

306  
203

# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL



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





## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## **AGRADESCO A DIOS**

Por darme la oportunidad de vivir esta vida con gran intensidad y permitirme ayudar y seguir ayudando al prójimo, con la única finalidad de unirnos a tí con amor.

**A MIS PADRES  
MIGUEL y TOMASITA.**

Para Ustedes, que siempre estuvieron dispuestos a dar todo por sus hijos; porque fueron los que me enseñaron el estudio de mis primeras letras a Ustedes por el inmenso apoyo que me dieron para culminar una carrera universitaria, conjuntamente con ABELARDO; porque doy gracias a Dios por tenerlos junto a mí.

## **A MIS HERMANOS**

Por el AMOR que nos une como  
Hermanos y porque hemos compartido  
una vida juntos.

## **AGRADESCO**

A mí Asesor el Lic. Gustavo Manuel  
Auriolés Ladrón de Guevara, por el  
apoyo para la realización de ésta Tesis.

## **CAPITULO I**

INTRODUCCION	1
RESEÑA HISTORICA DE LA PRESCRIPCION	5

## **CAPITULO II**

DEFINICION Y CONCEPTO DE PRESCRIPCION	9
NATURALEZA JURIDICA DE LA PRESCRIPCION	13
TITULARES DE LA DECLARACION EN ORDEN A LA PRESCRIPCION	18

## **CAPITULO III**

SISTEMATICA PARA EL ESTUDIO DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA	27
EL TIEMPO DE LA CONDUCTA	30

## **CAPITULO IV**

LA PRESCRIPCION DE LA ACCION  
PERSECUTORIA, ATENDIENDO A LA  
CLASIFICACION DE LOS DELITOS EN  
ORDEN A LA CONDUCTA

OBSERVACIONES PREVIAS	38
LOS DELITOS DE ACCION	39
LOS DELITOS DE OMISION	46
LOS DELITOS UNISUBSISTENTES	59
LOS DELITOS PLURISUBSISTENTES	61
LOS DELITOS COMPLEJOS	63

## **CAPITULO V**

LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA,  
ATENDIENDO A LA CLASIFICACION EN ORDEN  
AL RESULTADO

OBSERVACIONES PREVIAS	64
LOS DELITOS INSTANTANEOS	65

LOS DELITOS INSTANTANEOS CON EFECTOS PERMANENTES	67
LOS DELITOS PERMANENTES	68
LOS DELITOS DE SIMPLE CONDUCTA O FORMALES	70
LOS DELITOS DE RESULTADO O MATERIALES	72
LOS DELITOS DE LESION	73
LOS DELITOS DE PELIGRO	75

## **CAPITULO VI**

LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA,  
ATENDIENDO A LA CLASIFICACION DE LOS DELITOS  
EN ORDEN AL TIPO

INTRODUCCION	77
CLASIFICACION DE LOS DELITOS EN ORDEN AL TIPO, ATENDIENDO A SU CLASIFICACION METODOLOGICA	78

ATENDIENDO AL ALCANCE Y SENTIDO DE  
LA TUTELA PENAL 91

CLASIFICACION DE LOS DELITOS EN ORDEN AL TIPO,  
ATENDIENDO A LA UNIDAD O PLURALIDAD DE BIENES  
TUTELADOS 96

## **CAPITULO VII**

LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA,  
EN LOS CASOS CONSIDERADOS COMO FORMAS  
ESPECIALES DE APARICION DEL DELITO

INTRODUCCION 98

LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA  
EN LOS CASOS DE TENTATIVA PUNIBLE 99

LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA  
EN LOS CASOS DE DELITOS CONTINUADOS 105

# CAPITULO I

## I.- INTRODUCCION

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.

Esta situación de autolimitación que el Estado se impone puede parecer, en alguna forma, como implicativa de una parcial renuncia a la consecución de los fines que son propios del Derecho Penal y hasta contradictoria con la idea de que toda agrupación social requiere del conjunto de normas que rijan el funcionamiento de los órganos estatales y permitan una absoluta claridad en las relaciones entre los individuos y los órganos colectivos; se ha dicho que si los hombres fueran siempre respetuosos de las normas de convivencia, sería innecesario el Derecho Penal; pero también se afirma que esto no es sino una más entre las últimas utopías que en diferentes épocas se han manejado, porque los seres humanos somos constantes transgresores del orden jurídico establecido y ello hace que, hasta la actual etapa del desarrollo histórico de la humanidad, el Derecho Penal sea imprescindible elemento para regular la vida

social. Es por esta necesidad, derivada de la propia naturaleza humana, que el Estado detenta el "ius puniendi", con que quiere y pretende alcanzar sus fines últimos, son estos, la aplicación de las medidas adecuadas para eliminar la peligrosidad social de ciertos individuos y garantizar la Paz pública para permitir el desarrollo social armónico.

No pretendemos buscar en este trabajo el fundamento filosófico del derecho, discutible o no, que el Estado tiene para perseguir al delito y a los delincuentes y, en su caso, para imponer las sanciones y medidas de seguridad que corresponden., Basta decir que, a pesar de los impugnadores de la legitimidad del "ius puniendi", puede válidamente sostenerse que hasta la fecha no existe sociedad alguna que pueda vivir olvidando que el Derecho Penal es el instrumento que garantiza la seguridad pública mediante el ejercicio del derecho a perseguir y sancionar al delincuente.

No obstante lo anterior, que resulta tan obvio, el propio Estado, soberano como lo es, se impone limitaciones que lo obligan a no perseguir y no sancionar, como antes se apuntaba. Nada hay, aparentemente, que justifique esa autolimitación, pero es indudable que ella existe y que en cierta medida equivale a un incumplimiento por parte del Estado de la obligación básica que tiene de restituir el orden jurídico que el hecho delictuoso haya alterado; en efecto, si por las limitaciones a que nos referimos, en algunos casos no es posible legalmente la persecución de los hechos con apariencia de delito, siempre quedará sin resolverse la naturaleza que, como delictuoso o no delictuosos, pudiera corresponderles merced a la sentencia

definitiva que pronunciaran como conclusión de un procedimiento penal los tribunales competentes; en igual forma si se haya pronunciado una sentencia definitiva que califica al hecho y a su autor respectivamente como delito y delincuente, hay casos en los que las limitaciones que nos ocupan impiden la ejecución de las consecuencias que la ley asocia para el delito y el responsable de él, lo que impide que se lleve adelante la resocialización y readaptación del autor, así como que se restablezca en toda su posibilidad el orden jurídico alterado.

El fenómeno de la autolimitación que el Estado se impone corresponde a la evolución misma del Derecho y en especial del Derecho Penal.

En la antigüedad los pueblos calificados como primitivos, no habían asimilado el fenómeno tan especial de la prescripción; según ellos, no hay tiempo que borre una injuria y toda injuria debe ser motivo de una sanción.

Estamos mencionando ya una de las formas de la autolimitación que el Estado se impone para perseguir y sancionar a los delincuentes, esto es, la prescripción. Ella va a ser motivo del presente trabajo, pero es conveniente precisar, desde luego, que no es la prescripción la forma exclusiva en que el Estado se limita. Existen en el actual Código Penal otras figuras diversas, enunciadas en el Título Quinto del libro Primero y que se refieren tanto a limitaciones para la persecución cuanto para la ejecución de las sanciones que se hayan impuesto y que son las siguientes: la muerte de el delincuente, la amnistía, el perdón, el indulto, la rehabilitación y la propia prescripción.

Puede hacerse un estudio de cada una de las diversas formas que la ley consigna para producir el mismo efecto; la extinción de la posibilidad de perseguir al delito y al delincuente o hacer efectiva la sanción impuesta; sin embargo, ello no es motivo central de este trabajo que ha sido desarrollado pensando solamente en una de dichas formas, que es la prescripción, y muy en especial en la prescripción de la acción persecutoria. En consecuencia, basta por el momento reiterar que en la prescripción y en todos los otros casos enunciados se está ante la presencia de casos en los que el Estado, por medio y a través del Derecho Penal, se impone la autolimitación de perseguir hechos aparentemente delictuosos y a sus respectivos autores, o se limita también en la ejecución de las consecuencias que debieron derivarse de la declaración cierta, hecha por la autoridad judicial, de que un hecho determinado es constitutivo de delito y un individuo, igualmente determinado, es responsable ante la ley y la sociedad por la comisión de ese delito.

A continuación, se hará referencia especialmente a la prescripción de la acción persecutoria, misma que trataremos de hacer comprensible en todos sus alcances y con las variantes que puedan presentarse.

## 2.- RESEÑA HISTORICA DE LA PRESCRIPCION

Existe la idea generalizada en el sentido de que el origen de la figura de la prescripción en el Derecho Penal se encuentre en la llamada "lex Iulia de adulteriis", que data del tiempo de Augusto en Roma, hacia el año 18 a.C. La verdad es que, como lo afirman entre otros autores Vera Barros, Cuello Calón y Pessina,<sup>1</sup> efectivamente, la primera construcción sistematizada que nos es conocida acerca de la 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.

Parece indiscutible que los Griegos de la época de Demóstenes conocían el fenómeno de la prescripción, aún cuando nosotros ignoremos los alcances que le atribuían y las características que le eran propias.

Dice Manzini que para él la hipótesis más aceptable, en cuanto a la prescripción ya institucionalizándose, es la que considera que fue la reacción contra los procedimientos excesivamente prolijos; 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 ideas son de Mommsen y compartidas por Manzini.<sup>2</sup>

' Analógicamente fueron siendo incluidos determinados delitos en las reglas de la prescripción, aún cuando se afirma que durante los tres siguientes siglos a la promulgación de las "leges juliae" en realidad nada se legisló sobre esta materia. Es hasta la época de Diocleciano y Maximiliano (entre 302 y 294 A.C.) que se admite la prescripción de la perseguibilidad de los delitos, con ciertas excepciones. Estas son en primer término, las que se refieren a términos de prescripción de cinco años, con base en la "lex lulia" y otras relativas a delitos imprescriptibles, como el parricidio. En esta época, la regla establecía un término de prescripción de veinte años.<sup>3</sup>

Hay una circunstancia digna de ser destacada en este período al que venimos refiriéndonos; todas las referencias a la prescripción son en relación para perseguir al autor de un hecho determinado; no hay mención alguna a la posible prescripción de la pena ya impuesta.

En este rápido recorrido de la historia y desarrollo de la prescripción llegamos ahora a la etapa de predominio en toda Europa del Derecho canónico. 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 acepto, al igual que lo había hecho antes el Derecho de los romanos, la prescripción de las sanciones impuestas, aún cuando sí lo hacía respecto de la acción para perseguir los delitos. Dice Schiappoli que el principio general

era fijar un término de veinte años para que operara 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 para la prescripción de la acción persecutoria pudiera haberse considerado como el máximo, salvo los casos de imprescriptibilidad, idea que se 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 a las violaciones de los mandamientos sexto y séptimo y diez años para los delitos de simonía u homicidio<sup>4</sup>.

En términos generales, puede decirse que todas las legislaciones penales de la edad media que aceptaron la influencia decisiva del Derecho Romano, incluyeron algunas disposiciones relativas a la prescripción de la acción persecutoria.

En México, el Presidente Benito Juárez dirigió para su publicación el Decreto por el que se instituía el Código Penal que luego sería conocido con el nombre del presidente de la Comisión Redactora, en el año de 1871. Este Código llamado de Martínez de Castro, recogía 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 como 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

y la alarma que el delito producen se disipan por el simple paso 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 límite, se pudiera llegar a la declaración de prescripción, a lo que tenía que agregarse como razón adicional, un sentimiento piadoso hacia el infractor, quien durante un tiempo había visto sobre sí la constante amenaza de ser encarcelado<sup>5</sup>.

- 1.- Véase del primero de los citados, la Prescripción Penal en el Código Penal, Editorial Bibliográfica Argentina, 1960, página 6, nota 35; de Cuello Calón, Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Bosch, Barcelona, Edición de 1968, página 726 y de Pessina, Elementos del Derecho Penal, Editorial Reus Madrid, 1936, página 695, nota 1.
- 2.- Tratado de derecho Penal, Tomo I, Teorías generales, Volúmen II, Bajo el rubro "Renuncia del Estado a la Potestad de castigo", Edición de Ediar, Buenos Aires, 1950, página 138, y siguientes.
- 3.- Se cita a E. Volterra (intorno alla prescrizione dei reati in diritto penale romano) y a G. F. Folchi (Diritto penale romano) en este sentido.
- 4.- Véase en este sentido la nota 47, página 7 de la obra de Vera Barros, y el criterio coincidente de Pessina, obra citada, página 696.
- 5.- Extracto de la Exposición de Motivos del Código Penal de 1871, según Edición de 1891 de Librerías la Ilustración, Veracruz y Puebla, páginas 29 y 30.

## CAPITULO II

### I.- DEFINICION Y CONCEPTO DE PRESCRIPCION

Si pretendemos definir a la prescripción, tenemos que fijar, con la máxima claridad posible, la significación de la palabra, dando al mismo tiempo el conjunto de características que la identifican.

En primer término, es factible señalar que se puede encontrar en algunas normas el empleo del vocablo con una significación ajena a la que se refiere al fenómeno que aparece por el transcurso del tiempo. En estos casos prescribir y prescripción se utilizan como sinónimos de preceptuar, ordenar o determinar una cosa, por una parte, o de preceptuación, ordenación o determinación de algo, por la otra. Tenemos como ejemplo de esta situación el contenido del artículo 15 del Código Civil que dice:

Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se registrarán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito o de los territorios Federales quedan en libertad para sujetarse a las formas prescrita por este Código, cuando el acto haya de tener ejecución en las mencioandas demarcaciones.

Obviamente, en este caso no hay relación alguna entre el fenómeno de la prescripción por el transcurso del tiempo y el acatamiento a lo prescrito 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"<sup>6</sup>.

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

## **CONCEPTO DE PRESCRIPCION**

Procedamos a dar el concepto de prescripción penal. La idea concebida conforme a nuestro entendimiento tiene que encontrar su fundamento en la definición antes dada y la congruencia que tenga el fenómeno de la prescripción con el conjunto de normas que la rigen. Esto lo mencionamos 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.

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

Atendiendo al concepto dado, es menester consignar el conjunto de elementos que lo integran y le dan, al mismo tiempo, el contenido sustancial que le es propio.

Los elementos en cuestión serán tratados en incisos separados a continuación.

## **I.- AUTOLIMITACION DEL ESTADO**

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

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.

## **2.- FINALIDADES DE LA AUTOLIMITACION**

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

### **AUTOLIMITACION PARA PERSEGUIR HECHOS**

El artículo 21 de la constitución dice que "la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial". La acción penal nace como consecuencia de la realización de un hecho que reúne las apariencias de un delito, calificado así "a priori"; de la actividad que desarrolle el Ministerio Público respecto de ese hecho con la apariencia de ser delictuoso, resultará la intervención del único órgano estatal facultado para dar una calificación certera y legal del hecho, en cuanto a que sea o no constitutivo de delito, órgano que lo es el jurisdiccional.

