pena. Por ejemplo si la sentencia impusiera una pena privativa de libertad de ocho años, la prescripción sería de diez años, puesto que al total de la sanción hay que adicionar una cuarta parte que es lo que da el término total.

La prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena son dos institutos distintos y se rigen por prevenciones legales diferentes. Para los efectos de la prescripción de la acción debe tomarse en cuenta la sanción abstracta fijada por el legislador al delito de que se trata y de ningún modo la específica señalada por el juzgador al delincuente, sea porque hubiese apreciado el hecho concurriendo alguna modificativa. En cuanto a la prescripción de la pena debe tomarse en cuenta la penalidad impuesta en el fallo y el transcurso de un término igual al que debía durar y una cuarta más

Es difícil el caso perfecto en el que la sentencia se vaya a cumplir fiel y precisamente, sin abono de cualquier especie, así el caso más frecuente es aquel en el que cumpliendo con el mandamiento constitucional se tiene que abonar al reo el tiempo, poco o mucho, pasado en prisión preventiva. Esto modifica el cálculo ya que a cada sentencia hay que disminuir lo abonado, luego sumar el equivalente de la cuarta parte del total de la condena.

Tercer caso:

Que al quedar firme la sentencia condenatoria también se dé por compurgada y extinguida la sanción. Este tercer caso se presenta con alguna frecuencia, especialmente cuando se imponen sanciones privativas de libertad de corta duración, ya que como se ha dicho: es esta la causa más frecuente de extinción de la responsabilidad criminal. Cumplida la condena es obvio que se extingue el derecho de castigar que el Estado tiene atribuido. Tal cumplimiento supone que el sujeto "ha pagado" sus culpas y "saldado su deuda" con la sociedad.

4.2.2 PRESCRIPCIÓN DE LA PENA DE MULTA

Esta sanción es la más ampliamente tratada en nuestro código; diez artículos, del 29 al 39, se ocupan del tema, además del numeral 6 del 24, que es el que da la característica de sanción

De acuerdo con la ley, la sanción pecuniaria (del latín *pecuniarius*, adjetivo que significa concerniente o relativo al dinero efectivo) puede presentarse en tres formas diferentes: como multa, como reparación del daño y como sanción económica

La primera de las citadas formas consiste en la obligación que se impone al sentenciado condenado de pagar una determinada cantidad de dinero, dentro de los límites previamente señalados por la ley, al Estado y atendiendo a la naturaleza del delito por el que se impone la condena. Salvo casos de excepción, la gran mayoría de los delitos descritos en el Código Penal están conminados con una pena según el criterio legislativo, más una multa.

Es el artículo 35 del Código Penal el que determina que el destinatario de la multa lo es el Estado, al decir lo siguiente: "El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá; entre el Estado y la parte ofendida; al primero se aplicará el importe de la multa y a la segunda el de la reparación".

De acuerdo con estos lineamientos, cuando alguien sea sentenciado y condenado por uno de esos delitos que según el código tienen prevista la multa entre las sanciones, habrá de precisarse en la sentencia el importe de la multa, tomado de entre los extremos mínimo y máximo, señalado por la ley para el caso concreto. Al quedar firme la sentencia condenatoria que impone la multa, nace un derecho a favor del Estado a hacer efectiva tal sanción legalmente impuesta y una obligación del condenado de satisfacer en sus términos exactos la sentencia impuesta.

Evidentemente, en cumplimiento del principio *nulla poena sine lege*, sólo podrá imponerse la multa cuando en forma expresa y previa la ley haya señalado esa sanción para el hecho concreto. Este señalamiento de la ley y las características que rodean los casos en que el legislador acude a la sanción de multa son:

- a) Aquellas en las que la multa acompaña a una sanción privativa de la libertad, que son las más frecuentemente presentadas y en las cuales la multa es una pública, pero secundaria, porque la principal es la de prisión.
- b) Las que marcan una facultad alternativa dada al juzgador por el legislador, según la cual el fin de la pena puede cumplirse con el pago de una multa o el sufrimiento de una restricción a la libertad personal, que se dan en los casos de los llamados delitos de pena alternativa, como el de injurias del artículo 348, que dice que la sanción es de tres días a un año de prisión o multa de dos a doscientos pesos, o ambas; el uso del o es implicativo de la alternativa.
- c) Las que surgen cuando funciona el fenómeno de la conmutación que menciona el artículo 74 del Código Penal, según el cual los jueces pueden, a su prudente arbitrio, tomando en cuenta las circunstancias personales del reo, los móviles de su conducta y las circunstancias de hecho, conmutar una pena de prisión no superior a seis meses por la de multa.

En cualquiera de las situaciones anteriormente descritas que se presente el caso

concreto, la multa es parte legítimamente constitutiva de la sentencia condenatoria y por lo mismo confiere al Estado un derecho que puede exigirse cumpla y al condenado impone una obligación de satisfacer la condena en sus términos. Este derecho estatal es susceptible de prescribir, librando al condenado de la obligación de cumplir.

El principio rector lo proporciona la primera parte del artículo 113 del Código Penal, cuando dice que "la sanción pecuniaria prescribirá en un año" Tomando como buenas e indiscutibles las afirmaciones precedentes en lo relativo a que la sanción pecuniaria es una de las diferentes consecuencias jurídicas del delito, que se presenta en las formas específicas de multa y reparación del daño.

Ambas formas específicas tienen el mismo factor de prescripción Tomando como presupuesto satisfecho la existencia de una sentencia condenatoria que impone una sanción de multa, resulta evidente que el inicio del término de un año al que se refiere el artículo 113 se tendrá que tomar a partir del día en que es ejecutable la sanción señalada. Es fundamento para la precisión de este día, como inicio del término, la parte final del artículo 103, que dice:

"Artículo 103 Los plazos para la prescripción de las sanciones serán igualmente continuos y correrán desde el día siguiente a aquél en que el condenado se sustraiga a la acción de la justicia, si las sanciones son privativas o restrictivas de la libertad, y si no lo son, desde la fecha de la sentencia ejecutoria."

Destaca para nuestro tema que para las sanciones no corporales, sólo se toma en cuenta la fecha de la sentencia ejecutoria o, lo que es igual, junto y contemporáneamente con la ejecutoria inicia su curso la prescripción del derecho a la ejecución de la multa, que dura exactamente un año

El Código Penal, sigue la idea de la unidad del Estado, independientemente de los diferentes Poderes que intervienen en estas cuestiones, el Poder Judicial dicta la sentencia y la declara ejecutoriada, con lo que confiere al Estado, del que el propio poder Judicial forma parte, un derecho a hacer efectiva la multa y acrecentar el erario en la misma proporción en

que logre cobrarla; pero la función de cobro es de la competencia de otro Poder, el Ejecutivo, encargado del cumplimiento y ejecución de las sanciones legalmente impuestas.

