

459
14

FIDENCIO LOPEZ SANCHEZ

ESTUDIO DOGMATIVO DE LA FRACCION II DEL
ARTICULO 149 DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIO-
NES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES.

Derecho

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

MEXICO, 1990

12113



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

I N D I C E

	Pág.
Introducción.....	4
I. Antecedentes históricos. 1. Extranjeros.- 2.- Nacionales.....	9
II. Naturaleza jurídica de la ley.....	17
III. Estudio dogmático de la fracción II del - artículo 149 de la Ley General de Institu ciones de Crédito y Organizaciones Auxi- liares. 1. Concepto Jurídico del delito.- 2. Contenido de la fracción II del artícu lo 149.- 3. Denominación del delito.....	28
IV. Clasificación del delito. 1. Por su grave dad.- 2. Según la conducta del agente.- - 3. Por el resultado que produce.- 4. En - función del daño que ocasiona.- 5. Por la duración de su consumación.- 6. Según la culpabilidad del agente.- 7. En razón de su estructura.- 8. De acuerdo con el núme ro de actos necesarios para su ejecución. 9. Según el número de sujetos que requie re su realización.- 10. Por la forma de su persecución.- 11. En función de su materia.	43
V. Análisis heptatómico. 1. Conducta y ausen cia de conducta.- 2. Tipicidad y causas de atipicidad. 3. Antijuridicidad y causas de justificación.- 4. Imputabilidad y causas	

	Pág.
de inimputabilidad.- 5. Culpabilidad y causas de inculpabilidad.- 6. Condiciones objetivas de punibilidad y su ausencia.- 7. Punibilidad y excusas absolutorias.....	66
VI. Formas de aparición del delito. 1. Iter criminis.- 2. Participación.- Concurso de delitos.....	130
Conclusiones.....	147
Bibliografía.....	154

I N T R O D U C C I O N

La presentación de este trabajo es con el fin de obtener el título de licenciado en derecho. La relatividad de las cosas nos indica que para los versados en la materia: especialistas, maestros y doctores en derecho, no pasará de ser un trabajo elemental, simple e intrascendente; sin embargo, para nosotros representa el logro de un objetivo importante en nuestra vida profesional, esto es, la consolidación de una etapa que contribuye a nuestra realización. Con lo expuesto no tratamos de justificar las deficiencias del presente trabajo, sino de subrayar su trascendencia para el autor y dejar constancia de que éste es consciente de las limitaciones de la investigación. Su elaboración ha sido una satisfacción no por la tranquilidad que da el deber cumplido y menos cuando se ha realizado con lentitud, sino porque tuvimos la oportunidad de escuchar las sabias recomendaciones de los doctores Celestino Porte Petit y Eduardo López Betancourt, así como de comparar las ideas de algunos distinguidos maestros de derecho penal: mexicanos, españoles y alemanes.

INTRODUCCION 5

El delito objeto de nuestro análisis se tipifica a partir de 1974, pues originalmente el contenido del artículo 149 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares se limitaba a lo que hoy es su primera fracción. En apoyo de la afirmación anterior podemos decir que, el artículo 149 publicado con la Ley en 1941 carecía de fracciones; consideraba como fraude el ofrecimiento de datos falsos sobre el monto de activos y pasivos; declaraba aplicable el artículo 386 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, en toda la República. Como se trata de un estudio dogmático, lo poco que exista de originalidad en él consistirá en la aplicación de la teoría del delito al tipo en estudio.

El método utilizado en el trabajo es el deductivo. Es decir, se parte de principios para llegar al caso concreto, de lo general a lo particular. El principio está representado por la teoría del delito; el caso concreto, por el tipo descrito en la fracción II del artículo 149 de la LGICOA.

El plan de exposición es histórico y sistemático; comprende algunos antecedentes históricos extranjeros y nacionales; la naturaleza jurídica de la ley; la clasificación del delito desde distintos puntos de vista; el análisis heptatómico; las formas de aparición del delito. Es justo señalar que este esquema fue tomado de la clase de De-

litos Especiales.

El trabajo corresponde al campo del derecho penal; tan - es así, que se realizó con la supervisión del Seminario de De recho Penal y la asesoría de uno de sus distinguidos miembros. Por lo que, el criterio seguido en su elaboración es penalista. Ahora bien, como se trata de un delito especial, esto es, tipificado en una ley diferente al Código penal, se presentan dos situaciones en su desarrollo. Por una parte, se le aplican las disposiciones del ordenamiento penal; por la - - otra, nos facilitan conceptos la Ley General de Institucio- nes de Crédito y Organizaciones Auxiliares, la Ley General - de Sociedades Mercantiles, la Ley General de Títulos y Opera- ciones de Crédito, el Código Civil para el Distrito Federal, - etc.

En ocasiones usamos las abreviaturas de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares: -- LGICOA, y de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal: LODDF.

El fundamento del presente trabajo es el dogmático ju- rídico penal, es decir, las normas del derecho penal son -- consideradas como una verdad cierta e indiscutible en tanto tienen vigencia. A partir de él hacemos el análisis hepta- tómico que comprende a la conducta, tipicidad, antijuridi-

cidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad. Desde luego, entre estos elementos existen diferencias en relación a su función en el delito. La conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, son esenciales o constitutivos. La imputabilidad es considerada como un presupuesto de la culpabilidad. Las condiciones objetivas de punibilidad se estiman como extrínsecas al delito. La punibilidad es tratada como una consecuencia del delito, pero distintiva del carácter penal. En cuanto a la conducta, de acuerdo con el pensamiento del maestro Porte Petit, el elemento objetivo del delito no se limita a la conducta sino que va más allá, al hecho por haber un resultado material. En la culpabilidad nuestro punto de vista adopta una postura ecléctica, es decir, considera tanto a la teoría psicológica como a la normativa; por ende, en los aspectos negativos de ella se señalan las causas que afectan el conocimiento y la voluntad, y el juicio de reproche. Por otra parte, se incluyen también la tentativa, la participación y el concurso de delitos.