Siguiendo esta orden de ideas es que consideramos que la prescripción implica, en este caso particular que nos ocupa en el presente inciso, una limitación que el Estado se ha impuesto para perseguir los hechos que tienen la apariencia de ser delictuosos, privándose así de la posibilidad de obtener por medio de los Tribunales la calificación que, con verdad legal, pudiera corresponderles mediante la actividad jurisdiccional que culmina en una sentencia que resuelve en definitiva si el hecho era o no constitutivo de delito.

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

Para realizar el análisis subsecuente que nos permitirá una toma de posiciones en esta cuestión, es necesario que veamos en incisos separados las tesis más frecuentemente sostenidas, así como los puntos que les sirven de apoyo.

### **a) TEORIA DE LA PRESCRIPCION 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, es decir atendiendo al "ius puniendi", toda limitación para el ejercicio del derecho propio es algo que está directamente relacionado con el Derecho Penal o con el Derecho Penal Material.

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<sup>7</sup>. Ese derecho indiscutido puede presentarse, en cuanto a su ejercicio, en las dos formas mencionadas: persiguiendo la declaración de delito y de delincuente mediante el ejercicio de la acción penal, o ejecutando las sanciones impuestas al delincuente ya calificado como tal. Siguiendo esta idea, dice Vera Barros que "se sostiene que la prescripción es un instituto de derecho material, porque lo que caduca con el transcurso del tiempo, es la pretensión punitiva del Estado: su derecho a castigar en el caso concreto"<sup>8</sup>.

Lo que se pierde por parte de Estado en estos casos, por razón del simple transcurso del tiempo, es el derecho mismo de perseguir y en su caso ejecutar la sanción. En efecto, si no puede el Estado por razón de la prescripción buscar la calificación legal de un hecho concreto y tampoco puede ejecutar en la persona del delincuente la sanción impuesta, que surge posfacto, en estricta realidad se está haciendo desaparecer por el fenómeno jurídico de la Prescripción, la nota esencial del Derecho Penal, que se refiere a ser finalista.

Puede decirse, siguiendo en ello ideas de Jiménez de Asúa que la finalidad Derecho Penal en uno de sus caracteres fundamentales, tal como fue expuesto por Vos Liszt, cuando dijo 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 Penal"<sup>9</sup>. 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 sosten, ya que ciertamente se verá imposibilitado el Estado de restituir el orden jurídico violado por el hecho, cuya perseguibilidad ha prescrito, con lo que el fin de defensa de los bienes jurídicos no podrá alcanzarse, o bien, se verá igualmente impedido, de obtener en la persona del delincuente, el fin mismo de la pena o sanción, sea ésta ininteligible 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.

La síntesis de lo que llevamos expuesto en este apartado se puede plantear en la forma siguiente: si la prescripción implica una limitación a la facultad del Estado para perseguir los hechos con apariencia de delitos y ejecutar las sanciones legalmente impuestas, afecta, en realidad, al "ius puniendi" y como consecuencia es un fenómeno propio del Derecho Penal Material<sup>10</sup>.

## **b) TEORIA DE LA PRESCRIPCION COMO INSTITUTO DEL DERECHO PROCESAL PENAL**

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

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."<sup>11</sup> 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 incoacción del proceso penal; la segunda, se dará en todos aquellos casos en los que la firme sentencia condenatoria no pueda ser ejecutada dentro de un determinado plazo (por ejemplo por la fuga del condenado). Ambas especies de prescripción se presentan, pues, como impedimentos procesales.<sup>12"</sup>

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 resuelve por el principio de la especialidad, pero en todo caso y momento con normas sustanciales con repercusión en lo procesal.

### **c) TEORIA MIXTA QUE CONSIDERA A LA PRESCRIPCION COMO INSTITUTO DEL DERECHO PROCESAL PENAL Y DE DERECHO 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, bien porque el transcurso del tiempo excluye la posibilidad de ejecutar la pena impuesta por sentencia firme<sup>13</sup>.

Establecida la distinción en la forma anterior, agrega en 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.<sup>14</sup>

### **3.- TITULARES DE LA DECLARACION EN ORDEN A LA PRESCRIPCION**

La prescripción funciona en razón del tiempo transcurrido, y sus efectos se producen de oficio, aún cuando, como dice la ley, no sea invocada o alegada como excepción por parte del acusado.

Como todo fenómeno jurídico que está relacionado con el delito, la prescripción es una en la ley y otra 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. Mientras no se haya hecho la declaración correspondiente, por parte de quien o quienes tengan la facultad para hacerla, puede decirse que existe una expectativa de prescripción, más o menos fundada, pero sujeta siempre a la resolución que al respecto se pronuncie. Hasta que llega el momento de la declaración y ésta queda firmemente establecida, es cuando puede decirse que ha operado la prescripción.

Lo anterior nos lleva a la necesidad de determinar a los titulares de la declaración necesaria para que la prescripción funcione, lo que vamos a proceder a realizar, entendiendo que nuestras afirmaciones se refieren al sistema penal mexicano y, particularmente, a la legislación común para el Distrito Federal.

La acción penal o acción persecutoria es uno de los conceptos fundamentales en materia de procedimiento penal; sin embargo, es también uno de los más controvertidos y polemizados en la doctrina. No es nuestra intención abordar los múltiples problemas que el concepto de acción penal nos plantea; sólo deseamos dejar establecidas dos cuestiones por su relación estrecha con el tema de la prescripción: la primera, es que entendemos que la acción penal, es un monopolio que nuestra constitución ha puesto en manos del Ministerio Público, salvo discutibles casos de excepción que pudieran plantearse en relación con responsabilidades oficiales; y la segunda, es que sin acción penal ejercitada por su titular monopolístico, los tribunales penales, encargados de administrar justicia penal en los casos concretos, no tienen posibilidad alguna de llevar a efecto su función jurisdiccional.

La fijación de estas cuestiones, que no implica en forma alguna toma de posiciones a nivel doctrinario, sino aceptación de una situación clara desde el punto de vista de nuestro sistema penal, nos permite abordar el tema de la titularidad de la declaración de prescripción de la acción penal, haciendo una discriminación en cuanto a la vida de la acción, es decir, plantear la posible titularidad atendiendo a que la acción persecutoria aún no haya sido ejercitada o considerando que ya se realizó el acto que implica el ejercicio de la propia acción persecutoria.

Ahora bien, si reconocemos que el titular monopolístico de la acción penal lo es el Ministerio Público y que a él mismo

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

Con lo anterior, queremos significar que durante la llamada etapa de investigación, o de averiguación previa, cuando aún no se ha ejercitado la acción penal, el Ministerio Público es el titular del derecho para declarar la prescripción de la acción persecutoria, sin violar ningún derecho, ley o principio.<sup>15</sup>

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

Durante toda esa etapa del procedimiento en que el Ministerio Público es la autoridad que investiga y persigue los hechos aparentemente delictuosos, no existe intervención de autoridad diferente, y los medios para controlar la propia actividad del Ministerio Público no rebasan, sino por excepción, su esfera interna; es poco por ejemplo, lo que una autoridad judicial puede

hacer ante al Ministerio Público, si no se ha ejercitado la acción penal; ahora bien, entre las razones por las que la acción persecutoria puede dejar de ejercitarse está, justamente la prescripción.

Si se quiere encontrar un fundamento normativo expreso para esta facultad de determinación, puede decirse que en materia federal el artículo 137 fracción IV del Código correspondiente consigna que:

El Ministerio Público no ejercitará la acción penal...IV, cuando esté extinguida legalmente; y ya sabemos que entre las causas de extinción legalmente establecidas tenemos precisamente, a la prescripción. Con esto puede comprobarse la titularidad en cuestión, referida a la materia federal. por lo que hace al ordenamiento común, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en su artículo 1o. fracción IV, indica que es facultad del Ministerio Público ejercitar la acción penal cuando proceda y, que ha ésta afirmación de la ley, tenemos que asociar, por razón natural, la facultad de abstenerse de tal ejercicio de la acción penal, cuando ella no proceda; entre las causas que hacen que no proceda el ejercicio de la acción penal está la prescripción.

Queremos dejar asentado nuestro criterio en cuanto a que esta facultad que consideramos es propia en titularidad del Ministerio Público, no implica una violación a la esfera de facultades del órgano jurisdiccional en cuanto se refiere a la calificación de los hechos como delictuosos. Desde nuestro

punto de vista, sólo los jueces pueden resolver en cuanto si un hecho es o no delictuoso y su o sus autores responsables. La prescripción de la acción persecutoria, que es lo que tratamos, nada resuelve en orden a lo delictuoso o no delictuoso de los hechos; simplemente impide la calificación de ellos en orden al delito. Esto tiene importancia, creemos, por los casos que pueden presentarse en los que ante una declaración de prescripción de la acción persucotoria, se piense en la imposibilidad de obtener una calificación de los hechos en orden a su ilicitud. La existencia de un impedimento (prescripción), para lograr la declaración de existencia de delito y de delincuente, sólo tiene significación en la materia penal.

Una vez que el Ministerio Público ha actuado ante los jueces, ejercitando la acción penal y abriendo con ello la actividad jurisdiccional, y al convertirse en una parte en el procedimiento penal, deja ya de tener la facultad que antes le era propia y ella pasa en exclusividad a los jueces. Esto está perfectamente definido en nuestras leyes sobre prescripción, como es visible en el artículo 101 del Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal.

Este artículo en su párrafo segundo dice:

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

Por otra parte, los propios Códigos procesales regulan la materia de

la prescripción de la acción, cuando el Ministerio Público ya ha acudido ante el órgano jurisdiccional. Esto lo vemos en los artículos 6 y 8 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que dicen, respectivamente:

El Ministerio Público pedirá al juez la aplicación de la sanción correspondiente al caso concreto de que se trate o la libertad del procesado, sea porque el delito no haya existido, sea porque existiendo, no sea imputable al procesado, o porque existe en su favor de éste algunas de las circunstancias excluyentes de responsabilidad a que se refiere el Capítulo IV, Título I, Libro Primero del Código Penal, o en los casos de amnistía, prescripción y perdón o consentimiento del ofendido.

En éstos casos particulares, el Agente del ministerio Publico, solicitará dichas cuestiones (la aplicación de la sanción o la libertad del procesado) al juzgador, en las siguientes etapas del procesado:

1.- La aplicación de la sanción. En la etapa de juicio, presentará sus conclusiones acusatorias, en las que, después de hacer resumen de los hechos que aparezcan comprobados en el proceso, fijará con precisión las disposiciones penales que, a su juicio, sean aplicables. (artículo 7 del Código de Procedimientos Penales).

2.- La libertad del procesado. En cualquier etapa del proceso; toda vez que el artículo 8 del Código de Procedimientos Penales dice:

En el segundo caso del artículo 6, el Agente del Ministerio Público presentará al juez de los autos su promoción, en la que expresará los hechos y preceptos de derecho en que se funda para pedir la libertad del procesado.

Es clara en estos preceptos la posición que la Ley señala para el Ministerio Público; es un peticionario o promotor; pero en todo caso, ésta supeditada su valoración de los hechos a la decisión de los jueces sobre el punto particular.

Desde nuestro punto de vista, la facultad de los jueces para resolver en cuanto se refiere a la prescripción de la acción persecutoria, cubra la etapa que se inicia a partir del conocimiento que el juez tiene de los hechos, al recibir la consignación que hace el Ministerio Público, y culmina cuando cesa la jurisdicción del propio órgano encargado de administrar justicia, al dictarse la sentencia definitiva.

La prescripción nos dice la ley (artículo 101 del Código Penal), funciona de oficio y los jueces pueden hacerla valer en cuanto tengan conocimiento de ella; esto significa que en el momento mismo en el que por cualquier medio de convicción, el juez se percate de que ha corrido el término necesario para la prescripción, en el caso particular que esté conociendo, debe decretar los efectos extintivos de ella, sin someterse a formalidad alguna ni ha tramitación especial, ya que su obligación no está sujeta a promoción de parte interesada, aún cuando, como es natural, pueda ser algún interesado procesal quien haga notar la existencia de la prescripción en el caso a estudio o la invoque como excepción.

Obviamente lo anterior está referido al juez natural o de primera instancia; pero también, en el Tribunal de Alzada puede resolver, al conocer y tramitar cualquier recurso del que la haya sobrevenido la jurisdicción necesaria y, por último, las autoridades judiciales Federales, conociendo de Amparos directos o indirectos, igualmente puedan ser titulares de la facultad que venimos tratando; ésto con fundamento en los artículos 14 párrafo segundo, en relación con el 103 inciso I, el 107 inciso III, letra a, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el 101 del Código Penal.

Si pretendemos reducir la cuestión, se puede decir que donde la Ley (artículo 101) se refiere a los jueces, está queriendo significar la más amplia acepción posible, que dicho a la manera de Manzini es el "sujeto preeminente de la relación procesal penal, representante monocrático o colegial del órgano jurisdiccional del Estado, encargado de ejercer la función soberana de jurisdicción en un determinado proceso penal<sup>16</sup>".

En razón de lo que exponemos en el párrafo anterior es necesario aclarar que el artículo 443 fracción II del Código de Procedimientos Penales, dice que son sentencias irrevocables y por tanto causan ejecutoria las que se dicten en segunda instancia. Esto no es totalmente cierto puesto que las sentencias de segunda instancia permiten el planteamiento del Juicio de Amparo conforme a los artículos 103 y 107 de la Constitución, lo que quiere decir que una sentencia de segunda instancia y las cuestiones que en ella se hayan tratado y resuelto, pueden ser modificadas en el juicio Constitucional.

Cuando decimos que ésto no es totalmente cierto, es porque en algunos casos, las sentencias de segunda instancia sí causan ejecutoria, por ejemplo; cuando en un Amparo Indirecto (artículo 103 Constitucional) el Juez de Distrito, al sobrevenirle la Jurisdicción necesaria, resuelve que la Ley o el acto de autoridad violó, en el caso concreto de que se trate, las garantías individuales del Quejoso.

En éste caso, el Amparo funciona como un recurso y, la sentencia que se dicte, causa ejecutoria, ya porque se haya consentido expresamente, o porque haya expirado el término que la ley fija para interponer algún recurso, y este no se haya interpuesto.

Así también, no es cierto que las sentencias de segunda instancia causen ejecutoria, toda vez que las mismas permiten el planteamiento del Juicio de Amparo, establecido en el artículo 107 de la Constitución.

- 6.- Ernesto Gutiérrez y González, Derecho de las Obligaciones, Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, México, Quinta Edición, 1974, página 798.
- 7.- Luis Jiménez de Asúa, Tratado, Tomo II, página 14.
- 8.- Obra citada, página 39.
- 9.- Véase de Franz Von Liszt, su Tratado, Vol. II, página 5. Las ideas de Jiménez de Asúa aparecen en el Tomo I, página 321, y siguientes del tratado.
- 10.- Así lo expresa claramente Vera Barros (obra citada, página 43) diciendo: "Si la prescripción tiene por efecto impedir que se produzca el castigo, no puede obedecer a otra cosa que a la extinción del derecho a castigar que tiene el Estado".
- 11.- Hans Welzel, Derecho Penal, Parte General, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, página 257.
- 12.- Reinhart Maurach, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Ediciones Ariel, 1962, página 624.
- 13.- Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949, página 403.
- 14.- Obra citada, páginas 403 y 404.
- 15.- Es un principio reconocido en nuestro sistema penal, aún cuando no plenamente aceptado, que el Ministerio Público en su actividad de ejercitar o no la acción penal no tiene sino medio de control interno, porque no se admite amparo contra él en este particular momento. (Véase la obra de García Ramírez, Curso de Derecho Procesal Penal, las páginas 172 y siguientes).
- 16.- Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II, página 11, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.