Sin más notificaciones a nadie, el solo hecho de existir la sentencia ejecutoria que impone la multa, proporciona la base el inicio del curso de la prescripción

Como señala Ricardo Rodríguez, en México, "que son dos caracteres que distinguen la multa de las otras condenaciones pecuniarias: sólo puede ser aplicada por un juez y con base en una ley preexistente".⁷⁸

El efecto de la prescripción es, evidentemente, la pérdida del derecho a la ejecución y la consecuente liberación de la obligación a cargo del condenado. Sea cual fuere el monto de la multa y la causa motivadora de ella, el régimen de prescripción es el mismo.

Cuando se hace referencia a causas motivadoras de la multa, el régimen de la prescripción no se altera; ya sea porque la multa se imponga como sanción secundaria, siendo la principal la de prisión, o que en uso de la facultad jurisdiccional, a la alternativa se opte por la multa, o finalmente que opere el fenómeno de la conmutación al que se refiere el artículo 74 del Código Penal, lo cierto es que siempre la multa será consecuencia de lo declarado y condenado en una sentencia ejecutoriada que confiere al Estado el derecho al cobro de la propia multa. Lo que prescribe en un año es ese derecho del Estado al cobro, no la sanción impuesta, aun cuando ésta sea la expresión usada por la ley.

En síntesis, puede afirmarse que por mandamiento expreso de la ley en el artículo 103 del Código Penal, el *dies a quo* en los casos de prescripción del derecho a ejecutar la sanción de multa es el de la sentencia ejecutoriada que la imponga, el total del término es de un año, contado fatalmente, porque así lo establece el artículo 113 del Código Penal.

No requiere el inicio del término notificación expresa a alguien, sino solo la sentencia ejecutoriada, atendiendo a la unidad reconocida del Estado, independientemente de que en los

⁷⁸ Ricardo Rodríguez, *El Derecho Penal*, México 1902, pág. 640

casos concretos aparezcan involucrados dos de los tres Poderes, el Judicial y el Ejecutivo, que integran el Poder Público.

4.2.3 PRESCRIPCIÓN DE LAS DEMAS SANCIONES

El artículo 113 del Código Penal Federal, en su primer párrafo señala:

"las demás sanciones prescribirán en un plazo igual al que deberían durar y una cuarta parte más sin que pueda ser inferior a dos años;"

De lo anterior podemos señalar que existen diversas prescripciones de sanciones, como las siguientes:

LA SANCIÓN CONSISTENTE EN LA AMONESTACIÓN.

La amonestación, al decir del artículo 42 del Código Penal Federal, consiste "en la advertencia que el juez dirige al acusado, haciéndole ver las consecuencias del delito que cometió, excitándolo a la enmienda y conminándolo con que se le impondrá una sanción mayor si reincidiere".

Si como lo dice la ley esta amonestación es una advertencia que se hace al acusado por el delito cometido, es evidente que se requiere la existencia de una sentencia ejecutoria que, en esta de ejecución, empieza con la amonestación que es hecha por el juzgador y no por el órgano normalmente encargado de las ejecuciones. Con esto se destaca que para efectos del inicio del lapso necesario para la prescripción del derecho a la ejecución de la amonestación se toma desde la parte final del artículo 103 del Código Penal Federal, es decir desde la fecha en que la sentencia es ejecutoria

En casos de esta naturaleza, no es tanto el inicio del término el que inquieta, sino el total de su duración, no siendo sanción pecuniaria ni privativa de la libertad, en realidad no hay fundamento preciso y exacto para ser utilizado; y no cabe dentro del artículo 113 del

Código Penal Federal.

La amonestación aisladamente no existe como sanción, sino que es accesoria de otra distinta y por ello, el principio rector para resolver las cuestiones relativas al tiempo de la prescripción de la amonestación tiene que seguir la suerte del principal.

La accesoriadad de la amonestación resulta del contenido del artículo 577 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que dice:

"Artículo 577. En toda sentencia condenatoria se prevendrá que se amoneste al reo para que no reincida, advirtiéndole las sanciones a que se expone, y de ello se extenderá diligencia, pero sin que la falta de ésta obste para hacer efectivas las sanciones de la reincidencia y de la habitualidad".

La amonestación, según es notable, la realizan los órganos jurisdiccionales, lo que, corresponde conceptualmente al artículo 42 del Código Penal Federal; implicando una ejecución, debería ser otro el órgano encargado de cumplirla. En orden a la prescripción nada se altera por el hecho de que de que sea una u otra autoridad la ejecutora, porque ambas representan, en esa etapa, al Estado que es titular del *ius puniendi*. En consecuencia, siendo accesoria, puesto que forma parte adicional general de todas las sentencias condenatorias

Se entiende que esta sanción de la amonestación es una más de las utilizables con contenido de prevención especial, se impone al reo, al ya delincuente, para hacerle saber que una recaída en la tendencia delictuosa repercutirá gravemente en su contra por medio de la reincidencia o la habilidad, es decir, tratamientos más severos contra el delincuente por razón de la peligrosidad evidenciada en la reiteración del quehacer delictuoso.

LA SANCIÓN CONSISTENTE EN LA PUBLICACIÓN ESPECIAL DE SENTENCIA.

El numeral 14 del artículo 24 del Código Penal Federal se ocupa de esta sanción

"Artículo 24. Las penas y medidas de seguridad son

14. Publicación especial de sentencia.

Misma que es conceptuada por el artículo 47 del mismo código, cuando dice que:

"la publicación especial de sentencia consiste en la inserción total o parcial de ella en uno o dos periódicos que circulen en la localidad".

Idiológicamente, la publicación especial de sentencia está fundada en la reparación del daño causado por el delito.

Es perceptible que se está ante delitos contra el honor, que afectado por el caso sentenciado es difícil que sea reparado con mera indemnización; en consecuencia, parte de la reparación es publicar la sentencia que condena por ese delito cometido contra el honor de alguien, pero ello ocurrirá "si lo solicita la persona ofendida", por obvias razones, esto no puede llevar a cuestionar seriamente si en estricta realidad puede ser sanción penal la que se impone solamente si el ofendido lo pide.

Lo interesante para la prescripción es la circunstancia de que una vez más nos enfrentamos a una sanción de la naturaleza que nos es pecuniaria ni está sometida al factor temporal, apuntamiento realizado para destacar la inexistencia de una norma aplicable para determinar la prescripción.