La bibliografía utilizada presenta tres características. Primera, toda se encuentra en versión española, por lo que no fue necesaria su traducción. Segunda, la mayoría fue escrita originalmente en nuestro idioma; hecho que facilitó su comprensión, aunque en algunas obras hubo mayor

dificultad por la idiosincracia del pueblo a que pertenece el autor o la época en que fue escrita. Tercera, en su mayoría es de autores mexicanos. Fue preferida la de éstos por ser los más autorizados, ya sea por haber participado en la elaboración de la ley o porque sus estudios se enfocan de manera particular a nuestro derecho.

El delito en estudio es el descrito por la fracción II del artículo 149 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, pero como se nos indica que demos una denominación a nuestro delito, pensamos que el nombre adecuado es Administración fraudulenta de los funcionarios de las instituciones de crédito.

Por último, hacemos pública nuestra gratitud al Dr. -- Eduardo López Betancourt, por el asesoramiento que nos prestó en la elaboración de este trabajo, así como al Dr. Celestino Porte Petit, por cuyo celo profesional nos vimos obligados a presentar un trabajo de investigación con un mínimo de decoro.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS.

1. Extranjeros.

Epoca antigua. Esta época comprende las culturas de los pueblos babilonio, hebreo, egipcio, griego y romano. De las tres primeras civilizaciones pocos datos hay sobre la banca y el crédito y éstos se presentan en un estado elemental. Es así como en ellos juegan un papel importante los templos y palacios en el depósito de granos.

Grecia. En este pueblo encontramos a personas dedicadas a la banca con cierta especialización. Así el trapezita recibía dinero de los particulares; el danefita se encargaba de colocarlo ante los interesados y el krematista y kolibigta se dedicaban al cambio de moneda. Por lo anterior, se afirma una diferencia entre los banqueros y los cambistas.

Roma. En Roma los cambistas reciben el nombre de argentarii y los banqueros de numularii. En el control que ejercía el praefectus urbi sobre la actividad bancaria, se fundamenta el carácter público de ésta y en la asignación de un lugar para la actividad de los cambistas, el origen

de la concesión. Como pueblo en el cual el derecho ocupa un lugar importante, tenemos que varias leyes regían las operaciones de crédito, prohibiendo los altos intereses (Ley de las Doce Tablas), prohibiendo los préstamos con intereses (Ley Genucia), señalando un porcentaje máximo de intereses (Ley Onciarum Foenus).

Edad Media. En esta época destacan en materia bancaria los florentinos, vieneses, lombardos, templarios y toscanos. En la edad media los numularii romanos son conocidos con el nombre de capsos; surgen importantes empresas comerciales que realizan actividades bancarias como un complemento de sus negocios; luego surgen los bancos como empresas especializadas. En esta época los banqueros realizan importantes negocios con los monarcas y papas, son deserrados, encarcelados y disueltos por éstos.

El origen de los bancos medievales se ubica en las ferias. Por eso, cuando se habla del origen de la palabra banco, se mencionan el banco y la mesa que ocupaban en las ferias y de que, cuando les iba mal en sus negocios, rompían su banco. También hay otro punto de vista sobre el origen de la palabra banco. Se dice que deriva de bank -- traducción de monte; nombre con que se conoció al banco más antiguo de Venecia.

Epoca moderna. En 1694 se funda el Banco de Inglate-

rra con el nombre de El Gobernador y Compañía del Banco de Inglaterra, con recursos de los comerciantes y del gobierno. Este banco ha ido a la vanguardia en relación a la utilización del cheque, notas de caja, pagarés, obligaciones, billetes de banco. En 1884 se transforma en el primer banco central; como tal, destacan entre sus funciones la emisión de billetes de banco, el control de la moneda circulante y del crédito.

2. Nacionales.

Epoca colonial. Las actividades bancarias las realizaban los mercaderes. El primer banco fue el Banco de Avío y Minas. Funcionó del siglo XIII a mediados del XIX. Lo creó Carlos III; su objeto fue promover la minería. Primera institución de naturaleza pública.

Nacional Monte de Piedad. Este banco fue creado en el año de 1774 por Pedro Romero de Terreros; emitió los primeros billetes en México. A un principio no cobraba intereses sino hasta que murió su fundador.

En México también hubo casas comerciales dedicadas a las actividades bancarias. Son ejemplo de ello: Gregorio Mier y Terán, Drusena y Compañía, Casa Jecker.

Epoca independiente.

Banco de Avío. Fue creado por Lucas Alamán. Funcionó de 1830 a 1842. Su objeto era el fomento industrial, sus recursos los captaba del público.

Banco de Amortización. Funcionó de 1837 a 1841. Su objeto fue amortizar la moneda de cobre. Con tal fin prohibió la acuñación de moneda de cobre y permitió la de plata y oro.

Banco de Londres, México y Sudamérica. Se creó en el año de 1864. Sobreponiéndose a muchas vicisitudes funciona como Banco de Londres y México. Es el más antiguo de la banca privada.

Banco Nacional Mexicano. Se creó en 1881 por negociantes franco-egipcios, con facultades de emisión. Es el actual Banco Nacional de México, producto de la fusión con el Banco Mercantil Mexicano y la compra del Banco de Empleados.