## CAPITULO III

### SISTEMATICA PARA EL ESTUDIO DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA.

El Derecho se desarrolla entre dos extremos, que son el hecho que le da vida y movimiento y la sanción que al cumplirse agota en su última instancia los fines del derecho punitivo; sin hecho que sea interesante toda la maquinaria de que el Estado dispone para saber lo que es y lo que no es un delito, ni siquiera altera su inmovilidad; sin sanción para quien sea considerado como delincuente, daría la impresión de un Derecho Penal mutilado o inconcluso.

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

En este orden de ideas y siguiendo un razonamiento lógico, es necesario aceptar, que para saber si existe o no un delito y, en cada caso obtener de la conclusión a que se llegue, las consecuencias que la ley ha señalado, se requiere antes que nada, que en el mundo de la realidad haya ocurrido algo que

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

El delito, dada las diversas acepciones que recibe la palabra que lo connota, ha sido entendido en dos grandes campos: en el Derecho Positivo y en el teórico del Derecho Penal. En el primer caso, cuando un Código Penal, como el Mexicano, nos da una definición formal-delito es el acto u omisión que sancionan las

leyes penales (artículo 7), se está haciendo referencia a una concepción en sentido lato, por otra parte; a nivel doctrinario, la definición de delito, es la de una conducta típica, antijurídica, imputable, culpable, punible, con condiciones objetivas de punibilidad; lo que ahora interesa, desde nuestro punto de vista, es la definición lata del delito, porque en ella se reúnen los dos aspectos esenciales para el tratamiento sistemático de la prescripción de la acción persecutoria, es decir, la existencia de un hecho que se manifiesta bajo la forma de una conducta típica.

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

## 2.- EL TIEMPO DE LA CONDUCTA

Antes de proceder al desarrollo sistemático de las cuestiones relativas a prescripción de la acción persecutoria, vamos a abordar el importante tema relativo al tiempo de la conducta, o lo que es igual, fijar una posición doctrinaria y de interpretación de textos legales, para saber como se ha valorado el momento en que la conducta se manifiesta en el mundo exterior. Esta fijación de posición, es determinante para la congruencia del tema de la prescripción de la acción persecutoria en todas las variantes en que pueda presentarse, ya que es precisamente el tiempo el que hace funcionar el fenómeno de la prescripción y ello obliga a que se conozca, con anticipación, el criterio que servirá de base para el estudio de los casos en particular, sobre todo, atendiendo a que la doctrina no está unificada a este respecto.

Apunta Pavón Vasconcelos que las cuestiones relativas al tiempo de comisión del delito, son importantes en la solución de los problemas respecto a la aplicación o no aplicación de la ley vigente, a la fundamentación de la antijuridicidad, imputabilidad o culpabilidad en su caso y "para esclarecer si ha operado o no la prescripción de la acción penal.<sup>18"</sup> Obviamente, para efectos de este estudio, interesa sólo la tercera de las cuestiones a las que se refiere el citado autor, ya que estamos ocupándonos de un hecho concreto de prescripción de la acción persecutoria, que nace de una conducta manifestada, y no de estudios relativos a la teoría del delito o de la ley penal. Para nuestro trabajo, hay que partir de la base de que se ha manifestado una conducta que

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

A continuación haremos referencia a las principales teorías existentes para la determinación del tiempo de la conducta, para poder fijar la que, desde nuestro punto de vista, acepta la ley penal mexicana.

#### **a) TEORIA DE LA ACTIVIDAD**

Dice Mezger que la teoría que se ha llamado de la actividad, encuentra su fundamento en el reconocimiento del principio "nulla poena sine lege", para la aplicación de las normas relativas a la determinación del tiempo de la acción. Es de esencial importancia para ese efecto, buscar la conexión que pueda establecerse entre la punibilidad de una conducta determinada, y aquello que es médula y núcleo de total acción<sup>19</sup>. Esta conexión solamente puede darse tomando como punto de partida, la actividad del sujeto, autor de la conducta.

De acuerdo con esta teoría, la conducta queda perfeccionada para el inicio del curso de la prescripción, a partir del momento en que se realiza la actividad del sujeto agente de ella; porque a parte del momento en que se realizó tal conducta, quedó satisfecho el hecho de obrar de manera contraria a la ley, prevista por el legislador en el tipo correspondiente.

Esta teoría que mencionamos, no ha encontrado plena aceptación, sobre todo en la práctica, porque presenta la dificultad resultante de que los delitos pueden cometerse tanto mediante una acción cuanto de una omisión, y atinadamente observa Pavón Vasconcelos, de acuerdo con ello con Mezger, que "como la omisión sólo se fundamenta de modo extremo y con relación al deber contenido en la norma, la acción esperada y exigida es determinante en los problemas de lugar y tiempo de la omisión. De ahí que la omisión deba entenderse cometida en todos los lugares y momentos donde el sujeto hubiera debido desplegar una conducta activa, siendo indiferente el lugar de residencia, salvo que la ley lo exija.<sup>20"</sup>

## **b) TEORIA DEL RESULTADO**

Quando se ocupa Porte Petit de estudiar las cuestiones relativas al tiempo y lugar del delito, se refiere a la llamada teoría del resultado y dice que es la que "considera como cometido el delito precisamente en el momento de producción del resultado, y no en el que se lleva a cabo la actividad o movimiento corporal.<sup>21"</sup>

Esta teoría que tiene en la actualidad pocos adeptos<sup>22</sup>, deja sin resolver un número elevado de casos, ante la imposibilidad de precisar el momento de producción del resultado, siendo útil solamente tratándose de aquellos delitos que producen un resultado material. Como apunta acertadamente Pavón Vasconcelos la teoría del resultado "es inobjetable tratándose de los delitos materiales que por su estructura, requieren una

mutación en el mundo externo al sujeto, es decir, de un resultado, pues mientras éste no se produzca, la simple actividad no consume el delito. A pesar de ello, la teoría resulta inadecuada tratándose de los delitos de simple conducta, en la cual, el proceso ejecutivo, exige actividad en uno o varios actos, pero también la no realización del evento (resultado) por causas ajenas a la voluntad del sujeto.<sup>23"</sup>

### **c) TEORIA UNITARIA O DE LA UBICUIDAD**

Esta teoría, que se ha denominado en las formas expuestas y además como de conjunto o mixta, pretende "resolver la cuestión afirmando que el delito se comete tanto en el lugar y tiempo en los cuáles ha tenido verificativo la actividad, sea en forma total o parcial, como en los que se produce el resultado. Con ello se intentan resolver todos los problemas derivados del tiempo y lugar de comisión del delito, tales como ley aplicable, competencia jurisdiccional, prescripción, etc., atendiendo en ocasiones no al total desarrollo de las características típicas del hecho, sino a una o varias de ellas, posición seguida en Alemania, entre otros, por Binding y V. Hippel.<sup>24"</sup>

La teoría que llamaremos unitaria, está fundada en las diversas formas que pueda presentar la conducta que produce el hecho relevante; por una parte, toma en consideración la actividad desarrollada por el sujeto autor de una conducta, sea en forma total o parcial, con lo cual se cubren los casos de los delitos

consumados y de aquellos otros que se manifiestan en forma de tentativa punible; por actividad, no se entiende exclusivamente la actividad corporal que es característico de los delitos en los que la conducta se manifiesta en forma activa, sino también la inactividad voluntaria, que es parte integrante de la omisión punible; por otra parte, se valora igualmente el momento de producción del resultado, con lo que se abarcan los delitos de transformación material del mundo exterior, pero ampliando el concepto de resultado más allá de lo puramente material, se aceptan los resultados jurídicos, en los que la modificación, no adopta la forma material, sino que se refiere al mundo jurídico, con lo que quedan incluidos los delitos materiales y aquellos que son de mera conducta.

Bajo esta idea y dentro del campo específico de la prescripción y en relación directa con el curso del tiempo necesario para la operancia del fenómeno prescriptorio, una acción para perseguir un hecho determinado, puede prescribir según sea la forma especialmente adoptada por la conducta de que se trate, sin sujeción estricta a la consumación o agotamiento de la conducta típica o a la producción del resultado también típico.

La teoría unitaria a la que hemos venido refiriéndonos, toma como punto de partida para su planteamiento que la conducta, para efectos del delito, está integrada por tres elementos, que son: la manifestación de la voluntad, el resultado sobrevenido y la relación de causalidad necesariamente existente entre ellos. Sólo de la conjunción de estos tres elementos puede obtenerse la satisfacción de una conducta.

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

## **POSICION DE LA LEY MEXICANA**

El fenómeno de la prescripción de la acción persecutoria, en cuanto se refiere al tiempo a partir del cual se inicia el curso del lapso necesario para su operancia extintiva, aparece tratado en el artículo 102 del Código Penal para el Distrito Federal.

Dice el Artículo citado:

Los plazos para la prescripción de la acción penal serán continuos; en ellos se considerará el delito con sus modalidades, y se contarán:

- I.- A partir del momento en que se consumó el delito, si fuere instantáneo;
- II.- A partir del día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, si el delito fuere en grado de tentativa;
- III.- Desde el día en que se realizó la última conducta, tratándose de delitos continuados; y
- IV.- Desde la cesación de la consumación en el delito permanente.

Con vista a este precepto, procedamos a fijar lo que conforme a nuestro criterio, corresponde a la afiliación doctrinaria del Código Mexicano en esta cuestión que venimos tratando.

Lo primero que es necesario destacar, es que en el artículo 102 se establece una separación entre las formas de presentación de la conducta, que va a ser motivo de persecución por parte del Estado, al mencionar los casos de los delitos consumados y aquellos que solamente adoptan la forma de la tentativa punible, que por sus propias características, no llegan a la perfecta consumación y agotamiento. Esto último tiene importancia en la ubicación doctrinaria, porque nos da la pauta para entender el concepto penalístico de resultado que acepta nuestra ley.

En función de lo anterior, existiendo en la tentativa un resultado, no es posible entender éste sino en la forma más amplia, como afectación a un interés jurídicamente tutelado por la norma, que lo mismo puede presentarse por una alteración material en los delitos perfectos, en los que la conducta se agota y consume, que en la simple puesta en peligro, cuando aparece la figura de la tentativa punible. Esta idea, junto con otras que se irán exponiendo, permite sostener que nuestra ley no se afilia a una teoría basada en la actividad, ya que la total acción (conducta) que le sirve de apoyo, queda desconectada en la tentativa al aparecer una causa, ajena a la voluntad del autor de la conducta, que impide el desarrollo íntegro de la conducta desplegada.

En otro aspecto, también es conveniente mencionar que la teoría del resultado aparece como insuficiente atendiendo a la disposición legal rectora (artículo 102), ya que, como antes apuntamos, ella funciona válidamente en todos los casos en los que es posible precisar el momento de producción del resultado material y en los delitos que no tienen ese tipo de resultado (de mera conducta) o en aquellos en que la nota característica es precisamente la no producción de un resultado material, como ocurre en las tentativas punibles, estaríamos ante una real imposibilidad de tener una base cierta para el inicio de tiempo necesario para la prescripción.

Afirma Pavón Vasconcelos que según su criterio sólo es posible presentar soluciones en orden a los diversos problemas concretos por medio de la teoría unitaria, mixta, de conjunto o de ubicuidad, al adoptarse un criterio ambivalente respecto a la actividad y al resultado<sup>25</sup>, agregando que "en Código vigente es indudable, según nuestra opinión, el funcionamiento de la teoría unitaria para resolver las cuestiones de prescripción<sup>26</sup>."

- 18.- Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de derecho Penal Mexicano, Parte General, Segunda Edición, Editorial Porrúa, 1967, páginas 220-221.
- 19.- Mezger, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, página 315 y siguientes.
- 20.- Manual de Derecho Penal, antes citado, página 223.
- 21.- Apuntamiento de la Parte General del Derecho Penal, Tomo I, 1960, Edición del autor, página 254. Con referencia a quienes han tratado esta teoría del resultado, véase la nota 16, página 258, de la obra en cuestión, donde son citados, entre otros, Antolisei, Beling, Cavallo, Cuello Calón, Mezgar, etc.
- 22.- Véase lo anotado por Cuello Calón (derecho Penal, Tomo I, de la edición citada, página 338) en el sentido de que uno de los pocos defensores de ella fue Franz Von Liszt.
- 23.- Obra citada de Francisco H: Pavón Vasconcelos, página 222.
- 24.- Manual de Derecho Penal Mexicano, edición antes citada, páginas 222-223.
- 25.- Obra citada de Pavón Vasconcelos, página 223.
- 26.- Obra citada, página 225.

## CAPITULO IV

### I.- LA APRESCRIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA ATENDIENDO A LA CLASIFICACION DE LOS DELITOS EN ORDEN A LA CONDUCTA.

#### I.1.- OBSERVACIONES PREVIAS.

Antes de proceder al tratamiento específico del tema que ahora nos corresponde, es conveniente precisar que tomamos como punto de partida para estas cuestiones relativas a la prescripción que el Derecho Penal es de conducta y no de autor. Estas ideas han sido expresadas por Terán Lomas en los siguientes términos: "El Derecho Penal es de acto (conducta) no de autor. No es una condición, un estado de peligro, el objeto de la represión, sino un acto externo del sujeto, que contradice el orden jurídico." Lo dijo certeramente Pessina: "El estado de peligro podrá servir como criterio de mensuración, pero no fundamenta la aplicación de la sanción, que por mandamiento constitucional se impone al sujeto por la acción contradictoria del derecho."<sup>27</sup>

Queremos dejar anotado en éste apartado, que según la Teoría del Delito, éste se encuentra integrado de varios elementos como son: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y por último, las condiciones objetivas de punibilidad. Dichos elementos cuando se integran en su totalidad, nos dan la certeza de que nos encontramos ante un delito pero como dijimos en líneas anteriores, es requisito indispensable que alguien realice una conducta (típica, antijurídica, etc.), que afecte intereses jurídicos,

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

## **I.2.- LOS DELITOS DE ACCION**

Dice el artículo 7 del Código Penal que nos sirve de base, que "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales." Esta llamada definición formal del delito nos da la pauta para una primera bipartición en orden a la forma de presentación de la conducta que puede llegar a ser constitutiva de delito, esto es, establece que los delitos se pueden cometer mediante una acción o por una omisión.

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

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

voluntad que debe contener el movimiento corporal o la actividad desarrollada; sólo lo que es producto de la voluntad del sujeto forma parte de la acción; no se requiere, obviamente, que la voluntad vaya encaminada a la realización del delito, porque ello impediría la aparición de las acciones culpables que se caracterizan por no buscar como finalidad un delito, sino simplemente es menester que lo hecho, sea lo que fuere, corresponda a un acto involuntario. En tercer término, o como tercer elemento, aparece la modificación en el mundo preexistente o, lo que es lo mismo, el resultado, que significa que con motivo de la actividad voluntaria del sujeto se produzca una alteración en el mundo exterior, lo cual puede presentarse modificando materialmente las condiciones preexistentes, o simplemente poniendo en estado de desprotección un interés tutelado por la norma penal por ejemplo, en el delito de daño en propiedad ajena, se altera dañándolo, el bien protegido, mientras que en el disparo de arma de fuego, la actividad tan sólo desprotege la seguridad de la persona.