Si se carece del apoyo de la norma, en este caso del artículo 113 del Código Penal Federal, la solución habrá de ser encontrada en otra ubicación, que es como sanción accesoria que permite aplicar las reglas de la prescripción sometidas a la que corresponda a la sanción principal.

La publicación especial de sentencia nunca puede darse como sanción única; siempre habrá una que le preceda (por ejemplo, prisión o multa en los delitos contra el honor) y las reglas que a ésta correspondan, considerada como sanción principal, se aplicarán a ambas, es decir, principal y accesoria.

Según en el caso del artículo 49 no hay delito, ni delincuente sino lo contrario, existe una sentencia absolutoria que se funda en cualquiera de estas dos hipótesis: el hecho imputado no fue delictuoso o el supuesto autor no lo cometió. Sin embargo, cabe la posibilidad de que si el interesado (procesado absuelto) lo pide, se ordene a título de reparación en su favor, la publicación de la sentencia absolutoria.

Tal publicación tiene una naturaleza jurídica absolutamente diferente de la de las sanciones y medidas de seguridad y más corresponde a un derecho nacido como consecuencia de una sentencia absolutoria; en estos casos, como es natural, no funciona el fenómeno de la prescripción.

Al tomarse en cuenta el aspecto sustancial de la concepción de la prescripción como una autolimitación que el Estado se impone para perseguir los hechos con apariencia de delitos o ejecutar las sanciones impuestas a los delincuentes, por razón del tiempo transcurrido y en todo caso, como la extinción de un derecho a favor del Estado. En el artículo 49 la situación es distinta, porque de la sentencia absolutoria nace un derecho a favor del interesado que resulta absuelto y lo que el tiempo pudiera afectar sería ese derecho del particular, no del Estado.

LA SANCIÓN CONSISTENTE EN LA VIGILANCIA DE AUTORIDAD.

La sanción consistente en la vigilancia de autoridad está señalada en el artículo 24 numeral 15 del Código Penal Federal.

Consideramos que la vigilancia de autoridad es una sanción, que lo es de tipo o índole accesoria y por lo mismo está sometida a un cierto régimen en orden a la prescripción del derecho a ejecutarla.

El artículo 158, fracción I reconoce expresamente la posibilidad de la existencia de una sanción consistente en el sometimiento a la vigilancia policiaca. Dice así:

"Artículo 158. Se impondrán de quince a noventa jornadas de trabajo a favor de la comunidad:

I. Al reo sometido a vigilancia de la policía que no ministre a ésta los informes que se le pidan sobre su conducta;"

Con claridad puede verse en este caso la posibilidad de un reo al que como sanción se le haya impuesto la de quedar sometido a la mencionada vigilancia.

Si se encuentra un caso en el que al delito en particular corresponda la sanción de su sometimiento, se cumplirá el mandamiento constitucional contenido en el artículo 14, 2º párrafo, referido a la aplicación de sanciones únicamente cuando exista una ley que así lo provea con precisión, es decir, una forma de cumplir el principio de legalidad.

No debe haber duda en cuanto a que se trata, en estos casos concretos, de sanciones que se aplican con idea de tipo preventivo, o sea, que pudiera pensar que se dictan como auténticas medidas de seguridad en cuanto a su finalidad; pero también es incuestionable que son, formal y sustancialmente, sanciones, puesto que se pronuncian como facultad discrecional del juez, como adición o complemento de otra u otras sanciones, lo que se evidencia por el "además" que la ley usa.

Esta sanción principal es la rectora para efectos de la prescripción de la accesoria, es decir, siguiendo el ya mencionado principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en el caso, siendo como es una sanción la vigilancia de autoridad, su régimen de prescripción lo determina el artículo 113.

LA SANCIÓN CONSISTENTE EN LA SUSPENSIÓN O DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES.

La sanción que en sus dos aspectos, suspensión o disolución, ahora abordamos es consecuencia directa del contenido del artículo 11 del Código Penal Federal. Dice este precepto:

"Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepciones de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública".

El artículo 11 del Código Penal Federal sujeta la responsabilidad colectiva a la previa existencia de una responsabilidad individual, o sea, que cabe la posibilidad de la configuración de esa responsabilidad atribuible a la persona moral, aun cuando sea al través de la individual.

Lo que no se ha resuelto, ni remotamente, es el sistema para llegar a la sanción derivada de la responsabilidad de la persona moral.

Resulta claro que la ley nacional reconoce la posibilidad de imponer sanciones a las personas morales en aquellos casos previstos en el artículo 11, es decir, cuando los delincuentes entendidos individualmente se valgan para cometer el o los delitos de medios apartados por las personas jurídicas, de modo tal que el o los delitos resulten cometidos a nombre y bajo el amparo o en beneficio de la sociedad de que se trate. La sanción para la sociedad o persona moral puede ir, conforme a la ley y según el prudente arbitrio del juzgador, de la suspensión a la disolución de la persona jurídica.

Es manifiesto el interés cuando el juez, haciendo uso de su facultad discrecional, impone o decreta la sanción en contra de la sociedad. Sin cuestionar, por ser inoportuno e inadecuado, el procedimiento del caso concreto, afirmamos en congruencia con lo que se ha venido sosteniendo la necesidad de una sentencia firme, es decir, una resolución ejecutoriada que imponga la sanción específica como presupuesto para tratar las cuestiones relativas a la prescripción del derecho a ejecutar la sentencia.

Ahora bien, el texto legal (artículo 11), plantea dos hipótesis diferentes:

a) En los casos en que el juez, haciendo uso de su facultad discrecional, decreta la suspensión de la sociedad, es obvio que debe sujetar la sanción impuesta a una cierta temporalidad. Por suspensión debe entenderse la vinculada con la realización de aquellos actos concernientes al objeto social establecido y que traigan como consecuencia un beneficio económico para la sociedad sancionada, ya que de no hacerse una distinción de esta índole se correría el riesgo de beneficiar al sancionado con la suspensión, como sería el caso en el que con motivo de la sanción impuesta se dejaran de cumplir obligaciones legalmente adquiridas. Esto, desde luego, tiene que ser motivo de consideración en la sentencia que se dicte, porque nunca puede o debe dejar de valorarse que junto con la sociedad condenada tiene que haber también condena para sus representantes, lo que obliga al juez a ponderar las alternativas diferentes de cada caso concreto.

Para efectos de la prescripción, la disposición aplicable viene a serlo el artículo 113 del Código Penal Federal en la hipótesis segunda, es decir, la relativa a la duración de la prescripción atendiendo a la temporalidad de la sanción más una cuarta parte.