Banco de Empleados. Fue creado en 1883 por el señor -- Francisco Suárez. Sus recursos los captó de los empleados y tuvo autorización para emitir billetes.

Epoca revolucionaria.

El movimiento armado de 1910 creó ciertos problemas en asuntos de la banca. Por esto, se establecieron instituciones para procurar el saneamiento de esta actividad; hasta la creación del Banco de México en 1925, banco único de emi

sión y regulador de las operaciones bancarias a partir de 1931.

Legislación de las instituciones de crédito.

De acuerdo con el artículo 1° de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, son instituciones de crédito: 1. Los bancos de emisión; 2. Los bancos hipotecarios; y 3. Los bancos refaccionarios. Las demás instituciones que practicasen operaciones de crédito, se regirían por las leyes generales o las concesiones que otorgara el poder público, en tanto no fueran expedidas las leyes especiales.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, en su artículo 6° considera - instituciones de crédito: 1. El banco único de emisión y - la Comisión Monetaria; 2. Los bancos hipotecarios; 3. Los bancos refaccionarios; 4. Los bancos agrícolas; 5. Los bancos industriales; 6. Los bancos de depósito y descuento; y 7. Los bancos de fideicomiso.

El artículo cinco de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, dispone - que son instituciones de crédito: 1. El banco único de -- emisión; 2. Los bancos hipotecarios; 3. Los bancos refaccionarios, industriales y agrícolas; 4. Los bancos de depósito y descuento; 5. Los bancos de fideicomiso; 6. Los -

bancos o cajas de ahorro; 7. Los almacenes generales de depósito; y 8. Las compañías de fianzas.

La Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 en su artículo 1º, señala como entes del mismo tipo a: 1. Las instituciones nacionales de crédito, y 2: Las sociedades mexicanas que realicen actividades activas y pasivas. Estas consisten en: a) Recibir depósitos, b) Recibir depósitos de ahorro, c) Emitir bonos de caja, d) Expedir bonos hipotecarios, y e) Actuar como fiduciarias.

Esta misma ley dispone en su artículo 6º, que son -- instituciones auxiliares de crédito: 1. Los almacenes generales de depósito; 2. Las bolsas de valores; 3. Las Cámaras de compensación; 4. Las sociedades, uniones o asociaciones de crédito; y 5. Las sociedades financieras.

Son instituciones de crédito, según el artículo 2º de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, las sociedades que reciben con cesión para: "I. El ejercicio de la banca de depósito; II. Las operaciones de depósito de ahorro; III. Las operaciones financieras; IV. Las operaciones de crédito hipotecario; V. Las operaciones de capitalización; y VI. Las ope raciones fiduciarias".

De acuerdo con el artículo 3º de la misma ley, son_

organizaciones auxiliares de crédito: 1. Los almacenes generales de depósito, y 2. Las uniones de crédito.

Antes de la primera ley especial de las instituciones de crédito, éstas se regían por el Código de Comercio de 1884, y el Código de Comercio de 1889 en su artículo 640 anuncia la expedición de la primera ley especial. En la ley de 1897 se habla de bancos de emisión, es decir, se manifiesta la ausencia de un banco central que monopolice la emisión de billetes. En la ley de 1924 destacan el banco único de emisión, la Comisión Monetaria, las operaciones de depósito, descuento y fideicomiso, así como la denominación de la ley. En la ley de 1926, se agregan los bancos de ahorro, almacenes generales de depósito y las compañías de fianzas. En la ley de 1932 se reduce su denominación; aparecen en un artículo específico las organizaciones auxiliares de crédito. En la denominación de la ley vigente aparecen las organizaciones auxiliares de crédito. La ley alude más directamente a las operaciones de crédito, desaparecen como organizaciones auxiliares de crédito las bolsas de valores, las cámaras de compensación y las sociedades financieras. En general, se observa un dinamismo de las leyes de instituciones de crédito en la incorporación de nuevas operaciones de la misma naturaleza o afines, lo cual, es una manifestación de la importancia del crédito en el terreno económico.

Por último, es necesario señalar que de acuerdo con el artículo 1° de la LGICOA, las instituciones de crédito son nacionales y privadas. Son ejemplos de ambas clases:

Instituciones nacionales

Banco de México, S. A.
 Nacional Financiera, S.A.
 Financiera Nacional
 Azucarera, S. A.
 Banco Nacional de Comercio
 Exterior, S. A.
 Banco Nacional de Obras y
 Servicios Públicos, S.A.
 Banco Nacional del Ejército
 y la Armada, S. A.

Instituciones privadas

Banco Comercial Mexicano, S.A.
 Banco de Comercio, S. A.
 Banco del Atlántico, S. A.
 Banco Serfin, S.A.
 Banco Nacional de México, S.A.
 Banco Mercantil de Monterrey,
 S. A.

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DE LA LEY.

Vamos a señalar la naturaleza jurídica de la LGICOA, es decir, a determinar su relación con el derecho público y el privado. Por lo tanto, creemos necesario recordar - los criterios seguidos en las clasificaciones de estos de rechos. Debemos anotar en primer lugar que, para algunos juristas todo el derecho es público; en segundo lugar, re cordar el origen romano de esta división. Entre las teorías que tratan de explicar el derecho público y privado, destacan las del interés y la naturaleza de las relaciones. De acuerdo con la teoría del interés una norma es - privada si se refiere a intereses particulares y de naturaleza pública, si protege el interés colectivo. El gran problema de esta teoría es determinar dónde termina un ti po de interés y dónde empieza otro.