En relación directa con la prescripción de la acción persecutoria tratándose del tipo de delitos que ahora tratamos, es menester tomar una base cierta e inalterable y ella nos es proporcionada por el nacimiento mismo del derecho del estado a la persecución de hecho concreto.

Sin embargo, lo antes dicho no es sino una trasposición del problema porque ahora podría plantearse la cuestión inquirendo acerca del momento del nacimiento de la acción persecutoria.

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

Esto lo podemos ver con absoluta claridad tomando como ejemplos algunos hechos en que la conducta se haya manifestado mediante la actividad; así, tratándose de un homicidio, al concluir la actividad consistente en hacer algo (disparar un arma, golpear, etc.) y sobrevenir el resultado (muerte de la persona), habrá iniciado el curso de la prescripción para perseguir ese hecho concreto, ya que contemporáneamente ha nacido el derecho estatal para ello; por otra parte, si tomamos el caso ya mencionado del disparo de arma de fuego, la conducta se realiza mediante la actividad consistente en disparar un arma, adicionándole el resultado que es contemplable a través de la simple desprotección del bien asegurado por el tipo penal respectivo. Al surgir la desprotección, nace el derecho a la persecución del hecho, lo que es claramente perceptible si se toma en cuenta que el mismo

hecho (disparar un arma) que no implique una afectación al interés jurídico tutelado (seguridad de las personas), no da nacimiento a acción persecutoria alguna, porque se trata de una figura atípica.

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

- a) Todos los delitos de acción implican un hacer algo, una actividad muscular, que realizada voluntariamente produce un resultado, que puede ser material o jurídico.
- b) Cuando se ha realizado la conducta activa, integrada por los elementos enunciados (actividad, voluntad y resultado) nace el derecho del Estado para perseguir lo que se considera un hecho relevante.
- c) El inicio del término necesario para que opere la prescripción es coetáneo con el nacimiento al derecho de persecución.
- d) La relación conducta-tipo es la que da relevancia penal a un hecho concreto.

Es conveniente precisar, también, que la prescripción de una acción penal referida a un hecho concreto que ha adquirido relevancia en el campo del Derecho Penal, funciona tomando en cuenta el tipo básico que haya sido afectado al producirse el resultado. Por ejemplo, en materia de homicidios, el resultado es siempre el mismo (privación de la vida de una persona), independientemente de que puedan haber concurrido circunstancias que hicieran aparecer un homicidio considerable como calificado. Esto nos prueba que la prescripción se establece en razón de la relación conducta-hecho, y que los elementos ajenos a ella no son valorados para efectos del fenómeno prescriptivo.

En este sentido transcribimos la siguiente ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

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

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

Hemos hecho la transcripción precedente en razón de que la total consumación del término de la prescripción depende de la

sanción abstracta y genérica contenida en el tipo correspondiente y siempre insistire en la imprescindible relación que se establece entre la conducta y el tipo a través del hecho relevante.

No es posible, dada la forma de trabajo que nos hemos impuesto, enunciar exhaustivamente los delitos de acción que existen en todo nuestro ordenamiento punitivo. Ante esa imposibilidad, por lo extensa, baste afirmar, que el verbo rector contenido en el tipo es el que dará siempre la pauta para saber cuándo un delito puede cometerse exclusivamente en forma activa en orden a la conducta. Por vía de ejemplo, la violación sólo puede cometerse activamente, ya que, la naturaleza del núcleo del tipo, o sea la cópula, solamente puede cometerse la violación por un hacer. Es imposible una realización omisiva, pues no se puede llevar a cabo la cópula no haciendo. En cambio, matar o privar de la vida a otro, que es el núcleo del tipo de homicidio, puede llevarse al cabo mediante acción u omisión. En consecuencia es el tipo mismo el que nos debe dar la respuesta adecuada.

Es el artículo 102 del Código Penal el que nos proporciona la pauta para el cómputo del término, ino necesario para la prescripción. El artículo 102 nos confronta con 4 hipótesis: la del delito instantáneo, la del delito en grado de tentativa, la del delito continuado y la del delito permanente. En los 4 casos puede presentarse la forma activa como aquella en que la conducta se manifiesta en el mundo exterior; en materia de delitos consumados, es más fácil saber cuando se produjo la conducta y no puede ser otro el momento sino el del movimiento o actividad

corporal que produjo el resultado típico, a partir de ese momento, al nacer la perseguibilidad del hecho, se inicia el curso de la prescripción de la acción persecutoria. Por otra parte, en los delitos permanentes la conducta ha tenido un despliegue prolongado en el tiempo, por lo que la prescripción empieza a correr a partir del momento en que cesa la conducta. En los delitos en grado de tentativa la prescripción de la acción persecutoria comenzará a correr, a partir del día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida y, por último, en los delitos continuados, la prescripción de la acción persecutoria comenzará a correr, desde el día en que se realizó la última conducta que lesionaba el bien jurídico tutelado por la norma jurídica.

En síntesis de este apartado, se puede afirmar que cuando la conducta se manifiesta activamente, el inicio del curso necesario para la prescripción de la acción persecutoria, se determina atendiendo a la integración de la conducta, esto es, cuando hay una actividad voluntaria que produce un resultado, mismo que puede ser material o jurídico.

### I.3.- LOS DELITOS DE OMISION

Ya habíamos anotado que para el Derecho Penal Mexicano los delitos pueden manifestarse, en cuanto a la forma de la conducta, mediante una acción o una omisión. Esto resulta del enunciado del artículo 7 del Código Penal Vigente. Se trata, obviamente, de dos conceptos diferentes entre los cuáles el enunciado básico que los distingue, es decir, la inclusión de una conjunción disyuntiva (acto u omisión), denota diferencia y separación entre las dos expresiones que la ley utiliza, que además se ve ratificada mediante la elaboración de los tipos penales, ya que algunos de ellos sólo pueden realizarse por medio de una acción o conducta activa, mientras que otros sólo pueden ser satisfechos por una conducta omisiva u omisión; en otros casos, el tipo permite que se le cumpla indistintamente por una acción o por una omisión, pero lo que resulta indudable es que la omisión es considerada en nuestro Código como una figura autónoma de la acción, sin más vinculación con ella que ser ambas formas de manifestación de la conducta para efectos del delito.

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

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

En cuanto a la voluntad puede decirse que adquiere relevancia penal para la integración de la conducta en los delitos de omisión, siempre que el sujeto, pudiendo optar entre hacer y dejar de hacer algo, omite el hacer a que está obligado con una finalidad consciente; por esto es que los que se encuentran en estados de sueño, inconciencia, y otros, no son capaces de realizar una opción como ésta, a la que nos referimos y, consecuentemente, su no hacer no constituye el ejercicio de la voluntad.

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

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

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

Se dice que en determinados casos el orden social atribuye a los sujetos una función específica, consistente en evitar el resultado típico, con lo que quedan ubicados como garantes de una cierta seguridad jurídica. La existencia de dicha obligación implica la necesidad de una conducta activa que tiene que ser la idónea para no afectar un interés jurídicamente tutelado. Si se omite la conducta exigible, independientemente de cuál sea la que se realice, aparece una omisión que adquiere relevancia penal al no evitarse el resultado típico.

El concepto del deber jurídico, por otra parte tiene que ser entendido en su más amplia acepción, teniendo o pudiendo tener su origen y fundamento en las más diversas fuentes; se mencionan entre ellas las determinadas expresamente por la ley, las que nacen por una aceptación efectiva de parte del sujeto, las que provienen de una anterior conducta peligrosa, etc. Sin embargo, este deber jurídico de evitar el resultado tiene que entenderse limitado, para los efectos de la relevancia penal, al tipo correspondiente. Esto significa que sólo habrá deber jurídico

penal de acción (cuya omisión es relevante) cuando exista un tipo que mande evitar el resultado, que si surge, será por ello un resultado típico que debió haberse evitado.

Estos casos los podemos ver incluidos en nuestro Código Penal en los siguientes ejemplos: la ley manda (artículo 400 fracción V) procurar por los medios lícitos al alcance del sujeto impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse, o se están cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio. La omisión de esta conducta exigible es o puede ser punible. La violación del deber jurídico de cuidar a un incapaz o enfermo cuando se tenga la obligación (que puede haber sido adquirida por especial aceptación) es también una omisión punible, porque así lo establece el artículo 335. Casos hay en que una conducta previa, que puede ser lícita o ilícita, pero manifiestamente peligrosa, da nacimiento a un deber jurídico de acción que, si se omite es punible. Esta es la situación prevista en el artículo 341, que sanciona al automovilista, motorista, conductor de vehículo, ciclista o jinete que abandona a quien atropelló, por imprudencia o por accidente.

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

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

## **a) LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PERSECUTORIA TRATÁNDOSE DE OMISIONES SIMPLES**

Un determinado comportamiento adquiere la calidad de omisión sólo respecto de una exigencia, de una norma, que impone a un sujeto al deber de actuar. Lo verdaderamente trascendente en orden a la omisión como forma punible de la manifestación de la conducta se encuentra, en razón de lo expuesto, en una inobservancia de la norma jurídica que ha impuesto al sujeto la obligación de actuar en forma determinada, que entendiéndose que la norma tiene un contenido de valor, tiene que ser, en otras palabras, impidiendo o evitando un resultado que habrá de afectar un interés jurídicamente tutelado en el tipo penal.

Al existir el deber de actuar, el sujeto se ha constituido en garante del orden jurídico y al omitir la conducta exigible produce el resultado que el derecho pretendía evitar, con lo cual la conducta voluntaria, consistente en la omisión, se vincula con el resultado y, consecuentemente con el tipo penal, de donde resulta en definitiva una conducta perseguible, por tratarse de una conducta típica.

La omisión simple u omisión propia está caracterizada normativamente por la producción de un resultado de naturaleza jurídica, esto quiere decir, que de la omisión de la conducta exigible no resulta, una alteración material del mundo de la naturaleza física, sino simplemente se desprotege un interés jurídico que la norma desea se conserve incólume. Este es el caso, por ejemplo, que contempla el artículo 335 del Código Penal que dice:

Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse así mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido.

En este artículo tenemos claramente expuesta la razón de la existencia y los fundamentos mismos de la omisión punible, cuando se presenta como omisión simple o propia. En primer término, hay un deber jurídico determinado (cuidar al niño o a la persona enferma) que constituye al sujeto en garante hacia el derecho y el propio incapaz; en segundo lugar, por requerimiento del tipo, no debe presentarse daño como consecuencia de la omisión, es decir, que basta la pérdida de la seguridad (resultado jurídico) para que el tipo quede integrado con la conducta omisiva debidamente vinculada; en tercer término, la conducta consiste en el abandono, que es una omisión, independientemente de cuál haya sido la conducta realizada en la realidad, al producirse la pérdida de la seguridad. Esto significa que no es punible lo que se hace, sino lo que se deja de hacer, cuando con ello se produce un resultado como el que se ha previsto y siempre que haya violación a un deber jurídico de actuar que coloque al individuo en posición de garante.

Atendiendo a la posición de garante a que antes nos hemos referido es que podrá resolverse con certeza, en cada caso, tanto la perseguibilidad de la omisión cuanto el inicio del término

de la prescripción de la acción persecutoria y en este sentido dice Vera Barros, que "como el delito se consuma mientras pesa sobre el sujeto la obligación de actuar, la prescripción comienza a correr recién desde el momento en que ha cesado dicha obligación."<sup>28</sup>

Por otra parte, existen casos también regulados, en los que el deber tiene que ser cumplido en una sola ocasión y mediante una conducta activa que es plenamente exigible. Nuestro Código Penal tiene ésta hipótesis en el artículo 340 que dice:

Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a uno menor incapaz de cuidarse así mismo o una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le aplicaran de uno a dos meses de prisión o multa de diez a cincuenta pesos, sino diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal.

Es clara en esta hipótesis la omisión punible; por no dar aviso a la autoridad o no prestar el auxilio necesario. Se trata obviamente, de un deber que tiene que cumplirse en un sólo acto, realizando la conducta exigible. Si esta se omite, nace la perseguibilidad y contemporáneamente se inicia el curso de la prescripción de la acción persecutoria.

## **b) LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PERSECUTORIA TRATÁNDOSE DE OMISIONES IMPROPIAS.**

Tradicionalmente la doctrina se ha ocupado de los delitos de omisión, dividiéndolos para efectos de su estudio en omisiones propias o simples e impropias o de comisión por omisión. Sin embargo, modernamente se ha discutido acerca de la existencia de las llamadas omisiones impropias, porque se considera que ellas rompen toda la fundamentación de la causalidad en el delito, y por tanto se pretende, asimilarla con los delitos de resultado o delitos materiales.<sup>29</sup>

La estructura misma de los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión es la que produce esta natural y justificada inquietud; en efecto, si entendemos que esta clase de delitos está caracterizada por una manifestación de la conducta omisiva que produce un resultado material consistente en la modificación del mundo físico preexistente, siempre habremos de toparnos con una incongruencia bajo el concepto naturalístico de la causalidad, porque de la nada, nada puede surgir. La solución se ha encontrado abandonando la concepción naturalística de la causalidad y bajo el amparo de la teoría de la posición de garante que la ley, a través del tipo, impone a determinados sujetos en determinadas circunstancias de tiempo y lugar.

La causalidad en el Derecho Penal no es siempre naturalística o material; en ocasiones la redacción especial de los tipos crea un concepto distinto de la propia causalidad que así se convierte en una causalidad jurídica y, que en materia de omisiones puede reducirse a la fórmula que aporta Rodríguez Devesa con la expresión siguiente; "La omisión se equipara a la acción cuando, si se hubiere realizado la acción esperada el resultado no se hubiese producido.<sup>30"</sup>

Es obvia la creación de la causalidad por el propio derecho, como puede constatar en el artículo 339 del Código Penal, que dice:

Si del abandono a que se refieren los artículos anteriores resultare alguna lesión o la muerte, se presumirán éstas como premeditadas para los efectos de aplicar las sanciones que a estos delitos correspondan.

El presupuesto del artículo 339 es el abandono de personas a que se refieren los artículos 335 y 336, es decir; de niños incapaces de cuidarse, de personas enfermas, de hijos o de cónyuge; el abandono en sí mismo, es una conducta puramente omisiva, en la que el sujeto omite el cumplimiento de obligaciones jurídicas a su cargo. Ahora bien, la ley está creando la figura de la causalidad jurídica, desde el momento mismo en que en el artículo transcrito se refiere a la posibilidad de que como consecuencia del abandono, pueda resultar alguna lesión o aún la muerte; estos dos casos son de resultados materiales, ya que, sea con la lesión o con la muerte, se modifica materialmente el mundo preexistente, y ello a pesar de que hay, de origen, una omisión, es decir, un no hacer lo que la ley manda.