La base es, naturalmente, la que se señale como duración de la suspensión de la sociedad y empieza a contar a partir de que existe la sentencia ejecutoriada.

b) El segundo caso, el de la disolución, equivale a lo que ha sido equiparado con la pena de muerte; dice Aquiles Mestre que "la pena de disolución, que equivale a la muerte de la comunidad, deberá tender simplemente a la aniquilación del grupo".⁷⁹

O sea, terminar con la capacidad jurídica y vida legal de la persona moral.

Evidentemente, la sentencia que imponga la muerte legal o disolución de una persona moral deberá estar fundada en hechos graves y trascendentes dentro de la escala de la responsabilidad colectiva.

La ejecución se llevará a efecto por medio y al través de lo que para el caso dispone

⁷⁹ Aquiles Mestre, *Las personas morales y su responsabilidad penal*, Editorial Madrid 1930, pág. 250

la ley aplicable, que podrá ser la ley mercantil o la civil.

Desde luego, decretada la disolución se tiene que proceder a los pasos legales consecuentes, que en el caso concreto sería los necesarios para culminar en la liquidación de la persona jurídica. La disolución mandada por la autoridad judicial es sólo el principio; lo restante es la liquidación que significa la existencia real y legal de la persona, que es, por otra parte, el fin de la sanción en los casos de extrema gravedad según el criterio del juez.

El artículo 113 del Código Penal Federal, no tiene aplicación exacta en este caso ya que la sanción no es pecuniaria ni está sometida al tiempo.

La solución se encuentra, en el planteamiento que la ley nacional hace de la sanción aplicable a la persona moral, supedita a la responsabilidad declarada a las personas físicas que se valgan de los medios que la moral aporte, o actúen en forma tal que el delito cometido resulte serlo a nombre o bajo el amparo de tal persona jurídica. Es decir, reconocer que la disolución de las sociedades o personas jurídicas, si es que se decreta, se entiende como sanción accesoria que sigue, por ello, la suerte de la principal en orden a la prescripción.

Las sanciones y medidas de seguridad el artículo 24 del Código Penal Federal que he tomado como base para este análisis, mencionan:

a) Si la sanción es de orden pecuniario, el régimen de prescripción de su ejecución es de un año, contado a partir de la firmeza de la imposición de la propia sanción

b) Si la sanción está sometida al tiempo, su régimen de prescripción se establece atendiendo a la duración señalada, con adición de una cuarta parte.

c) Si la sanción es accesoria, se somete a lo aplicable a la sanción que sea principal.

La naturaleza de la sanción sea el fundamento para la determinación del régimen aplicable en cuanto a la prescripción del derecho estatal a la ejecución penal.

4.3 ASPECTO JURISPRUDENCIAL

Dentro del capítulo cuarto, citaré la Jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual de una u otra manera se relaciona con las diferentes formas de prescripción, señaladas en el artículo 113 del Código Penal para el Distrito Federal, analizadas a lo largo de éste trabajo.

"PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN PENAL.

El término de la prescripción debe computarse descontando los días de prisión que sufrió el reo durante la tramitación del proceso.

Amparo penal en revisión 2445/45. Villalobos Mena José. 3 de mayo de 1946. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Carlos L. Angeles no asistió al acuerdo La publicación no menciona el nombre del ponente.

Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo LXXXVIII. Tesis. Página: 1312. Tesis Aislada"

"PRESCRIPCIÓN EN MATERIA PENAL.

Mientras no sea resuelto el amparo pedido por el acusado, no puede hacerse efectiva la sanción impuesta por los tribunales comunes, y desde la fecha de la sentencia de amparo empieza a correr el término para la prescripción de la condena.

Amparo penal en revisión 6048/42. Gómez Enrique. 17 de octubre de 1942 Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo LXXXIV. Tesis. Página: 1521. Tesis Aislada"

"PRESCRIPCIÓN EN MATERIA PENAL.

El término de prescripción, no debe contarse desde la fecha en que el reo obtuvo su libertad caucional, sino desde que el juez de la causa canceló la fianza y dictó la orden de reaprehensión en contra suya.

Amparo penal en revisión 8955/47. Rivas Juan E. 17 de febrero de 1949. Unanimidad e cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Instancia: Primera Sala. Fuente. Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo XCIC. Tesis: Página 1098. Tesis Aislada".

"PRESCRIPCIÓN EN MATERIA PENAL.

Si el Código penal establece que para la prescripción de las sanciones y acciones penales, se tendrá como base el término medio aritmético de las primeras, según el delito de que se trate, debe entenderse como delito el previsto por la ley, esto es, el genérico, y no tomarse en cuenta las modalidades de ese delito, que tienden a atenuar o agravar la situación del acusado, a fin de imponerle la pena adecuada

Amparo penal directo 199/54. Por acuerdo de la Primer Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 9 de abril de 1954. Unanimidad de cinco votos. Relator: Edmundo Elorduy.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo CXX. Tesis: Página: 199. Tesis Aislada"

"PRESCRIPCIÓN EN MATERIA PENAL.

El artículo 113 del Código Penal se refiere a la sanción pecuniaria, que prescribe en un año, y a las demás sanciones que no sean ni corporales ni pecuniarias, las que prescriben por el transcurso de un término igual al que deban durar y una cuarta parte más, sin exceder de

quince años. Este dispositivo no es aplicable si consta que se sancionó al reo con pena corporal, pues en este orden de ideas, la prescripción debe regirse por lo que establecen los artículos 103 y 104 del invocado ordenamiento, respecto al término para que se extingan las sanciones corporales y la acción penal en los casos de pena alternativa, y en ambos casos dicho término corre desde el día siguiente al en que el condenado se sustraiga a la acción de la autoridad.

Amparo penal directo 4652/47. Zamora López Eulalio. 18 de septiembre de 1947.
Unanimidad de cuatro votos.

Ausente: Carlos L. Angeles, La publicación no menciona el nombre del ponente.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta
Época Tomo XCIII Tesis: Página: 2287. Tesis Aislada"

"ACCIÓN PENAL, PRESCRIPCIÓN DE LA, INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, AL RESPECTO.

La Suprema Corte de Justicia, en la tesis número 24, página 39 de la Segunda Parte del Apéndice de Jurisprudencia 1917-1988, cuyo rubro dice: "ACCIÓN PENAL, PRESCRIPCIÓN DE LA". Considera que ha sido criterio reiterado que, en cuanto al término e 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, sin modalidades. En esos términos, es claro que la Suprema Corte ha estimado que para efectos del término de la prescripción de la acción penal, no debe tomarse en cuenta la modificativa del delito que se persigue, cuando sea atenuante, es decir, cuando beneficie al reo; pero nunca ha sustentado el criterio contrario o sea, que no deba tenerse en consideración la calificativa, cuando exista, y así impedir la prescripción de la acción penal en perjuicio del delincuente

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 118/92 Joaquín Barroeta Munguía. 1º de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo X - Octubre. Tesis: Página: 261. Tesis Aislada".