La teoría de la naturaleza de las relaciones, advier te que son normas de derecho privado si colocan a las per sonas en un plano de igualdad; de derecho público cuando el Estado interviene como soberano, lo mismo cuando rigen las relaciones entre órganos del propio Estado y a Esta--

dos soberanos. También con esta teoría se presenta el problema de saber cuándo el Estado actúa como soberano y cuándo en relaciones de coordinación con los particulares.

La situación planteada por la teoría del interés la resuelve en la práctica la propia ley, señalando su naturaleza pública o privada. En cuanto al problema que se desprende de la teoría de las relaciones, se supera fijándose en el tipo de relaciones que depara la ley al Estado. Por lo tanto, en ambos procedimientos juegan un papel importante el legislador y el juzgador.

El artículo 2º. de la LGICOA, dispone que el ejercicio de la banca y el crédito requiere de concesión del gobierno federal. Para interpretar esta disposición es necesario señalar lo que es una concesión. Según Serra Rojas: " La concesión es un acto administrativo por medio del cual -- la administración pública federal, confiere a una persona una condición o poder jurídico, para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del Estado o los privilegios exclusivos que comprenden la propiedad industrial". (1) De esta definición se desprenden las ideas siguientes: La concesión es un acto administrativo; la otorga la administración pública federal; se le da a personas; se concede una condición o poder ju-

rídico; se otorga para la explotación de un servicio público, bienes del Estado y propiedad industrial.

El acto administrativo es la manifestación de voluntad del ejecutivo federal que crea consecuencias jurídicas concretas. Las personas concesionarias son públicas o privadas, colectivas o individuales. La condición y el poder aluden a los alcances y límites legales con los que la administración pública delega sus facultades.

Servicios públicos, bienes del Estado y propiedad industrial. Hemos señalado que la concesión otorga el derecho de explotación de servicios públicos, bienes del Estado y propiedad industrial. Veamos en qué consisten.

El servicio público es definido por el artículo 65 de la LODDF, el cual dice: "Para los efectos de esta ley, servicio público es la actividad organizada que se realiza conforme a disposiciones legales o reglamentarias vigentes en el Distrito Federal, con el fin de satisfacer, en forma continua, uniforme y regular, necesidades de carácter colectivo. La debida prestación de estos servicios es de interés público".

Se desprenden como elementos del servicio público:

1. Una actividad organizada.

2. Disposiciones legales y reglamentarias que regulan su organización y funcionamiento.

3. Satisfacción de necesidades colectivas.

4. Interés público en la prestación.

Bienes del Estado. Para hablar de los bienes del Estado es conveniente remitirnos al artículo 27 constitucional, el cual, en su fracción sexta señala las ideas siguientes: Los recursos naturales sobre los que ejerce dominio directo la Nación sólo pueden explotarse por los particulares que hayan recibido concesión; las concesiones son otorgadas por el ejecutivo federal de acuerdo con las disposiciones legales; las leyes señalan las normas que rigen a las sociedades concesionarias y las condiciones de la concesión. Su inobservancia es causa de cancelación; las personas o sociedades para recibir una concesión deben constituirse de acuerdo con las leyes mexicanas; no se otorgan concesiones en materia de petróleo, hidrocarburos y minerales radioactivos, ni de energía eléctrica como servicio público.

Propiedad industrial. Son de gran interés para nuestro trabajo los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley de la propiedad industrial. El primero señala, las personas autoras de un invento de los anotados en el artículo cuarto tienen el derecho de explotarlo en forma exclusiva, directamente

o por un tercero autorizado, conforme a las disposiciones de esta ley y su reglamento. Para adquirir este derecho se debe obtener la patente. El artículo 4° enumera los casos de invención, los cuales, convergen en un nuevo o peculiar producto industrial. El artículo 5° señala las denominaciones propias de las patentes. Así las comprendidas en las tres primeras fracciones son patentes de invención; las de la cuarta patentes de mejoras; las de la quinta y sexta patentes de modelo o dibujo industrial.

En la concesión de servicios públicos, bienes del Estado y propiedad industrial, destacan tres elementos personales que responden a las preguntas ¿quién otorga la concesión? ¿a quién se otorga? ¿a quiénes satisfacen sus necesidades?

1. El concedente (Estado).
2. El concesionario (empresa).
3. El usuario, beneficiario o consumidor.

Después de haber visto como conciben el interés público y el privado, esto es, el derecho público y el privado - las teorías del interés y de la naturaleza de las relaciones, lo mismo que los procedimientos prácticos de identificación; de exponer brevemente lo que es la concesión, los servicios públicos, los bienes del Estado y la propiedad industrial; de señalar los elementos personales de la conce

sión, pasamos a señalar la naturaleza jurídica de la LGICOA.

Comencemos con lo que concede el Estado en esta ley. Para tal fin es pertinente ver las actividades crediticias que involucra. El artículo 2º dispone que son instituciones de crédito las sociedades que hayan obtenido la concesión para una o más actividades bancarias o de crédito, las cuales enumera en la siguiente forma:

1. Operaciones de depósito;
2. Operaciones de depósito de ahorro;
3. Operaciones financieras;
4. Operaciones de crédito hipotecario;
5. Operaciones de capitalización; y
6. Operaciones fiduciarias.

Bancos de depósito. Realizan operaciones de crédito a corto plazo. Captan sus recursos del público por medio de depósitos de dinero. Por la primera actividad se dice que pertenecen a la banca comercial.