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

En los delitos de comisión por omisión, que siempre tienen un resultado material, el inicio del curso de la prescripción se tiene que tomar a partir de la integración de la conducta típica, vale decir, de la producción del resultado que el sujeto estaba obligado a impedir en razón de su posición de garante. Al violarse el deber jurídico de acción, manifestando la conducta omisivamente y producirse el resultado que se tenía la obligación de evitar, hay una conducta perseguible por parte del Estado y, también como lo hemos dicho, se inicia el curso de la prescripción de la acción persecutoria.

A nivel normativo, el problema de la prescripción de la acción persecutoria de los delitos de comisión por omisión se ubica en el artículo 102 del Código Penal, que dice:

Los plazos para la prescripción de la acción penal serán continuos; en ellos se considerará el delito con sus modalidades, y se contarán:

- I.- A partir del momento en que se consumó el delito, si fuere instantáneo.
- II.- A partir del día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, si el delito fuere en grado de tentativa.
- III.- Desde el día en que se realizó la última conducta, tratándose de delitos continuados; y,
- IV.- Desde la cesación de la consumación en el delito permanente.

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

Es perceptible la vinculación que se establece entre la conducta y el tipo, para precisar el inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria. Recordemos que la idea de la consumación del delito es imprescindible para el inicio de la prescripción por mandamiento del artículo 102 antes transcrito y que se ha afirmado, con razón que "el delito se consuma cuando el hecho concreto realizado corresponde de manera exacta y completa al tipo legal contenido en el Código o en leyes especiales."<sup>31</sup>

Puede también darse el caso de un delito de comisión por omisión en la forma de un delito continuado, como sería cuando no se pone en libertad inmediata a quien se encuentre detenido en una institución carcelaria, habiendo orden legítima de hacerlo; la conducta es obviamente omisiva y el resultado material, ya que el resultado que se pretende evitar es la permanencia física de la persona en el lugar de internación; hay prolongación en el tiempo de la omisión con idéntico resultado, de donde resulta que el inicio del curso de la prescripción de la acción para perseguir una conducta como la descrita sería el momento de la cesación de la conducta típica.

Finalmente, en materia de tentativa punible de un delito de comisión por omisión, el inicio del curso de la prescripción sería contemporáneo con el último acto de ejecución.

Para concluir este apartado consignamos que en los delitos de comisión por omisión, el tipo requiere para su perfección objetiva la existencia de un resultado de naturaleza material. Es la producción del resultado material la que da la precisión temporal para efectos de la prescripción de la acción persecutoria, porque al unirse conceptualmente la conducta omisiva y el resultado material nace el derecho a la perseguibilidad.

#### **I.4. LOS DELITOS UNISUBSISTENTES**

Se denominan delitos unisubsistentes aquellos en que la conducta queda agotada y consumada en un sólo acto. Para los efectos de la prescripción de la acción persecutoria en esta clase de delitos, adquiere especial relevancia el concepto precedente, ya que el artículo 102 del Código Penal establece que los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito, si fuere consumado, lo que significa una indiscutible asociación ideológica entre el momento consumativo y el inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria. Con toda razón apunta Pavón Vasconcelos que el interés de la clasificación de los delitos en unisubsistentes y plurisubsistentes "se estima orientado a distinguir los delitos que admiten la tentativa de los carentes de un proceso ejecutivo, así como para resolver el problema del tiempo y del lugar de comisión del delito<sup>32</sup>" y ya hemos visto oportunamente que las cuestiones relativas al tiempo de la conducta son determinantes para la fijación del inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria.

Parece no existir duda alguna en cuanto se refiere a la característica propia de los delitos unisubsistentes: ellos no permiten una división o fraccionamiento en el tiempo de la conducta que los identifica.

En el caso de los delitos unisubsistentes, que pueden manifestarse en orden a la conducta igual por medio de una acción que de una omisión, siempre y cuando no haya posibilidad fáctica de fraccionar la conducta, la forma como está redactado el tipo correspondiente es la que permite al titular de la facultad decisoria resolver el momento de consumación y agotamiento de la conducta; existen tipos, como el del abuso de confianza (artículo 382 del Código Penal) que llevan a la convicción de que únicamente pueden darse en la forma unisubsistente, porque la conducta se integra, consume y agota en un sólo acto típico, que es la disposición del bien mueble que se posee precariamente. Otros tipos, en cambio, a pesar de su apariencia de consumación en un solo acto, pueden darse mediante conductas fraccionadas en el tiempo, que permiten una presentación activa u omisiva.

En materia de prescripción de la acción para perseguir los delitos unisubsistentes, el problema tiene una clara solución, ya que la conducta, manifestada típicamente en un sólo acto, sea mediante acción u omisión, coincide con el nacimiento del derecho a la perseguibilidad y en ese mismo instante ha iniciado su curso el tiempo necesario para la operancia de la prescripción.

## 1.5. LOS DELITOS PLUSISUBSISTENTES

Esta clase de delitos se han definido como aquellos que se integran por una conducta que se manifiesta en actuaciones fraccionadas. Dice Porte Petit que existe delito plurisubsistente "cuando se consuma (se refiere al delito) con varios actos" y, agrega "los actos constituyenb la acción, o sea, en este caso la acción fue susceptible de fraccionamiento."<sup>33</sup>

Dada la forma especial como se manifiesta la conducta en los delitos plurisubsistentes, es obvia la preocupación que ellos pueden significar en cuanto se refiere al inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria; en efecto, si como se ha expuesto, el delito plurisubsistente se caracteriza por estar la conducta integrada por varios actos, lo que debe precisarse, en cada caso, es si la perseguibilidad se refiere a los actos o a la conducta; nosotros sostenemos que el derecho a la persecución nace cuando se integra una conducta típica, independientemente de cuál pueda haber sido la particular forma de presentación de ella. Si consideramos que la tutela del Derecho Penal se refiere a bienes o intereses jurídicos, es hasta el momento que el autor de una conducta ha incurrido en afectación a un interés jurídico que nace el derecho del Estado a la perseguibilidad de esa conducta.

Lo importante tratándose de los delitos plurisubsistentes se ubica en el sentido de que los hechos (actos) integrantes de una sola figura no constituyen a la vez, un delito autónomo, lo cuál quiere decir que cada acto, visto aisladamente, no es perseguible,

sino que lo es sólo la reunión de ellos en la forma presentable conforme al delito particular; de acuerdo con esta idea, la perseguibilidad de los delitos plurisubsistentes y, consecuentemente, el inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria se presentará hasta que la reunión de los actos integre la conducta típica.

Nos interesa destacar en este momento que, al presentarse en este tipo de delitos un proceso ejecutivo fraccionable, la conducta puede detenerse en el itinerario hacia la consumación y ello, dada la naturaleza del tipo particular de que se trate, puede, a su vez, permitir la aparición de la figura de la tentativa.

El precepto rector de estas diversas situaciones que pueden presentarse en cuanto a los delitos plurisubsistentes en lo relativo a la prescripción de la acción para perseguirlos sigue siendo el 102 y lo que se tendrá que precisar es si se trata de una figura típica plenamente consumada o de una ñfigura de tentativa, quedando ambas hipótesis incluidas dentro del texto del propio Artículo.

## I.6. LOS DELITOS COMPLEJOS

Dice Pavón Vasconcelos que "el delito complejo se integra con varios hechos que si bien considerados en forma aislada se califican de delictuosos, para los efectos penales no son sino elementos constitutivos o meras circunstancias de agravación de un sólo delito.<sup>34"</sup>

En materia de prescripción de la acción persecutoria es manifiesta la importancia que tiene el saber si un delito es o no complejo, ya que si como se ha expuesto, vistos aisladamente los hechos que constituyen el delito complejo son calificables como delictuosos (perseguidos), los términos para el inicio del curso de la prescripción quedarían supeditados a la naturaleza propia de cada uno de esos delitos vistos en forma aislada; en cambio, si se contempla el caso a través de la figura del delito complejo, el inicio del curso de la prescripción será, necesariamente, coincidente con la aparición de la figura compleja.

Vale consignar que en el delito clasificable como complejo, lo que interesa para determinar el inicio del curso de la prescripción es el momento en el que queda típicamente satisfecha la figura compleja y nunca el momento de presentación de sus partes integrantes (aparentemente delictuosas), ya que la figura toda corresponde a una creación de la ley.

- 27.- Roberto A. M. Terán Lomas, La Teoría del autor en la Sistemática del Derecho Penal, Ediciones Manes, Buenos Aires, 1964, páginas 100-101.
- 28.- Oscar Ni Vera Barros, La Prescripción Penal en el Código Penal, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, página 85.
- 29.- Esta es la opinión, entre otras, de Rodríguez Devesa, quien dice "Su puesto está sin embargo, al lado de los delitos de resultado o delitos materiales, porque la problemática de éstas formas de comportamiento humano, se reduce a determinar si la omisión puede equipararse a la acción cuando de la causación de un resultado se trata".
- 30.- José María Rodríguez Devesa, Derecho Penal Español, Parte General, sexta Edición, Madrid, 1977, edición del Autor, página 328.
- 31.- La cita es de Jiménez de Azúa, Tratado, tomo VII, página 967. Editorial Losada, Buenos Aires, 1970.
- 32.- Obra antes citada de Pavón Vasconcelos, página 207.
- 33.- Obra citada del autor, página 223.
- 34.- Francisco H: Pavón Vasconcelos, Concurso Aparente De Normas, Editorial Cajica, Puebla, México, 1975, página 117.

## CAPITULO V

### LA PRESCIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA, ATENDIENDO A LA CLASIFICACION DE LOS DELITOS EN ORDEN AL RESULTADO

#### 1.1. OBSERVACIONES PREVIAS

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

En efecto, las conductas o comportamientos humanos son infinitos y corresponden al ejercicio de la libertad inherente al ser humano; conductas relevantes en el campo del Derecho son sólo aquellas que vinculan al hombre con la norma jurídica; conductas relevantes para el Derecho Penal son, privativamente, las que producen un resultado típico que la norma jurídica de naturaleza penal, había previsto.

Es obvio que mientras más se profundiza en el estudio de la fenomenología de la prescripción de la acción persecutoria, más se tiene que insistir en la relación que existe entre la conducta y el tipo y el eslabón vinculatorio entre ellos que viene a ser, justamente, el resultado, que sólo puede entenderse asociado a una especial figura de delito.

## 1.2. LOS DELITOS INSTANTANEOS

Dice Mariano Jiménez Huerta que la conducta humana puede infringir el imperativo de la norma penal en forma instantánea o permanente. En forma instantánea, agrega el autor, "cuando el comportamiento humano, al propio tiempo que viola la norma penal, destruye o disminuye el bien jurídico que la norma protege, o pone en marcha las condiciones que después producen la destrucción o disminución del bien jurídico, sin que dada la naturaleza de éste resulte posible prolongarle la conducta."<sup>35</sup>

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

- a) Una conducta; esto resulta tan definitivo que no necesita mayores comentarios, ya que sin conducta nunca podría haber delito;
- b) Un análisis de la norma jurídica violada; en efecto, para que cualquier conducta adquiera relevancia jurídico-penal es menester que ella viole una norma jurídica de naturaleza penal;
- c) Consumación y agotamiento, que son igualmente instantáneos; la consumación se entiende como la correspondencia exacta y completa entre el hecho concreto y el tipo legal que lo describe; el agotamiento se da cuando la conducta particular de que se trata produce las consecuencias que el tipo de que se trate ha previsto, sin posibilidad de extenderlas en atención a la naturaleza del bien tutelado en el propio tipo.

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

Si hemos visto que el delito instantáneo requiere la consumación y el agotamiento, es claro que el principio del curso de la prescripción en los delitos de esta naturaleza se tomará a partir del momento consumativo tal como lo ha previsto la primera hipótesis del artículo 102 del Código Penal.

### **1.3. LOS DELITOS INSTANTANEOS CON EFECTOS PERMANENTES**

El delito instantáneo con efectos permanentes se presenta en aquellos casos en los que la duración de la conducta delictiva no puede considerarse como consumación, sino que existe un proceso de agotamiento instantáneo, con perdurabilidad en los efectos que se causan.

El tipo de delitos que ahora nos interesan corresponden, en su esencia, a los delitos instantáneos, con la salvedad de que los efectos que produce la conducta perduran en el tiempo, más allá del acto de consumación y agotamiento. Con lo que tenemos que los elementos de los delitos instantáneos con efectos permanentes son:

- a) Una conducta.
- b) Una consumación y agotamiento instantáneos, y
- c) Perdurabilidad del efecto producido.

En relación con nuestro tema de la prescripción, los delitos instantáneos con efectos permanentes no tienen diferencia con los solamente instantáneos; baste decir que la diferencia entre unos y otros delitos se encuentra en la perdurabilidad de los efectos que, como es natural, son posteriores a la realización de la conducta y a su consumación y agotamiento; significa esto que en los delitos instantáneos con efectos permanentes, hay una conducta típica, consumada y agotada, cuyos efectos permanecen en el tiempo. Si hemos considerado en todo momento que la

perseguibilidad de un hecho determinado es consecuencia de que pueda ser calificado como conducta típica, es obvio que la duración en el efecto que la conducta produce es irrelevante para el inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria.

#### **1.4. LOS DELITOS PERMANENTES**

Dice Pavón Vasconcelos que "frente al delito instantáneo se coloca al delito permanente, también llamado continuo o sucesivo."<sup>36</sup>

El artículo 102 del Código Penal dice que:

Los plazos para la prescripción de la acción penal serán continuos; en ellos se considerará el delito con sus modalidades, y se contarán:

IV. Desde la cesación de la consumación en el delito permanente.

Lo que nos lleva a la obligación de precisar, primero, cuándo un delito es permanente y, en seguida, a conocer el momento de la cesación de la conducta típica, porque sólo en ese instante habrá iniciado su curso la prescripción de la acción persecutoria.

Parece clara la concepción del delito permanente, así como los requisitos que una conducta particular debe satisfacer para poder constituir la figura del delito permanente. Para mayor facilidad en la comprensión conceptual, hay que acudir a la

naturaleza misma del bien jurídico que resulta afectado por la conducta típica, ya que existen bienes que no resisten la aparición del fenómeno de la permanencia en la consumación; por ejemplo, el bien jurídico vida, se consume y agota ante la conducta típica del homicidio, o sea, que no permite la permanencia en la consumación; en cambio, un bien jurídico como lo es la libertad, jamás queda agotado y consumido, por lo que su naturaleza le permite resistir una consumación de la conducta típica prolongada en el tiempo y de ahí que delitos como el rapto o la privación ilegal de la libertad sean característicamente delitos permanentes.

En general, puede afirmarse que la redacción del texto legal es la guía para resolver a cerca de la calidad de permanente de un delito. Cuando una conducta o hecho tiene una consumación más o menos duradera, habrá delito permanente. La prescripción de la acción persecutoria iniciará su curso, conforme al artículo 102 del Código Penal, cuando haya cesado el estado antijurídico creado y conservado por el agente.

## 1.5. LOS DELITOS DE SIMPLE CONDUCTA O FORMALES

Delito formal es el que jurídicamente se consuma por el sólo hecho de la acción o la omisión del sujeto activo, sin que sea precisa la producción de un resultado externo o material.