"PRESCRIPCIÓN EN MATERIA PENAL.

En los delitos que se pueden perseguir de oficio, la prescripción se divide en tres clases: para la imposición de las multas, basta el transcurso de un año, para la de la pena corporal, se necesita un plazo igual al de esa persona, y para la inhabilitación se requiere el transcurso de doce años. Cuando un delito se castiga con diversas penas, la acción penal correspondiente a cada una de ellas, prescribe de una manera sucesiva, porque los plazos de que hablan los artículos que tratan de la prescripción, se cuentan desde el día en que se cometió

Amparo penal en revisión. Pérez Primitivo. 7 de junio de 1929. Sin votación. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo XXVI. Tesis: Página:1078. Tesis Aislada".

"PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN RELACIÓN CON LA SANCIÓN PECUNIARIA.

Los artículos 100, 101, 103 y 115, parte final, del Código Penal vigente en el Distrito Federal, establecen que por la prescripción se extingue la acción penal y las sanciones, conforme, en lo relativo, a las siguientes reglas: la prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley, y produce efecto, aunque no se alegue por el acusado, el término es continuo y correrá desde la fecha de la sentencia ejecutoria; la

sanción pecuniaria prescribe en un año y solamente se interrumpe la prescripción por embargo de bienes para hacerla efectiva. El artículo 38, que se refiere a sanción pecuniaria, establece que si no alcanza a cubrirse la responsabilidad pecuniaria con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión, el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que falte. El espíritu filosófico que norma la prescripción negativa de liberación de las obligaciones de hacer o de dar, es el olvido, que se traduce en la falta de ejercicio de las acciones correlativas, durante el transcurso de determinado tiempo, de modo que si el olvido es absoluto, es decir, si no ha habido diligencia alguna, tendiente a hacer efectiva la obligación, la prescripción se opera; en consecuencia, si no ha habido olvido total o absoluto y, esto se ha manifestado por hechos evidentes, la prescripción no puede operarse. El mismo olvido y, consiguientemente, el abandono de la acción, apoya la disposición de la ley sobre que el plazo puede interrumpirse mediante embargo, y para llegar a esto, son necesarias determinadas actividades en la generalidad de los casos, en términos normales, y, en otros, en circunstancias de irregularidad, requieren el transcurso de cierto tiempo para destruirlas previamente; por tanto, es claro que no puede darse a las mismas disposiciones una aplicación literal, sino interpretativa. Ahora bien, si después de dictarse un auto de formal prisión en contra del acusado del delito de abuso de confianza traspasó el usufructo vitalicio de un lote de terreno y sus construcciones, poniéndose en estado de insolvencia, y el querellante, juzgando que el traspaso, promovió juicio tendiente a obtener la declaración de nulidad consiguiente, y se pronunció sentencia condenatoria en primera instancia, que se declaró ejecutoriada, todo ello demuestra que la acción de nulidad tendiente a restituir en el patrimonio del acusado, el único bien que podía garantizar el pago del daño que infligió, fue intentada antes de dictarse sentencia condenatoria en el proceso penal, y que se hizo derivar de aquel daño. Y es notorio que el querellante puso en movimiento su acción de reparación, desde el momento en que intentó la anulación de los actos por virtud de los cuales, el acusado había sacado de su patrimonio, el único bien que tenía en propiedad y posesión, ya que tendió a obtener una garantía positiva, por la que pudiera exigir el pago de las resultas de la condena penal; es decir, cuando no había comenzado a correr la prescripción de la acción correlativa a la sanción penal, y el término para la prescripción debió comenzar a correr desde la fecha en que fue declarada ejecutoriada en el juicio de nulidad. No podría, pues, decirse que el querellante hubiera abandonado, por olvido, de la acción de reparación, ni que la prescripción se hubiese

operado; y es obvio que su ejercicio no podía intentarlo ante el Departamento de Prevención Social, sino ante las autoridades competentes, atentos los obstáculos que se originaron en los medios simulados empleados, que solamente pueden ser anulados por la autoridad judicial; y si el querellante no pudo ocurrir ante dicho Departamento, ejercitando su acción de cobro, ello no implica el abandono o el olvido que requiere la ley, como básico para la prescripción, ya que, conocida por él la simulación, la atacó desde luego y obtuvo sentencia dentro de términos hábiles, atento la naturaleza del obstáculo. Estimar lo contrario, sería dar oportunidad a los delinquentes para quedarse, mediante maniobras también delictivas, con el producto de su delito; y esto repugna a la intención del legislador, que estableció el término racional de un año para la prescripción, teniendo en cuenta las condiciones normales de solvencia del acusado.

Amparo penal en revisión 6412/37 Cía. Singer de Máquinas de Coser. 2 de mayo de 1940 Mayoría de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época Quinta Época. Tomo LXIV. Tesis: Página: 1919. Tesis Aislada".

"PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN PECUNIARIA RELATIVA AL PAGO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO. EL TÉRMINO PARA SU CONSUMACIÓN NO CORRE A PARTIR DE LA FECHA DE LA SENTENCIA EJECUTORIA QUE DETERMINE ESA PENA, SINO DESDE AQUELLA EN QUE EL OFENDIDO CONOCE DICHO FALLO.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado su criterio en el sentido de que el espíritu filosófico que norma la prescripción negativa de las obligaciones de hacer o de dar, es el olvido que se traduce en falta de ejercicio de las acciones correlativas, durante el transcurso de un determinado tiempo; de modo que si el olvido es absoluto, es decir, no ha habido diligencia alguna tendiente a hacer efectiva la obligación, la prescripción opera, pero si no ha habido olvido total o absoluto y éste no se ha manifestado por hechos evidentes, la prescripción no puede operar, pues mientras el interesado desconoce una resolución no puede,

lógicamente, exigiéndose una conducta que presupone precisamente el conocimiento del fallo, y por lo tanto, mientras no haya tenido esa noticia, o se haya hecho sabedor de la resolución, no puede considerarse que se olvidó de los hechos que la misma otorgó, pues no puede olvidarse lo que no se ha conocido. Los postulados anteriores emanan evidentemente de un criterio de justicia de carácter subjetivo que impide aplicar en sus términos literales el artículo 103 del Código Penal, pues aún cuando el precepto establece que los términos para la prescripción de las sanciones pecuniarias correrán desde la fecha de la sentencia ejecutoria, debe considerarse que es supuesto irremisible para que empiecen a correr dichos términos, la notificación a los interesados o que éstos se hagan sabedores de que el fallo ha causado ejecutoria.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 64/75. Manuel Hernández Luna. 23 de enero de 1980. Ponente: Víctor Manuel Franco.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Séptima Época. Volumen 133-138 Sexta Parte. Tesis: Página: 124. Tesis Aislada

"PRESCRIPCIÓN, SI NO SE HA NOTIFICADO A LOS OFENDIDOS LA SENTENCIA FIRME QUE ESTABLECE EN SU FAVOR EL PAGO DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DAÑO, NO EMPIEZA A CORRER EL TÉRMINO DE LA LEGISLACIÓN EN VIGOR EN EL DISTRITO FEDERAL.