Sociedades de ahorro. Son instituciones de ahorro las que tienen concesión para recibir el depósito de ahorro. De acuerdo con el artículo 18 de la LGICOA, el depósito de ahorro es el depósito bancario con interés capitalizable cada seis meses. Son consideradas como banca comercial.

Sociedades financieras. Realizan operaciones a largo plazo, esto es, de uno a quince años. Captan sus recursos por medio de bonos financieros, certificados financieros y préstamos. Se ubican en la banca de inversión.

Sociedades de crédito hipotecario. Realizan operaciones de crédito a largo plazo con garantía de bienes inmuebles. Captan sus recursos por medio de bonos hipotecarios y cédulas de la misma naturaleza. Se consideran como parte de la banca de inversión.

Sociedades de capitalización. De acuerdo con el artículo 40 de la LGICOA, su objeto es la formación de capitales que se pagan a fecha fija o eventual a cambio del pago de primas. Sus recursos los captan por medio de títulos o pólizas de capitalización. Se consideran como empresas dedicadas a la banca de inversión.

Sociedades fiduciarias. Por lo general son parte de otra institución de crédito. En sus operaciones destacan, como su nombre lo indica, las de fideicomiso: la realización del fin a que están destinados determinados bienes. Se catalogan como sociedades de banca de servicios.

El artículo 3º. de la misma ley, dispone que son organizaciones auxiliares de crédito, los almacenes generales de depósito y las uniones de crédito.

Almacenes generales de depósito. De acuerdo con el artículo 50, se encargan del almacenamiento, guarda o conservación de bienes o mercancías y de la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda. Son de tres clases: agrícolas, mixtos y fiscales.

Uniones de crédito. Son agrupaciones de personas físicas o morales dedicadas a la agricultura, ganadería, industria, comercio o a dos de estos ramos, que facilitan a sus socios la obtención de crédito. Por lo primero, las uniones de crédito son agrícolas, ganaderas, industriales, comerciales o mixtas.

Hemos expuesto a grandes rasgos lo referente a las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares de carácter privado; por lo tanto, pasamos a las instituciones nacionales de crédito y organizaciones auxiliares nacionales. Estas instituciones son creadas por el gobierno federal para cubrir actividades necesarias para el desarrollo económico, en las cuales la empresa privada no invierte por su gran volumen, poca rentabilidad y falta de seguridad. Se consideran instituciones u organizaciones auxiliares nacionales de crédito de acuerdo con el párrafo tercero del artículo primero:

1. Las constituidas con participación del gobierno federal;
2. En las que el gobierno federal se reserva el derecho

de nombrar a la mayoría del consejo de administración o de la junta directiva; y

3. En las que el gobierno federal se reserva el derecho de aprobar o vetar los acuerdos de la asamblea o del consejo.

Sus recursos los captan del gobierno federal, de las instituciones de crédito y de los particulares.

Las instituciones nacionales de crédito y las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, son entidades de la administración pública paraestatal según el artículo 3° de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Consideramos que la LGICOA es de naturaleza pública, porque:

a) Se aplica a las sociedades que se dedican a la banca y el crédito (Art. 1°). Estas actividades son un servicio público y la prestación de éste se rige por principios de orden público.

b) La Secretaría de Hacienda y Crédito Público es el órgano competente en todo lo relativo a las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares (Art. 1°).

c) Las sociedades para dedicarse a la banca y el crédito necesitan concesión del gobierno federal (Art. 2°).

Las relaciones de concedente y concesionario son reguladas por el derecho público.

NOTAS DE PAGINA

- 1) Derecho administrativo, II, p. 193.

CAPITULO III
ESTUDIO DOGMATICO DE LA FRACCION II
DEL ARTICULO 149 DE LA LGICOA.

1. Concepto jurídico del delito. El concepto jurídico del delito comprendedos criterios, uno formal y otro substancial. El enfoque jurídico formal no se interioriza en la esencia del delito sino que se limita a la parte externa o superficial de éste. Su concepto lo encontramos en el artículo 7° del Código Penal para el Distrito Federal, que dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

El concepto jurídico substancial presenta dos puntos de vista; por una parte el unitario y por la otra, el analítico. Uno de los autores más destacados de la posición unitaria es Antolisei, quien dice textualmente: "El delito es un todo orgánico: es una especie de bloque monolítico, que puede presentar ciertamente aspectos diversos, pero que de ninguna manera es fraccionable". (1) Estamos de acuerdo en que el delito es un todo desde el punto de vista natural y que por lo mismo, entre sus elementos no hay prioridad temporal; sin embargo, ello no implica imposibilidad de aná

lisis o descomposición conceptual, es decir, el conocimiento del delito por medio de sus partes, porque el saber científico no puede conformarse con observaciones superficiales.

Los seguidores de la concepción analítica coinciden en que para conocer el delito con mayor propiedad es necesario analizarlo a través de sus elementos, reconociendo que hay vinculación entre sus partes, y por lo tanto, que es una unidad. Por las razones que exponen los analistas, el autor se adhiere a ellos.

En la doctrina, los elementos del delito son clasificados en esenciales y accidentales. Los elementos esenciales, llamados también constitutivos, son las partes permanentes e invariables del delito; por lo que, su presencia o ausencia determina la del propio delito. Los elementos accidentales, como su nombre lo indica, no son indispensables sino una eventualidad del delito, su función primordial es influir en la pena, agravándola o atenuándola.