Lo que se quiere significar con esto es que estos tipos penales, tienen una elaboración determinada que les ha dado el legislador, en virtud de la cual, en algunos casos, no se requiere en forma precisa que para que un hecho concreto pueda llegar a ser valorado como típico se haya de modificar sustancial y materialmente el mundo exterior; en otros casos el hecho mismo ha sido previsto en el tipo como necesariamente modificador de la realidad material preexistente.

Descartando que pueda haber delito sin resultado, lo que nos interesa en este trabajo es determinar el régimen legal a que quedan sometidos, para efectos de la prescripción, aquellos delitos que producen solamente un resultado jurídico.

La misma norma que hemos tomado como base para el tratamiento de la prescripción en otros casos anteriores es la que rige tratándose de los delitos formales: El artículo 102 del Código Penal, en la primea de sus cuatro hipótesis.

En efecto, si los delitos formales quedan consumados por la simple realización de la conducta (activa u omisiva) descrita por el tipo, es manifiesto que deben quedar sometidos al tratamiento consecuente de su calidad de delitos consumados: en ellos no

cabe la hipótesis de la permanencia o del delito continuo, por la razón misma de la consumación coincidente con la realización de la conducta. Por otra parte, en los delitos formales no cabe la tentativa punible, puesto que los delitos formales no la admiten, pues la simple tentativa basta para consumarlos jurídicamente.

## 1.6. LOS DELITOS DE RESULTADO O MATERIALES

Los delitos de resultado o materiales son aquellos para cuya consumación se requiere un resultado distinto de la acción misma.

Los delitos materiales o de resultado son, entonces, aquellos en los que las hipótesis legislativa plasmada en el tipo requiere, además de la conducta un resultado de índole material consistente en la modificación naturalística de las condiciones preexistentes.

Este tipo de delitos, permite la forma de presentación de la tentativa punible, aún cuando lo verdaderamente característico de ellos esté ubicado en la realización del resultado material.

Por lo que se refiere a la perseguibilidad y, consecuentemente, al inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria, no debe haber la menor duda en cuanto a que ellas se originan en el momento mismo de realización del resultado típico, que es el que marca la pauta para llevar a cabo la valoración del delito como consumado.

Es el artículo 102, en la primera hipótesis, el que sirve de fundamento normativo para determinar el inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria, atendiendo a que se trata de delitos consumados.

## 1.7. LOS DELITOS DE LESION

Esta clase de delitos, llamados también delitos de daño, ha sido definida como aquellos que requieren una efectiva lesión del bien jurídico protegido.

De acuerdo con la técnica legislativa y atendiendo a la verdadera estructura del delito, cada tipo continene una valoración que el legislador ha realizado en la que se refiere a la necesidad y conveniencia de proteger determinados intereses que son relevantes para la sociedad y para el Estado. Partiendo de esa base, los intereses jurídicamente protegidos por el tipo pueden afectarse, en algunos casos, mediante una conducta (activa u omisiva), que los dañe y lesione en forma directa y efectiva. Este es el caso por ejemplo del delito de daño en propiedad ajena que, al consumarse es porque ha dañado, como la propia descripción lo indica, una cosa, integrante de un patrimonio ajeno, modificando efectiva y directamente el patrimonio afectado; o bien, el caso del homicidio que, al producirse, daña irremisiblemente el bien jurídico vida protegido por el tipo penal correspondiente.

En cuanto se refiere a la prescripción de la acción para perseguir esta clase de delitos y, más concretamente expuesto, el inicio del cómputo del término necesario para la prescripción, se toma a partir del momento consumativo, lo que nos permite ubicar la cuestión relativa al inicio del término para la prescripción en la primera de las hipótesis del Artículo 102 del Código Penal que hemos transcrito en ocasiones anteriores.

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

## 1.8. LOS DELITOS DE PELIGRO

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

El legislador toma en cuenta para la erección de determinados hechos en típicos, que un ser humano normal debe actuar con cierto grado de conocimiento de que existen bienes o intereses jurídicos que siempre deben estar preservados del daño posible y que por ello, poner en marcha un proceso causal que desproteja, aún cuando sea transitoriamente un interés jurídico, está prohibido por las normas. Así, ejemplificando, el simple hecho de disparar un arma de fuego contra una persona, implica dar nacimiento a un curso causal altamente peligroso y, es difícil encontrar a un sujeto normal (imputable) que lo ignore. Por ello es que el deseo legislativo de preservar incólumes los intereses protegidos por el tipo en cada caso, hace que nazcan los tipos de peligro, independientes absolutamente del daño que pueda llegar a causarse. La simple puesta en peligro del interés jurídicamente tutelado es suficiente para dar motivo a la clasificación del hecho como delictuoso.

Si se tiene en cuenta que los delitos de peligro se consideran consumados o perfectos desde que se crea, por acción u omisión una situación objetiva de probabilidad de daño en el bien jurídico protegido, se comprende fácilmente que el resultado que aquí se imputa y que representa el autor es tan sólo la exposición a un

peligro que lesiona un interés jurídico pero no la real ofensa. Esto no quiere decir más que una cosa; los delitos de peligro se perfeccionan y consuman al crearse el estado de peligro, con lo que queda eliminada la figura de la tentativa, porque ello equivaldría a peligro sobre peligro.

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

35.- Mariano Jiménez Huerta, Panorama del delito, Imprenta Universitaria, México, 1950, página 58.

36.- Obra antes citada, página 210.

## CAPITULO VI

# LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA, ATENDIENDO A LA CLASIFICACION DE LOS DELITOS EN ORDEN AL TIPO

### 1.1. INTRODUCCION

Los hechos que ocurren en el mundo de la naturaleza adquieren interés para el Derecho Penal en tanto que son atribuibles como conducta aún sujeto que se encuentra sometido al imperio de las normas penales. No se agota, sin embargo, la relevancia del hecho de que corresponda a una conducta, ya que, como es sabido, el hecho, para llegar a ser delictuoso, requiere de la conducta y de los demás elementos reconocidos del delito; sólo cuanto respecto de un hecho determinado pueda obtenerse la determinación de que con él concurren la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad, podrá decirse que existe un delito, entendido éste como fenómeno jurídico.

Creemos que ha acertado Jiménez Huerta cuando dice "que las figuras típicas son los marcos que delimitan los hechos punibles y los pórticos de entrada a sus territorios profundos,<sup>37</sup>" ya que los tipos penales llevan consigo la descripción de las conductas que el legislador, ha valorado como prohibidas por ser afectadoras de los intereses jurídicos trascendentes y que en cada caso se encuentran incluidos en el tipo particular.

Para la elaboración de las páginas subsecuentes hemos tomado como guía la clasificación que propone Mariano Jiménez Huerta, por considerar que ella cumple una cobertura total de los tipos contenidos en la legislación penal nacional.<sup>38</sup>

## **1.2. CLASIFICACION DE LOS DELITOS EN ORDEN AL TIPO ATENDIENDO A SU ORDENACION METODOLOGICA**

Los Códigos penales son frecuentemente llamados catálogos de tipos, para hacer referencia a que es en ellos donde encuentran ubicación más precisa los tipos penales que el legislador ha elaborado para eregirlos en figuras de delitos; sin embargo, hay en la actualidad una fuerte tendencia a tipificar también delitos en leyes especiales. Por esto, en los Códigos penales vemos agrupados diversos tipos, como una previa rúbrica o identificación común; así, tenemos los delitos contra la vida y la integridad corporal; los delitos contra el patrimonio; los delitos contra la integridad interior de la nación y muchos otros que, como dice Jiménez Huerta citando a Beling, constituyen en cada agrupamiento "una familia de delitos."<sup>39</sup>

El fenómeno de la prescripción de la acción persecutoria está íntimamente relacionado con la forma de presentación del tipo, ya que del hecho típico, que implique la sospecha de delito, da origen al ejercicio de la acción persecutoria, cuya finalidad es resolver en definitiva, con la fuerza de la verdad legal, si un hecho determinado es calificable como delito.

La clasificación de los tipos que ahora tratamos se ha formulado en tres grupos: tipos básicos, especiales y complementados.

## a) LOS TIPOS BASICOS

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Se sostiene que es un tipo básico aquel en que cualquier lesión que se cause al bien jurídicamente tutelado basta, por sí sola, para integrar el delito.<sup>40</sup>

Son ejemplos característicos de los tipos básicos el homicidio a que se refiere el Artículo 302 del Código Penal, el robo descrito típicamente en el Artículo 367 y el fraude llamado genérico que contiene el artículo 386. En cada una de estas figuras típicas, al lesionarse el interés jurídicamente protegido se integra el hecho que resulta relevante y que motiva la necesidad de su determinación en orden a su calidad, o en su caso falta de calidad delictuosa.

En cuanto se refiere a la prescripción de la acción persecutoria, el tipo básico, que implica necesariamente lesión al interés jurídicamente protegido, está regida por el contenido del artículo 102, en la hipótesis relativa al delito instantáneo, o sea, que al ocurrir la lesión y consumarse el tipo, inicia su curso la temporalidad necesaria para que funcione la prescripción de la acción persecutoria.

Es conveniente, para determinar el momento del inicio del curso de la prescripción, atender a la noción específica de cada delito, prescindiendo de todo elemento extraño y no esencial para su integración, ya que en esta forma es posible resolver, anticipadamente, los problemas que puede suscitar la naturaleza dolosa o culposa del hecho realizado. Por ejemplo, para tratar

de la prescripción de la acción persecutoria respecto de un homicidio (tipo básico), debe prescindirse si fue cometido el hecho en forma dolosa o culposa, ya que lo que importa es la lesión que se produjo al bien vida o, lo que es igual, a partir de que se cause la muerte, inicia su curso la prescripción de la acción persecutoria.

Por otra parte, debe destacarse desde este momento, que el término máximo para el curso total de la prescripción está directamente relacionado con la sanción aplicable, contada en su media aritmética, lo que confirma lo antes expuesto, en cuanto la necesidad de abordar toda la acción relativa al fenómeno de la prescripción de la acción persecutoria, atendiendo a la figura especial de que se trate. Por ejemplo, en el homicidio tenemos como punto de inicio la muerte sobrevenida y siendo la pena aplicable conforme al artículo 307 de 8 a 20 años de prisión, resulta una media aritmética de 14 años, que viene así a constituirse en el límite máximo.

## **b) LOS TIPOS ESPECIALES**

Se consideran doctrinariamente como tipos especiales aquellos que tutelan un bien jurídico ya protegido por un tipo básico, pero que por valoración del legislador contienen ciertas peculiaridades o circunstancias que producen la exclusión de aplicación del tipo básico, trayendo, como consecuencia establecida en la ley, un aumento o una disminución de la intensidad antijurídica de la conducta tipificada.<sup>41</sup>

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

De esta situación de especialidad, necesariamente habremos de obtener variantes en cuanto se refiere a la prescripción de la acción persecutoria, ya que la adecuación de la conducta al tipo obliga a dar a cada caso concreto la regla del sometimiento al tipo especial que haya quedado satisfecho, con la abstracción del tipo básico.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de que, para efectos de la prescripción de la acción persecutoria, debe estarse al tipo que haya quedado satisfecho, para tener de él la base del curso total del tiempo necesario.

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

Directo 3836/1958. Antonio Munguía Nuño. Resuelto el 9 de octubre de 1958, por unanimidad de 4 votos. Ponente. Sr. Mtro. Mercado Alarcón, Srío. Lic. Rubén Montes de Oca, 1a. Sala. Boletín 1958, página 654.

Resulta obvio afirmar que para la prescripción de la acción persecutoria se requiere una base cierta y precisa y ella es, conforme lo manifiesta el artículo 105 del Código Penal, el término medio aritmético de la sanción probable, según el delito de que en la especie se trate; este significa una previa fijación de bases, que establece la relación entre el hecho concreto y la pena probable, sin tomar en cuenta la sanción individualizada.

## **b') LOS TIPOS ESPECIALES AGRAVADOS**

Para referirse a los tipos especiales agravados es menester tener presente que el carácter de especiales les resulta de la comparación con un tipo básico, ya que ambos tutelan un mismo bien jurídico y que su agregado de agravados es consecuencia de alguna valoración hecha por el legislador que hace que, ante un mismo resultado lesivo, el tratamiento en orden a la penalidad sea más grave.

Caso ejemplificador de ésta clase de delitos lo encontramos en el parricidio, en comparación con el homicidio, entendido éste como tipo básico. La ley, en el artículo 324, consigna una pena de 13 a 50 años de prisión para el parricida y define este hecho típico en el Artículo 323 como "el homicidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco". Es clara e indiscutible la referencia: se trata de un homicidio que es sancionado con pena más grave en razón del conocimiento del vínculo existente entre el homicida y su víctima.

Entre las consecuencias legales que devienen de la aparición del tipo, especial agravado se encuentran los tratamientos en orden a la prescripción, porque, la acción persecutoria está sometida para el cómputo relativo a su prescripción al término medio aritmético de la sanción aplicable al delito de que se trate y en el caso, la agravación es, precisamente, en orden a la penalidad comparada con la correspondiente al tipo básico o lo que es igual, se trata de un delito diferente del básico, aún cuando en su principio reúna todos los elementos integrantes del básico. Resulta, por ende, que el "delito de que se trate" que la ley consigna como rector para obtener el término medio aritmético de la pena aplicable, es el tipo especial agravado que haya quedado satisfecho, siendo aplicables en consecuencia, los artículos 102 y 105 del Código Penal.

Por la trascendencia que tiene en cuanto se refiere al término necesario para que opere la prescripción de la acción persecutoria cuando se está ante la presencia de un tipo especial agravado, puesto que la media aritmética de la pena aplicable se eleva considerablemente, es conveniente referirnos al problema de la coparticipación y, en consecuencia, a la comunicabilidad de las circunstancias agravantes que puedan dar nacimiento al tipo especial agravado.

El Código Penal, en su artículo 54 dice:

El aumento o la disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél.

Son aplicables las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas.

Esto quiere decir, que si un tercero interviene con un descendiente en la muerte de su ascendiente conociendo el parentesco, será responsable del delito de parricidio, no obstante que, conforme al artículo 323, no puede considerársele con tal responsabilidad a virtud de un elemento esencial del parricidio: la relación de parentesco. Así, hay comunicabilidad y de ella surge la aplicabilidad del tipo especial agravado, cuando el partícipe conoce la circunstancia personal, en cuyo caso, la prescripción de la acción persecutoria tomará como base el tipo especial que haya quedado satisfecho, perjudicando a todos los partícipes.

Sin embargo, la hipótesis contraria no está tan claramente resuelta o sea, también interesa saber cuál será la base para computar la prescripción de la acción persecutoria cuando el partícipe ignora la circunstancia agravante y en cuyo caso no funciona el principio de la comunicabilidad, establecida en el artículo 54 transcrito.

Pensamos que la solución nos la da el primer párrafo del artículo 101, que señala que "la prescripción es personal y para ella basta el simple transcurso del tiempo señalado en la ley."