Es verdad que al caso de la prescripción resultan aplicables los artículos 103, 113 y 115 del Código Penal del Distrito, pero no es menos cierto que no puede considerarse que en dicho ordenamiento se encuentre agotada y definitivamente resulta la cuestión o de los juicios penales consagra el artículo 14 constitucional. Según el artículo 103 del Código Penal, los términos para la prescripción de las sanciones serán continuos y tratándose de sanciones pecuniarias, correrán desde la fecha de la sentencia ejecutoria. Los artículos 79, 80 y 82 del Código de Procedimientos Penales establecen lo siguiente: "Las resoluciones judiciales no se

entenderán consentidas, sino cuando, notificada la parte, conteste expresamente de conformidad o deje pasar el término señalado para interponer el recurso que proceda". "Todas las resoluciones apelables deberán ser notificadas al Ministerio Público, al procesado, al querellante, en su caso, y al defensor o cualquiera de los defensores, si hubiera varios". "Todas las personas por algún motivo legal intervengan en el proceso deberán designar, desde la primera diligencia judicial en que intervengan, casa ubicada en el lugar del proceso para que se les hagan las notificaciones, citaciones, requerimientos o emplazamientos que procedieren e informar de los cambios de domicilio o de la casa designada". Así, si los ofendidos se constituyeron en coadyuvantes del Ministerio Público y, por lo tanto, como interesados en el proceso, o debieron haber sido notificados de todas las resoluciones recurribles dictadas en el mismo. Sin embargo, si no tuvieron conocimiento de la sentencia de apelación en la que se estableció su derecho al pago de la reparación del daño, así como tampoco fueron informados de que la misma había adquirido autoridad de cosa juzgada, como consecuencia de la denegación del amparo al sentenciado, debe decirse que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado su criterio en el sentido de que el espíritu filosófico que norma la prescripción negativa de las obligaciones de hacer o de dar, es el olvido que se traduce en la falta de ejercicio de las acciones correlativas, durante el transcurso de un determinado tiempo, de modo que si el olvido es absoluto, es decir, no ha habido diligencia alguna tendiente a hacer efectiva la obligación, la prescripción opera, pero si no ha habido olvido total o absoluto y éste no se ha manifestado por hechos evidentes, la prescripción no puede operar. Mientras el interesado desconoce una resolución, no puede lógicamente, en efecto, exigirsele una conducta que presupone precisamente el conocimiento del fallo, y por lo tanto, mientras no haya tenido esa noticia o se haya hecho saber de la resolución, no puede considerarse que se olvido de los derechos que la misma le otorgó, pues no puede olvidarse lo que no se ha conocido. El medio a través del cual los interesados en el proceso tienen conocimiento de las resoluciones, es por antonomasia, la notificación. Dicha institución procesal custodia fundamentalmente el principio de seguridad jurídica, derivado de la necesidad que tiene toda persona, de saber a que atenerse en su vida social. Por la notificación, en efecto, las personas se enteran de los actos procesales que afectan su esfera jurídica y, por lo tanto, gracias a ella están en posibilidad de reaccionar ante esos actos en la forma que estimen pertinente para la defensa de sus intereses. Salvo en el caso de que el interesado se informe por otros medios, la ausencia de

notificación, manteniéndole ajeno a una resolución, anula automáticamente la posibilidad de reaccionar en una forma o en otra, dejándolo a merced de las consecuencias, a veces funestas, que deriven de aquéllas y que, de haberla conocido, habría podido tal vez evitar. Los postulados anteriores brotan sin dificultad, de un elemental criterio sobre la justicia y son por ello tan rotundos, que impiden absolutamente aplicar el artículo 103 del Código Penal. Así pues, aunque el precepto en cuestión establece que los términos para la prescripción de las sanciones pecuniarias correrán desde la fecha de la sentencia ejecutoria, debe considerarse que es supuesto irremisible por el transcurso de dichos términos, la notificación a los interesados o que estos se hagan sabedores de que el fallo ha causado ejecutoria, en su caso.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo en revisión 88/73. Abel Hernández Guevara. 16 de junio de 1974 Ponente. Víctor Manuel Franco.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente. Semanario Judicial de la Federación. Época. Séptima Época. Volumen 66 Sexta Parte. Tesis: Página: 48. Tesis Aislada".

"REPARACIÓN DEL DAÑO, PRESCRIPCIÓN DE LA, FECHA A PARTIR DE LA CUAL EMPIEZA A CORRER EL TÉRMINO, CUANDO SE RECORRE LA SENTENCIA CONDENATORIA.

Si bien el artículo 113 del Código Penal Federal establece que la sanción pecuniaria prescribe en un año, debe quedar establecido que si se interpuso el recurso de apelación de la sentencia que condenó al quejoso al pago de la reparación del año y posteriormente amparo directo con suspensión en contra de la sentencia de segunda instancia, el término a que se refiere el citado artículo 113 empieza a correr a partir de la fecha en que el juez de la causa recibe los autos y la ejecutoria dictada en el amparo correspondiente, por que es hasta entonces cuando la autoridad ejecutora tiene conocimiento de la misma, sin que antes hubiera podido proceder a su ejecución, ya que la sentencia condenatoria se encontraba subyúdice y paralizados sus efectos por virtud de la suspensión concedida en el amparo.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 652/75. Abel Guevara Méndez. 11 de noviembre de 1975.

Ponente: Carlos Bravo y Bravo.

Amparo en revisión 716/75. David Torres Gadea. 17 de noviembre de 1975.

Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Gómez Azcárate.

NOTA:

Se elimina la leyenda: "Sostiene la misma tesis".