Es muy notorio que la clasificación anterior omite la mención expresa de otros elementos que no son esenciales ni accidentales y que aún teniendo esta última calidad no agranvan ni atenúan la pena, por ser un presupuesto (imputabilidad), una eventualidad (condiciones objetivas de penalidad) o una consecuencia del delito (punibilidad). El maestro Porte Petit dice que relacionando el artículo 7° del Código

Penal con el Ordenamiento en general "descubrimos que es válida la construcción del concepto del delito, como una conducta típica, imputable, antijurídica, culpable, que requiere a veces alguna condición objetiva de punibilidad y punible".(2)

Hemos presentado dos situaciones. La primera, la de los elementos permanentes e invariables del delito, es decir, - esenciales. La segunda, la de los elementos del delito que se pueden desprender de la ley penal. En relación a los -- elementos esenciales del delito, consideramos como tales a - la conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En cuanto a la segunda, como nuestro trabajo consiste en un estudio dogmático, en él la ley será considerada como verdad firme, cierta e indiscutible. Apoyándonos en esto, nuestro análisis comprenderá a los elementos esenciales: conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; lo mismo que la imputabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad y la punibilidad; así como sus aspectos negativos.

2. Contenido de la fracción II del artículo 149. El - delito en estudio está regulado en la fracción II del articulo 149 de la LGICOA, que dice: "Serán sancionados con prisión de dos a diez años y multa hasta de \$1.000,000.00 ... los funcionarios de una institución de crédito u organización auxiliar que, conociendo la falsedad sobre el monto - de los activos o pasivos, conceda el préstamo a que se refiere la fracción anterior, produciéndose los resultados

que se indican en la misma". La fracción primera alude a personas que con la intención de obtener un préstamo ofrezcan a una institución de crédito u organización auxiliar, datos falsos sobre el monto de activos y pasivos de una entidad, persona física o moral. Hace mención a la producción de un quebranto patrimonial.

Relacionando las dos fracciones, encontramos que destacan como elementos: 1. El ofrecimiento de datos falsos, por una persona, sobre el monto de activos y pasivos de una entidad, persona física o moral; 2. La concesión del préstamo por el funcionario de una institución de crédito u organización auxiliar, conociendo la falsedad de los montos; y 3. La producción de un quebranto patrimonial.

1. Las personas desde el punto de vista jurídico son físicas o morales. Las personas morales o colectivas carecen de una existencia real; por lo tanto, para ejercitar -- sus facultades y cumplir con sus obligaciones necesitan de las personas físicas. A este tipo de personas se refiere la fracción primera, cuando alude a personas que ofrezcan datos falsos sobre el monto de activos y pasivos, pues como hemos dicho, no pueden hacerlo directamente las morales o colectivas. Ahora bien ¿qué es el monto de activos y pasivos de una entidad, persona física o moral? El monto es la diferencia de los activos y pasivos. Los primeros

son los derechos económicos de una persona; los segundos, las obligaciones económicas de la misma. Pero ¿por qué se exige la veracidad del monto de activos y pasivos para conceder un préstamo? Porque se trata de asegurar la solvencia económica y la capacidad de pago de las personas que solicitan el préstamo. La solvencia económica consiste en la disposición o tenencia de bienes y la capacidad de pago, estriba en la posibilidad de liquidar el préstamo en el momento de su vencimiento. De este modo, si el monto es negativo, las instituciones de crédito prohíben la autorización de préstamos.

2. En relación al préstamo, en la doctrina se habla del préstamo de consumo (mutuo) y préstamo de uso (comodato). El Código Civil para el Distrito Federal al referirse al mutuo simple en el artículo 2384, lo caracteriza como un contrato en el cual las obligaciones y derechos del mutuante y mutuatario son:

a) Obligación del mutuante. Transferir la propiedad del dinero o cosa fungible.

b) Obligación del mutuatario. Devolver otro tanto -- igual de la misma especie y calidad.

c) Derecho del mutuante. Recibir el dinero o cosa fungible prestada.

d) Derecho del mutuatario. Recibir el dinero o cosa -

fungible contratada.

Cuando el mutuante recibe un interés pactado se trata de mutuo con interés.

El mismo Código caracteriza al comodato como un contrato en atención del cual, el comodante se obliga a conceder en forma gratuita el uso de una cosa no fungible y el comodatario a restituirla; el derecho del comodante es recobrar la cosa prestada y del comodatario a recibirla en préstamo (Art. 2497).

El Código de Comercio rige el préstamo mercantil. Tiene este carácter, cuando las cosas son prestadas con el fin de dedicarlas al comercio. Además, presume mercantil el préstamo entre comerciantes (Art. 358). El préstamo mercantil puede consistir en dinero, títulos o valores, especie (Art. 359).

En concreto, el préstamo en materia civil puede ser de uso o de consumo. El de uso es gratuito; el de consumo puede ser simple o con interés. El préstamo mercantil se distingue por el fin del mismo y por las personas contratantes.

En los préstamos directo, prendario, habilitación o avío, refaccionario, hipotecario, que realizan las instituciones de crédito, destacan su tipo de garantía, destino y transmisión de la propiedad del dinero. De este modo, el préstamo a que se refiere el artículo 149 de la LGICOA es de consumo

o mutuo. Es mercantil de acuerdo con el artículo 75 del Código de Comercio que enumera entre los actos de comercio: las operaciones bancarias; los depósitos en los almacenes generales, los certificados y bonos que los mismos expidan; los actos de naturaleza análoga a los señalados en el mismo ordenamiento.