En efecto, siendo personal el fenómeno de la prescripción, es lógico concluir que en los casos en que no opere la comunicabilidad agravante respecto del partícipe en el hecho,

queda subsistente el tipo básico y, como consecuencia, es éste el que aporta la base para el cómputo del término de la prescripción. Siguiendo con el ejemplo utilizado del parricidio, si un partícipe en el hecho homicida ignora el vínculo de parentesco, no responderá por parricidio, pero sí por homicidio, con las correspondientes variantes en orden al tiempo necesario para la prescripción de la acción persecutoria.

## **b") LOS TIPOS ESPECIALES PRIVILEGIADOS**

Son aquellos que, tratando un interés jurídico ya protegido en un tipo básico, contiene alguno o algunos elementos integrantes en su correspondiente descripción que hace que el tratamiento en orden a la penalidad sea inferior al básico o, lo que es igual, que una idéntica lesión al interés jurídicamente protegido traiga como consecuencia una penalidad privilegiada.

Esta clase de tipos son comprensibles por medio de la comparación que resulta entre la pena correspondiente en abstracto al tipo básico y la otra, necesariamente inferior, que el legislador a señalado para el tipo especial privilegiado. Por obvias razones volveremos a la comparación entre el tradicional ejemplo del tipo básico de homicidio, con sanción en abstracto de 8 a 20 años de prisión, y el infanticidio, como tipo especial privilegiado, al que se le ha asignado una sanción de 6 a 10 años de prisión, conforme al artículo 326 del Código Penal.

Se trata (el infanticidio), indudablemente, de un tipo en el que el bien jurídicamente protegido es la vida, o sea, idéntico al homicidio; pero el legislador ha creado un tipo especial, si se considera que el sujeto pasivo no puede ser sino un niño y, además, que la muerte tiene que serle causada dentro de las 72 horas siguientes al nacimiento y, abundando, el activo infanticida, debe ser, por imperativo del tipo, un ascendiente consanguíneo. Vemos aquí, con toda claridad, las adiciones que a un tipo básico (privar de la vida a otro) ha hecho el legislador y que dan motivo a la creación de un tipo especial, que resulta privilegiado, puesto que el tratamiento básico en orden a la penalidad es más benigno, ya que la sanción es de 6 a 10 años en el infanticidio y de 8 a 20 años en el homicidio.

Como antes se expuso al referirnos a los tipos especiales, fueran agravados o privilegiados, la aparición de alguno de ellos excluye la posibilidad de aplicación del tipo básico. Esto significa, que al surtirse un tipo especial privilegiado, para efectos de la prescripción de la acción persecutoria originada por él, habrá que estar al término medio aritmético de la sanción, "según el tipo de que se trate", como lo consigna el artículo 105, con abstracción del tipo básico.

### **c) LOS TIPOS COMPLEMENTADOS**

Son aquellos que tutelan un interés jurídico que ya se encuentra incluido en orden a su protección legal por un tipo básico, pero que, por la aparición de alguna circunstancia o peculiaridad

valorada por el legislador, recibe un tratamiento diferente, en orden a la penalidad sea agravada o atenuada. De acuerdo con esta definición, los tipos complementados se distinguen de los especiales en que estos últimos excluyen la aplicación del tipo básico, situación que no se presenta en los complementados.

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

### **c') LOS TIPOS COMPLEMENTADOS AGRAVADOS**

Estos tipos tienen como característica esencial, la presencia de una o varias circunstancias concurrentes con el tipo básico de que se trate, por razón de las cuáles la penalidad puede ser motivo de aumento o de agravación.

Podemos tomar como casos ejemplificadores el homicidio, al que se agrega la ventaja, la alevosía, la premeditación, la traición etc.; en orden a los delitos patrimoniales podemos igualmente mencionar el robo ejecutado con violencia, el fraude llamado maquinado, en estos casos vemos que se surte el tipo básico y surge después, el elemento adicional que aportan los medios comisivos empleados por el autor para alcanzar su finalidad antijurídica.

En orden a la prescripción de la acción persecutoria, la solución en cuanto al curso de la temporalidad necesaria para que ella surta sus efectos nos la da el tipo básico que haya quedado satisfecho, sin tomar en cuenta las circunstancias agravantes; toda vez que las circunstancias complementarias son motivo de determinación en sentencia y valorarlas anticipadamente eliminaría toda posibilidad de poseer un factor temporal cierto y preciso, tal y como lo señala el artículo 105 del Código Penal ya transcrito con anterioridad.

### **c") LOS TIPOS COMPLEMENTADOS PRIVILEGIADOS**

Son aquellos descritos en una norma básica en cuanto al tipo y a la cuál se agrega otra norma que disminuye su penalidad.

Han sido mencionados como ejemplos de estos tipos el homicidio cometido en riña o en duelo, así como el llamado robo de uso al que se refiere el Artículo 380 del Código Penal. En efecto, tratándose del primer caso, existe una penalidad básica para el homicidio simple de 8 a 20 años de prisión; en cambio, si el resultado lesivo (homicidio) se produce en riña o en duelo, de acuerdo con lo que disponen los párrafos 1o. y 2o. d el Artículo 308, la sanción es notablemente atenuada, ya que el homicidio cometido en riña se sanciona de 4 a 12 años de prisión y en el duelo de 2 a 8 años también de prisión. En el otro caso, es decir, el relativo al robo de uso, la sanción es de 1 a 6 meses de prisión, comparativamente menor que las varias penalidades señaladas para el robo simple (Artículo 370).

Con la correspondiente unidad de criterio, consideramos que en materia de prescripción de la acción persecutoria, tratándose de los tipos complementados privilegiados, dado que su aparición no excluye la aplicación del tipo básico, hay que estar a la penalidad consignada para éste último como elemento temporal rector para el cómputo del tiempo necesario para la operancia del fenómeno de la prescripción.

### **c<sup>III</sup>) LOS TIPOS COMPLEMENTADOS SURTIDOS CULPOSAMENTE**

Aún cuando el enunciado del inciso que ahora abordamos está totalmente fuera de la sistematización propuesta por Jiménez Huerta, misma que como antes se dijo nos ha servido de base para nuestro trabajo, creemos que por razón central del tema que nos ocupa, es decir, la prescripción de la acción persecutoria, es necesario hacer alguna referencia a aquellos casos en los cuáles al surtirse un tipo aparece en forma inmediata un tratamiento diferente en orden a la penalidad. Pensemos por ejemplo, en el caso de quien produce un resultado típico de homicidio, pero lo hace obrando culposamente, lo ue desde luego, modifica la pena básica de 8 a 20 años de prisión (artículo 60 parrafo 1o.).

Por ejemplo, quien priva de la vida a otro al manipular un arma de fuego, en principio es sometido a un proceso en el que el resultado es atribuible a título doloso, pero en la sentencia puede resolverse su actuar culposo. En esta hipótesis no se altera el principio general establecido en orden al tiempo necesario para que opere la prescripción.

El otro caso planteable, que sí implica una modificación al tratamiento general de la prescripción, aparece en aquellas hipótesis creadas por la ley, en las que, anticipadamente, el resultado se atribuye a título de culpa, salvo prueba en contrario. Esta es la situación que deviene de los resultados típicos sobrevenidos con motivo de la conducción de vehículos, puesto que en estos casos, la pena está previamente señalada por el artículo 61, en el párrafo que dice:

En los casos a que se refiere la primera parte del primer párrafo del artículo anterior, las penas por delito excederán de las tres cuartas partes de las que corresponderían si el delito de que se trate fuere intencional.

El artículo 60, al que se hace la remisión correspondiente, se refiere a las imprudencias punibles, entendidas en general, pero hay una relación con la cuestión del tránsito de vehículos, como se desprende del artículo 62, incluido en el mismo capítulo.

En este caso, "el delito de que se trate", por usar la terminología del artículo 105, es un resultado atribuible a título de culpa, que recibe un tratamiento diverso en orden a la pena probable, por lo cuál el curso de la prescripción tiene que determinarse tomando como base un tipo especialmente valorado en orden a la culpabilidad, lo que significa que el término medio aritmético de la pena probable es diferente del normal, con notable reducción, de donde resulta un lapso inferior para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria.

### **1.3. CLASIFICACION DE LOS DELITOS EN ORDEN AL TIPO ATENDIENDO AL ALCANCE Y SENTIDO DE LA TUTELA PENAL**

En la actualidad, como dice Roxin "en la teoría del tipo ocupa un lugar prominente la interpretación conforme al bien jurídico protegido.<sup>42</sup>" y a que no existe la menor duda en cuanto a que inmerso en cada tipo penal hay un interés jurídico que la sociedad considera digno de la especial tutela que brinda el Derecho Penal.

En esta forma y atendiendo a la naturaleza del interés jurídico el legislador, no sólo toma en consideración aquellas conductas productoras de un daño para el objeto material que encarna el bien jurídico protegido sino también, aquellas otras que implican la probabilidad de que dichos objetos puedan ser dañados.

Dado lo específico de nuestro trabajo, lo que resulta importante es determinar las implicaciones que en cuanto al curso del tiempo necesario para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria puede tener el hecho de que un tipo sea de daño o de peligro.

#### **a) LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA TRATANDOSE DE TIPOS DE DAÑO**

Según ideas expuestas por Antolisei, deben considerarse tipos de daño aquellos para cuya perfección jurídica es menester que el bien jurídicamente tutelado sea destruido o en alguna forma disminuido.<sup>43</sup>

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

De acuerdo con el artículo 105 del Código Penal, el cómputo del tiempo necesario para la prescripción de la acción persecutoria proviene de la penalidad señalada para "el delito de que se trate", los tipos de daño necesariamente son consumados, ya que la adecuación típica aparece hasta que sobreviene el resultado de destrucción o disminución, lo que significa, que el caso, para los efectos de la prescripción de la acción persecutoria, está regido por la primera de las hipótesis consignadas en el artículo 102, que dice que los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán desde el día que se cometió el delito si fuere instantáneo.

## **b) LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PERSECUTORIA TRATÁNDOSE DE TIPOS DE PELIGRO**

Ratiglia, citado por Jiménez Huerta, afirma que en los delitos de peligro "el legislador transfiere el momento consumativo del delito, de aquel de la lesión a aquel de la amenaza, y considera perfecto el delito en el momento en que el bien o interés penalmente tutelado se encuentra en una condición objetiva de probable lesión."<sup>44</sup>

Esto significa una mutación en el momento consumativo, el cual aparece al surgir el peligro o crearse la desprotección, lo que no lleva, por razón natural, a fijar que el fenómeno de la prescripción en esta clase de tipos está regida por la hipótesis consignada en el artículo 102, que dice que el término de la prescripción se contará a partir del momento en que se consumó el delito, si fuere instantáneo. La consumación coincide, temporalmente referida, con la exposición al peligro, ya que ese será, en todo caso, el momento de la adecuación entre la conducta y el tipo de peligro, que dará nacimiento al derecho del Estado a la persecución.

Es trascendente en materia de prescripción el conocimiento que se debe tener de las características de los tipos de peligro atendiendo a que determinadas descripciones son de peligro efectivo y otras de peligro presunto.

El peligro efectivo consiste en la probabilidad de un resultado dañoso, o sea, de un resultado lesivo para el interés. En estos tipos de peligro efectivo se requiere para su cabal integración la prueba de la exposición al peligro del interés jurídicamente protegido. Por ejemplo, citemos el caso que menciona el artículo 199 bis, que se refiere al peligro de contagio y que dice así:

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

Si la enfermedad padecida fuere incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión.

Cuándo se trate de cónyuges, concubenarios o concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido.

En estos casos de tipo de peligro efectivo, el inicio del curso del tiempo necesario para la operancia de la prescripción depende, como es natural, de la satisfacción del tipo que sólo se dará cuando se acredite que efectivamente, hubo una real exposición al peligro del bien jurídicamente tutelado.

El otro caso es el que se denomina peligro presunto y que al decir del propio Antolisei es en el que "se presume un peligro con una presunción que no admite prueba en contra,<sup>45</sup>" o sea, que es la propia ley la que valora como peligrosa una determinada conducta y no permite la prueba que pudiera acreditar que no hubo peligro real para el bien tutelado por el tipo. Este llamado peligro presunto encuentra su ejemplificación en el artículo 335, relativo al abandono de personas y que está descrito así:

Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse así mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido.

Es manifiesto que en estos tipos, la conducta de abandonar al menor incapaz o al enfermo, cuando existe la obligación de cuidarlos, es por sí misma productora del resultado de peligro presunto. No se requiere que se pruebe que haya habido una verdadera situación de peligro, porque el tipo se da por satisfecho al sobrevenir el mero abandono. Por ello, la acción para perseguir estos delitos nace junto con el hecho del abandono, y como consecuencia, en ese mismo momento inicia su curso la prescripción correspondiente.

#### **1.4. CLASIFICACION DE LOS DELITOS EN ORDEN AL TIPO ATENDIENDO A LA UNIDAD O PLURALIDAD DE BIENES TUTELADOS**

El criterio utilizado para llevar a efecto la clasificación precedente parte del principio de que todos los tipos llevan consigo la tutela de bienes jurídicos, pero que en algunos casos el mismo tipo de que se trate contiene dos o más bienes, aún cuando lo normal es la tutela de uno sólo de ellos.

En la época actual dice Jiménez Huerta que, "los tipos de delito que tutelan un sólo bien jurídico se denominan simples; y complejos, los que tutelan dos o más bienes jurídicos.<sup>46</sup>" Es posible citar como ejemplo, en el primer caso, el tipo de homicidio, que tiene únicamente la función de tutelar el bien vida (tipo básico, artículo 302), y en el segundo, al tipo de homicidio al que se refiere el artículo 315 bis del Código Penal, en el que, además de tutelarse el bien jurídico vida, se tutela igualmente la libertad sexual y el patrimonio.

Las cuestiones relativas a la prescripción de la acción persecutoria en los tipos de delitos que ahora tratamos, necesariamente habrán de estudiarse atendiendo a la simplicidad o complejidad del tipo correspondiente. No representa problema la determinación del inicio del curso de la prescripción ante un tipo simple, ya que al afectarse el único bien jurídicamente protegido, habrá nacido el derecho estatal a la persecución y, por lo mismo, el inicio del curso de la prescripción.

Tratándose, por otra parte, de los tipos complejos puede afirmarse que el mismo principio de nacimiento del derecho a la persecución, nos proporciona el del inicio del curso de la prescripción; sin embargo, la adecuación típica, no es tan fácilmente determinable, ya que en cada caso tendrá que verse que los bienes jurídicos protegidos hayan sido colocados por el sujeto actuante en la posición prevista por la norma.

Lo determinante en los tipos complejos, en cuanto se refiere a la prescripción, es la necesidad de probar por medio de la adecuación típica la afectación a los bienes tutelados en ellos. No basta, como debe ser claro, que uno de esos bienes resulte afectado, porque ello puede dar motivo a la aparición de un tipo diferente, sino que es menester que los varios bienes tutelados resulten afectados por el mismo hecho, ya que únicamente así podrá surgir la aplicabilidad del tipo complejo, debiendo tenerse presente que el artículo 105 del Código Penal manda que la temporalidad de la prescripción este regida por la penalidad aplicable "según el delito de que se trate" y esto es el resultado, en los tipos complejos, de la afectación a los varios bienes tutelados.