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Séptima Época. Volumen 83 Sexta Parte: Tesis. Página: 63. Tesis Aislada"

"PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN PECUNIARIA RELATIVA AL PAGO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO. EL TERMINO PARA SU CONSUMACIÓN NO CORRE A PARTIR DE LA FECHA DE LA SENTENCIA EJECUTORIA QUE DETERMINE ESA PENA, SINO DESDE AQUELLA EN QUE EL OFENDIDO CONOCE DICHO FALLO.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado su criterio en el sentido de que el espíritu filosófico que norma la prescripción negativa de las obligaciones de hacer o de dar, es el olvido que se traduce en la falta de ejercicio de las acciones correlativas, durante el transcurso de un determinado tiempo; de modo que si el olvido es absoluto, es decir, no ha habido diligencia alguna tendiente a hacer efectiva la obligación, la prescripción opera, pero si no ha habido olvido total o absoluto y éste no se ha manifestado por hechos evidentes, la prescripción no puede operar pues mientras el interesado desconoce una resolución no puede, lógicamente, exigírsele una conducta que presupone precisamente el conocimiento del fallo, y por lo tanto mientras no haya tenido esa noticia, o se haya hecho sabedor de la resolución, no puede considerarse que se olvidó de los hechos que la misma otorgó, pues no puede olvidarse

lo que no se ha conocido. Los postulados anteriores emanan evidentemente de un criterio de justicia de carácter subjetivo que impide aplicar en sus términos literales el artículo 103 del Código Penal, pues aún cuando el precepto establece que los términos para la prescripción de las sanciones pecuniarias correrán desde la fecha de la sentencia ejecutoria, debe considerarse que es supuesto irremisible para que empiecen a correr dichos términos, la notificación a los interesados o que éstos se hagan sabedores de que el fallo ha causado ejecutoria

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 64/75. Manuel Hernández Luna 23 de enero de 1980. Ponente: Victor Manuel Franco.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente Semanario Judicial de la Federación. Época Séptima Época Volumen 133-138 Sexta Parte Tesis: Página 124 Tesis Aislada".

4.4 CRÍTICA AL ARTÍCULO 113 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En este capítulo abordo el contenido del artículo 113 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, tratando de realizar una crítica constructiva de este precepto en comento, partiendo de que este artículo dice así:

"Salvo que la ley disponga otra cosa, la pena privativa de la libertad prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser inferior a tres años; la pena de multa prescribirá en un año; las demás sanciones prescribirán en un plazo igual al que deberían durar y una cuarta parte más, sin que pueda ser inferior a dos años. Los plazos serán contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución"

El factor que identifica en lo común a todos los casos es el tiempo, ya que para que la prescripción, sea cual fuere su clase, y produzca sus efectos basta el transcurso del tiempo. A este respecto es necesario mencionar que la determinación del plazo necesario para la prescripción depende sólo del criterio legislativo, que calcula cual es la temporalidad necesaria para que se borre el recuerdo de la pena impuesta, lo que hace, por razón natural, que a mayor gravedad de la pena corresponda mayor temporalidad para su extinción por prescripción. Con esto estoy en franco desacuerdo, porque pienso que el Estado al legislar en materia de prescripción, ha considerado más aspectos relativos a la seguridad jurídica, que ha cuestiones concernientes a una supuesta memoria social; ya que la sociedad es la que sufre por los actos de los delincuentes que al cometer un sin fin de delitos, como violación, homicidio, etc., estos dejan cicatrices, tanto morales como físicas, difíciles de olvidar, tanto en la víctima como en su familia. ¿Cómo es posible, que el victimario tenga derecho a que su sanción llegue a prescribir?, logrando con esto que el delincuente salde con mayor facilidad sus deudas para con su víctima, como para con el propio Estado, además que en muchos de los casos logre su libertad en un tiempo menor al que fue condenado, y solo para seguir delinquiendo, pues como es sabido la autoridad piensa que la sociedad no tiene memoria

La pena privativa de la libertad, como sabemos es una consecuencia de la comisión del hecho delictivo, consecuencia que tiene a cargo el delincuente, quien se ve restringido en su libertad; con relación a esta restricción existe una excepción a la que se refiere el artículo 55 del Código Penal del Distrito Federal señala que: "Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fue notoriamente innecesaria e irracional de imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos"

El artículo 113 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en algunos casos es utilizado inadecuadamente por el delincuente, pues éste al saber de la existencia del fenómeno de la prescripción se sustrae premeditadamente de la justicia. Para mi particular punto de vista, la prescripción no debería operar en estos casos, porque el sujeto que comete un delito,

irresponsablemente se sustrae de la acción de la justicia por un determinado tiempo a sabiendas que al cumplir su condena fijada más una cuarta parte de la misma, esta prescribe en su favor; lo cual no debiera ser así, no debería importar el tiempo que haya estado prófugo de la justicia. La prescripción debería correr desde el momento que se haya logrado su aprehensión o reaprehensión, y además haciéndose acreedor a otra sanción, ya sea pecuniaria o privativa de la libertad, por haber evadido la justicia.

Es evidente que el delincuente prófugo no ha pagado sus culpas y por ende no a saldado su deuda con la sociedad.

Pues no es comprensible, que un prófugo de la justicia; que no ha cumplido con la sanción que se le asignó, le esté beneficiando una prescripción en su favor.

Por lo cual es menester que se revise a conciencia este artículo, ya que en algunas de sus hipótesis premian al delincuente y con ello lo invitan a volver a delinquir

Con relación a lo que señala el artículo en comento, en lo que se refiere a la prescripción de la multa, también tiene un carácter eminentemente social, ya que beneficia a los más desposeídos, porque una persona que cuenta con solvencia económica paga inmediatamente la cantidad que el juzgador le fije, estando en posibilidades de recuperar su libertad inmediatamente, por el contrario la persona que carece de recursos económicos y que es condenada a pagar una determinada multa, tiene que esperar a que transcurra el tiempo en su favor; el pago de la multa solo beneficia al Estado a favor de quien se deposita a través de la Tesorería, y muchas veces dicha multa es cuantiosa ya que se cuantifica tomando en cuenta la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de causar el delito tomando en cuenta todos sus ingresos.

El artículo 113 motivo del presente estudio literalmente señala la prescripción de la pena privativa de la libertad y la prescripción de la pena de multa, mientras que la prescripción de la reparación del daño, va implícita en lo que señala el artículo como "las demás sanciones".

En la práctica jurídica el sentenciado en algunos casos permanece mucho tiempo privado de su libertad porque al juzgado, en el cual se lleva su causa, se le olvida notificarle al ofendido de que tiene derecho a reclamar la reparación del daño que le fue causado, por lo cual no empieza a correr el término para la prescripción de la reparación del daño, esto en perjuicio de quien está privado de su libertad, por lo anterior pienso que este artículo debería complementarse.