Según el Código Civil (Art. 27) las personas morales actúan y adquieren obligaciones por medio de los órganos que las representan. Por su parte, la Ley General de Sociedades Mercantiles (Art. 10) señala que la representación de las sociedades mercantiles corresponde al administrador o administradores. La LGICOA (art. 8º) dispone que el número de administradores de las instituciones de crédito no será menor de cinco, los cuales, actuarán en consejo de administración. Ahora bien ¿los administradores son funcionarios de las instituciones de crédito? ¿son los únicos con esa calidad? Consideramos que los administradores sí son funcionarios de las instituciones de crédito. La respuesta de la segunda pregunta es negativa. A este respecto el artículo 91 bis de la misma ley, indica que las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares, realizarán sus funciones y ejercerán sus facultades por medio de uno o varios funcionarios. Al mismo tiempo, reserva a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros el derecho a remover o suspender a los miembros del consejo de administración, comisarios, directores, gerentes

y demás funcionarios que con su firma puedan obligar a la -
institución.

Como vemos, la calidad de funcionario no se agota en -
los consejeros, comisarios, directores o gerentes, por ende,
podemos incluir con el mismo carácter al subgerente, conse-
jero delegado, interventor gerente, presidente y vicepresi-
dente. Después de haber señalado a los funcionarios se pre-
senta una nueva cuestión ¿todos los funcionarios pueden co-
meter el delito en estudio? Nos parece que están en posibi-
lidades de consumarlo los funcionarios de la administración
y no los de vigilancia, es decir, para nosotros se excluyen
los comisarios.

Por otra parte, la LGICOA en el último párrafo de la -
fracción XV del artículo 17, señala la existencia de funcio-
narios y empleados, es decir, hace una distinción entre - -
ellos. Esto echa por tierra la idea de algunas personas -
de que todos los que trabajan en estas empresas son funcio-
narios, esto es, consideran como sinónimos a los vocablos -
funcionario y empleado.

Las instituciones de crédito y las organizaciones au-
xiliares (según el artículo 1º de su propia ley) son empre-
sas que se dedican al ejercicio del crédito y banca de ma-
nera habitual en el territorio nacional. Estas empresas -
son conocidas también con el nombre de negociaciones mer--

cantiles. Sus elementos son: empresario, hacienda y trabajo. El empresario es el propietario de la empresa; puede ser individual o social. La hacienda está formada por el patrimonio de la empresa, es decir, por los bienes del empresario. El trabajo es la actividad desarrollada por el personal al servicio de la empresa.

En cuanto a las actividades del crédito y la banca, el primero consiste en la transmisión que hace el acreditante de un valor económico al acreditado y la obligación de éste de reintegrarlo o su equivalente en dinero, en el plazo estipulado. La función bancaria consiste en la intermediación del dinero y el crédito.

3. Según el tipo en estudio para que exista delito es necesaria la producción de un quebranto patrimonial. Pero ¿qué es el patrimonio? Debe señalarse que hay diferencia entre el patrimonio penal y el civil. En el derecho civil el patrimonio es la universalidad de derechos y obligaciones de carácter económico y valorados pecuniariamente, que corresponden a una persona. De acuerdo con la primera parte del concepto anterior, en materia civil el patrimonio implica el activo y el pasivo. En cambio, en materia penal el patrimonio se refiere al activo civilista y comprende además, a las cosas que carecen de valor económico. (3)

Relacionando los conceptos civil y penal de patrimonio

con el tipo en estudio, puede decirse que éste en principio hace un planteamiento civilista, es decir, abarca activos y pasivos, derechos y obligaciones. Sin embargo, cuando sea violada la norma prohibitiva tenemos que darle una connotación penal al patrimonio. Por último, debemos señalar que la locución "quebranto patrimonial" la entendemos como el daño que sufren las empresas de crédito y organizaciones auxiliares, en sus bienes patrimoniales.

En resumen, las personas que pueden ofrecer datos falsos sobre los montos de activos y pasivos son físicas; los funcionarios que están en posibilidad de obligar con su firma a las instituciones y organizaciones son los consejeros, gerentes, directores, consejeros delegados, interventores - gerentes, subgerentes, subdirectores; las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares son empresas o negociaciones dedicadas al crédito y banca; el quebranto patrimonial consiste en el daño que sufren los bienes, estimables en dinero o no.

3. Denominación del delito. Pasemos a examinar lo referente a la denominación del tipo en estudio. La figura delictiva que se analiza carece de nombre. De esta situación se desprende la conveniencia de darle uno. Para llevar dicho cometido, nos parece adecuado buscar su afinidad y/o identificación con alguna figura penal vigente o proyectada.

Presenta semejanzas con el abuso de confianza y el fraude. En nuestra legislación penal comete el abuso de confianza a el "que con perjuicio de alguien dispone para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya -- transmitido la tenencia y no el dominio...". En consecuencia, sus elementos son: 1. La disposición de bienes ajenos; 2. El perjuicio a un tercero; 3. La cosa mueble; y 4. La -- transmisión de la tenencia pero no del dominio. Disponer de una cosa es actuar sobre ella como su propietario, es decir, como si se tuviera dominio de la misma. El perjuicio es el daño que se causa a un bien jurídico. Las cosas muebles son aquellas que tienen dicho carácter desde el punto de vista material y jurídico; se pueden mover de un lado a otro. La tenencia consiste en la posesión material de una cosa, sin detentar las facultades que da la propiedad.

En el tipo en estudio hay tenencia de los bienes; -- existe una disposición de bienes ajenos; se trata de una -- cosa mueble; se produce un perjuicio patrimonial. Sin embargo, la tenencia es por concepto de administración; la disposición de los bienes se basa en las facultades concedidas; el daño a los bienes es un abuso de las facultades recibidas.