- 37.- Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Introducción al estudio de las Figuras Típicas, Editorial Porrúa, México, 1972, página 36.
- 38.- Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Introducción al Estudio de las Figuras Típicas, Editorial Porrúa, México, 1972.
- 39.- Obra antes citada, página 172.
- 40.- Obra antes citada, página 173
- 41.- Obra antes citada, página 173-174
- 42.- Claus Roxin, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1972, página 36
- 43.- Francesco Antolisei, Manual de Derecho Penal, Parte General, UTEHA, Argentina, Buenos Aires, 1960, página 194.
- 44.-  
Obra antes citada del autor, página 177.
- 45.-  
Francesco Antolisei, La acción y el Resultado en el Delito, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959, página 201.
- 46.-  
Obra antes citada del autor, página 179.

## CAPITULO VII

### LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA, EN LOS CASOS CONSIDERADOS COMO DE FORMAS ESPECIALES DE APARICION DEL DELITO

#### 1.1. INTRODUCCION

Hasta esta etapa de nuestro trabajo, hemos estado trabajando metodológicamente con un esquema considerado perfecto; un hecho, un autor, una acción.

Es buscando esa uniformidad y congruencia que se ha tomado básicamente el esquema de trabajo en el que partimos en la realización de un sólo hecho, con una sola manifestación de conducta y que implica una sólo violación a la norma o, lo que es igual, de una relación única del binomio conducta-tripicidad, sin variantes ni implicaciones; este esquema, tenemos que reconocerlo, no es el modo exclusivo de presentación del fenómeno de la prescripción de la acción persecutoria, aún cuando sí el más significativo. En los apartados siguientes habremos de ocuparnos de una serie de situaciones fuera del esquema antes dado, que son claras en su posibilidad de presentación y, en ciertos casos, que han sido motivo de un tratamiento especial por parte de la ley.

## **1.2. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PERSECUTORIA EN LOS CASOS DE TENTATIVA PUNIBLE**

Estos casos tienen como presupuestos lógicos que haya pretensión punitiva respecto de cierta tentativa; si aceptamos que no toda tentativa es punible, si no que lo son sólo aquellas que reúnen las condiciones que indica el artículo 12 del Código Penal.

La tentativa tiene que ser referida a un tipo determinado, lo que la vincula con una específica norma típica. Por eso, Carnelutti ha podido afirmar que "la tentativa es un delito secundario previsto en relación con un tipo principal". Lo que nos interesa en estos casos no es saber por qué la tentativa es punible, sino a partir de que momento lo es, porque éste mismo será el momento en que habrá surgido el derecho estatal a la persecución, que marca el inicio del curso de la prescripción.

La regla aplicable, en principio, es la que nos da el artículo 102 del Código Penal que para el caso de la tentativa dice que empezará a contar el término de la prescripción a partir del día que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, si el delito fuere en grado de tentativa.

Esta regla transmite falsas ideas acerca de la tentativa, puesto que no todas ellas se presentan con actos múltiples, que es a lo que induce el empleo de la voz "último" que presupone los precedentes o anteriores, si no que se presta a incurrir en

absurdos cuando falta la supuesta ejecución de varios actos; en efecto, sin forzar demasiado la imaginación se habrán de encontrar casos que sean francamente implicativos de una voluntad encaminada directamente a la realización de un cierto delito y que, sin embargo, la aparición de una causa ajena a esa voluntad criminosa impidan sean consumados, que no hayan tenido múltiples actos previos, como para tomar el último como base para un cómputo, o que no tengan ejecución manifiesta; así, tendríamos, si pretendemos ajustar las dos normas (12 y 102), algunas imposibilidades de aparición de la tentativa punible.

En razón de ello, resulta más técnico y adecuado remitir el momento del inicio del curso al del nacimiento de la acción persecutoria, sin descartar que cuando sea posible dar cuenta de un último acto de ejecución que integre la tentativa punible, éste sea el momento de inicio; no creemos que haya contradicción en nuestro pensamiento cuando nos colocamos en esas dos posibles hipótesis, ya que en realidad todo está dependiendo del nacimiento del derecho a la persecución y con nuestra idea lo que se pretende es dar cabida a toda clase de presentaciones del fenómeno, sin necesidad de hacer una absurda mutilación de los hechos constitutivos de la tentativa, puesto que la misma, como fenómeno jurídico, se presenta con tantas variantes que en realidad deben quedar bajo una misma regla relativa a la perseguibilidad, en la medida posible.

No tenemos duda en cuanto a que la punibilidad de la tentativa en cualquiera de sus formas es uno de los más arduos problemas actuales del Derecho Penal y especialmente de la política criminal;

en ella hay que tomar una posición que es implicativa de la necesidad de mantener un pensamiento congruente en cualquier otro tema relacionado con la punibilidad; en efecto, por qué se habrá de sancionar, ¿por peligrosidad o por el contenido de injusto de la conducta reprochable? De la respuesta que se dé dependerá la postura que inalterablemente se habrá de sostener.

Afirma Vera Barros que "la tentativa punible se perfecciona cuando el proceso delictivo debía desembocar en la consumación del delito --en la realización de todo el tipo-- se interrumpe por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Este obrar incompleto dentro del proceso ejecutivo de la infracción, enderezado a la consumación de un delito determinado, lo que constituye la tentativa. La tentativa concluye, pues, se consuma con el último acto de ejecución realizado por el sujeto. Desde éste momento corre el término de la prescripción de la acción"<sup>47</sup>. Cómo podrá observarse, no hay una fundamentación para tan categórica afirmación, salvo, como es natural, lo que dispone la ley, que si bien es suficiente como mandato, no satisface en plenitud racionalmente.

Debe ser evidente para todos que hasta esta parte del inciso que desarrollamos, hemos centrado la atención en unos de los problemas de la prescripción de la acción persecutoria en los casos de tentativa, ya que nos hemos preocupado por tener una base cierta para el inicio del término o para el principio del curso necesario para la operancia del fenómeno. La ley con la ambigüedad que nos proporciona la fórmula del "último acto de ejecución" hace necesario un criterio más preciso, que viene a

ser el del nacimiento del derecho a la persecución, según sea el tipo especial involucrado; pero con ello damos sólo la primera parte de la solución a la cuestión, ya que la segunda se refiere a la duración del curso total para que la prescripción produzca sus efectos extintivos en la acción persecutoria.

Sabemos que en nuestro sistema, salvo los casos relativos a los delitos de querrela, el tiempo necesario para la prescripción depende de la media aritmética de la pena probable según el delito de que se trate, porque así lo dice la asociación conceptual de los artículos 102 y 105.

La tentativa carece, sin embargo, de una medida exacta en orden a la pena probable, ya que no hay una sanción genéricamente establecida, sino una remisión a cada tipo particular que se presente en forma de tentativa.

El artículo 63 dice:

A los responsables de tentativas punibles se les aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario.

Lo cierto es que sigue sin concreción una pena probable, entendida en forma genérica, lo que significa que hay una absoluta necesidad de referir cada caso de tentativa punible a un tipo particular y para lo que ahora nos interesa, a la pena señalada por el tipo, porque sólo así dispondremos de la base

para computar el tiempo necesario para la prescripción de la acción persecutoria; esto lo que destacamos es que el precepto aplicable es el 105 referido al caso concreto dado en tentativa, y con las modificaciones que el 63 nos proporciona.

Ciertamente, una vez que tenemos la referencia a un cierto tipo, aún falta obtener el factor que la ley señala, es decir, "hasta las dos terceras partes de la sanción" que resultará aplicable en caso de consumación y aún más, con ello tan sólo hemos obtenido la parte superior o máximo de la sanción abstracta, porque la ley dice las dos terceras partes, pero no señala un mínimo.

Se ha interpretado que cuando la ley no dice expresamente la pena mínima aplicable, hay que estar a lo que dispone el artículo 25 que indica que "la prisión consiste en la privación de la libertad corporal; será de 3 días a 40 años y se extinguirá..." lo que significa que en el mínimo de prisión, para ser pena privativa de la libertad, es de 3 días. Tenemos así que para todo caso de tentativa, es válido afirmar que la pena probable es de 3 días a las dos terceras partes de la sanción que correspondería en caso de delito consumado, pero como la ley manda estar a la media aritmética, del resultado antes obtenido deberá sacarse la semisuma para conocer el tiempo necesario para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria.

Quedaría entonces la sanción probable de la tentativa en una fórmula enunciable así: sanción de tres días de prisión a las dos terceras partes de la pena que correspondería como delito consumado. Se siente ya cercana la deseada y necesaria precisión para efectos de la prescripción, pero nos falta aún profundizar acerca del significado de "las dos terceras partes" ya que no sabemos en estricta realidad, si ese concepto habrá de ser referido al mínimo, medio o máximo de la sanción y ello trae como consecuencia que no se haya cumplido con la fijación de las bases requeridas.

El criterio más utilizado es el de tomar como base las dos terceras partes de la sanción máxima señalada en abstracto para el delito consumado, con lo que la sanción de la tentativa punible, partiendo del reconocimiento de que siempre habrá de ser referida tal tentativa a un tipo en particular, es la siguiente: 3 días de prisión con mínimo y como máximo las dos terceras partes del máximo de la pena señalada al delito en los casos en que éste sea consumado.

En cuanto a la prescripción de la acción persecutoria, una vez que se ha obtenido la sanción probable con esos datos consignados según cada caso particular, aún quedará pendiente hacer la división entre dos, porque así lo dispone el artículo 105, para saber cuando surte sus efectos la prescripción de la acción persecutoria.

Desde luego hay que agregar, que si el resultado obtenido es inferior a 3 años, habrá de aplicarse la regla consignada en el artículo 105, parte final, es decir, que no baje el término de prescripción de 3 años.

### **1.3. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PERSECUTORIA EN LOS CASOS DE DELITOS CONTINUADOS**

Dice Rodríguez Devesa que el delito continuado "se caracteriza porque está formado por varios actos, cada uno de los cuales, estimado aisladamente, reúne todas las características de un delito consumado o intentado, pero que se califican globalmente, como si constituyeran un sólo delito" <sup>48</sup>.

El fenómeno del delito continuado tiene una especial significación en cuanto a la prescripción de la acción persecutoria ya que el caso se presenta cuando hay pluralidad de conductas (acciones u omisiones como forma de manifestación); pues se requieren varias violaciones de la ley cometidas en tiempos diversos, no siendo concebible una simultaneidad de acciones, debiendo existir en consecuencia, varios resultados.

Para la prescripción de la acción persecutoria es de máxima importancia saber el momento en que nace el derecho del Estado para perseguir el delito continuado; pensamos que en esto no debe haber duda en cuanto a que tal derecho nace al integrarse (o concluir) aquellas de las conductas que forman la pluralidad que constituye lo continuado del delito. En este mismo momento habrá iniciado su curso el tiempo necesario para la prescripción de la acción persecutoria.

Lo trascendente en orden a la prescripción de la acción persecutoria de los delitos continuados consiste en aceptar que se está ante el caso de un sólo delito, independientemente de la

pluralidad de conductas. Esto tiene importancia porque así se reduce la cuestión en relación a la pena de abstracto que se aplicará en todo momento a esta clase de delitos. Por ejemplo, puede haber robo continuado, en cuyo caso la pena será básicamente la del robo, porque la continuidad en esta hipótesis es un agregado que califica; puede, al individualizarse la sanción, aumentarse o disminuirse dentro de los límites señalados previamente, pero ello en nada afecta a la prescripción de la acción que toma como base el término medio aritmético del delito en abstracto, sin atenuantes o agravantes, porque se trata de un delito único.

Con este criterio, siempre hay una ley exactamente aplicable al caso (*nullum crimen sine lege*) y el reo resulta favorecido al eliminarse problemas de acumulación (*in dubio pro reo*) para dejar el instituto como un beneficio para el inculgado.

47.- Oscar H. Vera Barros, La prescripción penal en el Código Penal, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, página 90.

## CONCLUSIONES

- 1.- La prescripción de la acción persecutoria, es un fenómeno, jurídico penal por el que, en razón del simple transcurso del tiempo, se lita la facultad represiva del Estado, al impedirsele el ejercicio de la acción persecutoria.
- 2.- El Ministerio Público como titular monopolístico de la acción persecutoria, puede y debe abstenerse de ejercitar la acción penal, en los casos en que tal ejercicio no proceda, cuando esté actuando como autoridad en la etapa de investigación o de averiguación previa.
- 3.- La prescripción de la acción persecutoria opera de oficio, por lo tanto, el juzgador debe hacerla valer en el momento mismo en que por cualquier medio de convicción se percate de que ha corrido el término necesario para que opere ésta, sin someterse a formalidad ni ha tramitación especial, ya que su obligación no está sujeta a promoción de parte interesada, aún cuando, como es natural, pueda ser algún interesado procesal quien haga notar la existencia de la prescripción en el caso a estudio o la invoque como excepción.
- 4.- El Tribunal de alzada puede y debe resolver en relación a la prescripción de la acción persecutoria, al conocer y tramitar cualquier recurso del que le haya sobrevenido la jurisdicción necesaria.

- 5.- Las autoridades judiciales Federales, conociendo de amparos directos o indirectos, igualmente pueden y deben resolver en relación con la prescripción de la acción persecutoria.
- 6.- El Artículo 102 del Código Penal en su fracción II referida a la prescripción de la acción persecutoria de los delitos en grado de tentativa punible, transmite falsas ideas de dicha tentativa, puesto que no todas ellas se presentan con actos múltiples, que es a la que induce el empleo de la voz "último", presupone los precedentes o anteriores.
- 7.- La tentativa punible, carece de una medida exacta en orden a la pena probable ya que no hay una sanción genéricamente establecida, sino una remisión a cada tipo particular que se presenta en forma de tentativa punible, según lo manifiesta el Artículo 63 del Código Penal.

## BIBLIOGRAFIA

- Claux Roxin, *Político Crimimimal y Sistema del Derecho Penal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1972.
- Cuello Calón, *Derecho Penal, Tomo I, Parte General*, Bosch, Barcelona, 1968.
- Edmundo Mezger, *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.
- Gutiérrez y González, *Derecho de las Obligaciones*, Editorial José M. Cajica, jr. Puebla, México, Quinta Edición, 1974.
- Hans Welzel, *Derecho Penal, Parte General*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956.
- Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Introducción al Estudio de las Figuras Típicas*, Editorial Porrúa, 1972.
- Manzini, *Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Teorías Generales, Volúmen II*, Edición de Ediar, Buenos Aires, 1950.
- Manzini, *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.
- Mezger, *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946.
- Pavón Vasconcelos, *Concurso Aparente de Normas*, Editorial Cajica, Puebla Mexico, 1975.
- Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Segunda Edición*, Editorial Porrúa, 1967.
- Pessina, *Elementos de Derecho Penal*, Editorial Reus, Madrid, Porte Pettit, *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, Tomo I*, Edición del Autor, 1960.
- Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*, Ediciones Ariel, 1962.

Roberto A: M. Terán Lomas, *La Teoría del Autor en la Sistemática del Derecho Penal*, Ediciones Manes, Buenos Aires, 1964.

Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español, Parte General*, Sexta Edición Madrid, 1977.

Vera Barros, *la Prescripción Penal en el Código Penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1960