CONCLUSIONES

I.- En las épocas antigua y clásica, la equidad entraña la idea de que el fin del derecho era el de otorgar igual protección a intereses iguales o semejantes, y que el derecho debía ser el mismo para todos los miembros de la sociedad.

II.- En Roma, el castigo de los delitos privados, iba desde la venganza, la aplicación de la ley de talión, hasta llegar a la fijación de una pena establecida por la ley ya que los delitos privados afectaban la paz pública y el Estado debía reprimirlos independientemente de la voluntad de las víctimas.

III.- En los pueblos de la época prehispánica ya se conocían las penas y los delitos, caracterizándose la pena por su severidad. Había una responsabilidad de toda la familia del ofensor por los daños y perjuicios que éste ocasionara.

IV.- En la actualidad se ha incorporado a las legislaciones penales el principio de la aceptación de la prescribibilidad de las sanciones impuestas por medio de sentencia firme o ejecutoriada.

V.- La voz "prescripción" lo mismo puede significar el medio de adquirir un derecho o librarse de una obligación por el transcurso del tiempo mediante el mandamiento de orden o disposición legal.

VI.- La reparación del daño es un derecho subjetivo del Ministerio Público, para hacer resarcidos de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal

VII.- La pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal.

VIII.- El Código Penal del Distrito Federal de 1929 estableció la innovación importantísima de considerar la reparación del daño como una proporcionalidad entre la víctima y el victimario, Código que fue abrogado por el Código Penal de 1931.

IX.- La reparación puede exigirse como consecuencia de todo obrar ilícito o contra las buenas costumbres que cause daño, a otro siempre que no haya habido culpa o negligencia inexcusable de parte de éste.

X.- El Estado pierde su actividad represiva por el transcurso del tiempo limitándose para perseguir y sancionar los hechos delictuosos, acto que se le conoce como la prescripción.

XI.- El fin primordial de la pena es la realización de la justicia mediante la retribución del delincuente en función del mal causado.

XII.- El derecho penal tiene más que su importancia sancionadora, el deber de asegurar el respeto de los bienes jurídicos.

XIII.- Se sostiene que la prescripción es indispensable porque solo así conserva su valor la justicia criminal.

XIV.- El artículo 113 del Código Penal del Distrito Federal se ocupa de la

prescripción del derecho estatal a ejecutar las sanciones; así como, al inicio del término total necesario para la operación de la prescripción.

XV.- Los plazos para que opere la prescripción son contemplados por el artículo 113 del Código Penal del Distrito Federal de la siguiente manera.

La pena privativa de la libertad = tres años

La pena de multa = en un año.

Las demás sanciones = dos años.

BIBLIOGRAFÍA

- ACERO, Julio. Procedimiento Penal. Editorial Cajica, 6° Edición, Puebla, México. 1976.
- ARILLA Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. Editorial Kratos, S.A. 10° Edición, México. 1986.
- BELING, Ernest. Derecho Procesal Penal. Editorial Labor, Barcelona, España. 1943.
- BORJA Osorno, Guillermo. Derecho Procesal Penal. Editorial Cajica, Puebla, México. 1969.
- BRISEÑO Sierra, Humberto. Derecho Procesal. Editorial Cárdenas, 2° Edición, México. 1975.
- CARNELUTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Editorial Pedagógica Iberiamericana, México, 1994.
- CARRANCÁ y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General (Puesto al día por Carrancá y Rivas, Raúl). Editorial Porrúa, 10° Edición, México. 1986.
- CASTELLANOS Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 31° Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1992.
- COLÍN Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, 10° Edición., México. 1986.
- CUELLO Calon, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I, Editorial Bosh-Casa. 5° Edición. Barcelona, España. 1940.
- GARCIA Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, 1° Edición, México. 1974.
- GONZÁLEZ Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Editorial Porrúa, 9° Edición, México. 1989.
- GONZÁLEZ de la Vega, Francisco. Código Penal Comentado, Editorial Porrúa, 9° Edición, México. 1989.
- GOMEZ Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso, Editorial UNAM, 6° Edición México. 1983.

- JIMÉNEZ Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Editorial Porrúa, 5° Edición, México. 1985.
- MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal (Trad. De Santiago Sentis Velendo y M. Ayerra Redin), Editorial Jurídica Europea=América, 2° Edición, Buenos Aires, Argentina. 1942.
- MÁRQUEZ Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General, Editorial Trillas, México. 1986.
- MEDINA Lima, Ignacio Breve Antología Procesal, Dirección General de Publicaciones, UNAM, 1° Edición, México 1985.
- MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Tomos I y II. (Trad de Ricardo C Nuñez), Cárdenas Editor y Distribuidor, 6° Edición, México. 1957.
- PESSINA, Enrique. Elementos de Derecho Penal (Trad. de Hilario González del Castillo), Madrid, España 1936.
- PORTE Petit Caundaudap, Celestino. Programa de la Parte General de Derecho Penal, Facultad de Derecho, UNAM, 2° Edición, México. 1968.
- RIVERA Silva, Manuel. El Procedimiento Penal, Editorial Porrúa, 10° Edición, México. 1986
- VILLALOBOS, Ignacio Derecho Penal Mexicano. Parte General, Editorial Porrúa, México 1960
- VELA Treviño, Sergio. La Prescripción en Materia Penal, Editorial Trillas, México 1983.

DICCIONARIOS

Colegio de Profesores de Derecho Procesal Penal. Facultad de Derecho de la UNAM. Diccionario Jurídico Temático. Derecho Penal, Vol. IV, Editorial Harla S.A de C.V., México. 1997.

Díaz Barreiro. Diccionario de Derecho Penal Mexicano, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México. 1987

Diccionario Larousse, Editorial Larousse, S.A. de C. V., México. 1997

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917; 92° Edición, Editorial Porrúa, S.A.
- Código Penal del Distrito Federal de 1929, Editorial Porrúa, S.A
- Código Penal del Distrito Federal de 1931, 48° Edición, Editorial Porrúa, S.A.
- Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal de 1931, 42° Edición, Editorial Porrúa, S.A.
- Ley Federal del Trabajo, 6° Edición, Editorial Ediciones Fiscales Isef.
- Jurisprudencia sustentada por la Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Vol. Penal, Segunda Edición, México. 1999.

HEMEROGRAFÍA

- Diario Oficial de Federación del 31 de agosto de 1931.
- Diario Oficial de la Federación del 23 de diciembre de 1985.

JURISMÁTICA

- Jurisconsulta, Jurisprudencias y Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 1999.
- Summae Jurídica, Vol.I, versión II, México. 2001