En lo expuesto, destaca la relación del abuso de con-

fianza y la administración fraudulenta; no obstante, en el primer delito, el meollo del asunto está en la disposición de la cosa y en el segundo, en la infidelidad administrativa.

El artículo 386 del Código Penal dice: "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se haya se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido". Los requisitos que se desprenden del delito de fraude, son: 1. El engaño o error; y 2. El enriquecimiento o lucro indebido. En el delito en estudio, hay engaño en la concesión del préstamo, porque el funcionario conoce la falsedad de los montos; y enriquecimiento indebido de la persona que recibe el préstamo. Sin embargo, es de observarse que se concede el préstamo de los bienes que se tienen en administración, es decir, que han sido confiados en forma voluntaria al funcionario y éste no ha adquirido su tenencia por engaño; lo que se viola es el deber de fidelidad.

Parece más propio subsumir el tipo en análisis, en la administración fraudulenta, señalada en el artículo 356 del Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana - (4) y tipificada en el artículo 340 del Código Penal del Estado de Baja California: "Comete el delito de administración fraudulenta el que teniendo a su cargo el manejo, la -

administración o el cuidado de bienes ajenos, con engaño o aprovechamiento del error del ofendido perjudique a su titular o a un tercero con legítimo interés o altere en sus cuntas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o prestaciones o exagerando las que hubiere hecho, ocultando o reteniendo bienes, o empleare abusivamente los bienes o la firma que se le hubieren confiado".

En el delito de administración fraudulenta encontramos los elementos que integran el tipo en estudio.

1. Tenencia de los bienes por manejo, administración o cuidado, y

2. Perjuicio a su titular por medio del engaño o empleo abusivo de la firma que se ha confiado.

Como los términos manejar y administrar significan gobernar, dirigir, regir, aplicar, los vamos a tratar en forma indiscriminada. ¿Qué es la administración en materia de crédito? Administrar una institución de crédito es dirigirla, organizarla, representarla y ejecutar los actos que convengan a su cometido. Comprende: Realizar actos jurídicos en nombre de la institución; ejecutar las resoluciones del Consejo de administración y de la Asamblea de accionistas; llevar la firma social y designar a quienes deben llevarla; formular los reglamentos internos; nombrar y remover a los demás funcionarios y al personal del banco; celebrar

convenios y ejecutar los actos que requiera la buena marcha de la institución; otorgar y revocar poderes; delegar facultades en comités y comisiones de consejeros o en otros funcionarios; organizar las oficinas y procurar el funcionamiento eficaz de ellas; informar al Consejo y a la Asamblea, etc.

El cuidado se refiere a la custodia de los bienes en depósitos regulares, depósitos en cajas de seguridad, etc.

El perjuicio es la destrucción o disminución del patrimonio por medio de la alteración de la verdad y la firma del documento que acredita el préstamo. La destrucción o disminución la realizan los funcionarios y el patrimonio corresponde al sujeto pasivo.

De acuerdo con la fracción II del artículo 149 de la LGICOA, el funcionario tiene posesión de los bienes por concepto de administración; existe falta de lealtad en la concesión del préstamo por el conocimiento que tiene el funcionario de la falsedad de los montos. Además, tomando en cuenta que las organizaciones auxiliares son también de crédito o afines, consideramos pertinente denominar al tipo en estudio: Delito de administración fraudulenta de los funcionarios de las instituciones de crédito.

NOTAS DE PAGINA

- 1) Manual de derecho penal, p. 153.
- 2) Dogmática jurídico penal, p. 30.
- 3) Mariano Jiménez Huerta, Derecho penal mexicano, IV, p. 10.
- 4) Ibid., p. 219.

CAPITULO IV

CLASIFICACION DEL DELITO

Vamos a realizar la clasificación del delito en estudio desde diversos puntos de vista, criterios en los cuales los autores no coinciden y por lo cual, adoptamos los del maestro Castellanos Tena. La generalidad de estos criterios son de carácter externo y la minoría de naturaleza interna. Los principios seguidos son:

1. La gravedad del delito.
2. La conducta del agente.
3. El resultado que produce.
4. El daño que ocasiona.
5. La duración de la consumación.
6. La culpabilidad del agente.
7. La estructura del delito.
8. El número de actos necesarios para su ejecución.
9. El número de sujetos indispensables para su realización.
10. La forma de persecución.
11. La materia que implica.

1. Por su gravedad. Atendiendo a su gravedad las infracciones penales se clasifican en crímenes, delitos y faltas; - delitos y faltas. La primera clasificación es de carácter - tripartito y la segunda, bipartito.

En México los llamados crímenes quedan subsumidos en los delitos y las faltas se encuentran en leyes diferentes a las penales. Sobre esta separación el artículo 21 constitucional señala: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.... Compete a la autoridad administrativa el castigo de los reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por - treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se hubiere impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince - días".

Como vemos, en nuestro derecho penal no existe el problema de diferenciar a los delitos y a las faltas, y mucho menos la necesidad de hablar de varios tipos de faltas o de delitos. En el derecho penal mexicano solamente hay delitos en el Código penal o en otras leyes; los delitos se diferencian de las faltas, porque son sancionados por el órgano jurisdiccional y las faltas por la autoridad administrativa; por lo tanto, para identificar una infracción penal no nos guiará la gravedad sino la autoridad encargada de sancionarla.

Hemos visto que constitucionalmente la imposición de las penas es competencia propia y exclusiva de la autoridad judicial. Ahora bien, si el tipo en estudio señala al infractor una sanción de dos a diez años de prisión y multa hasta de \$1.000.000.00. Y el artículo 24 del Código Penal para el Distrito Federal señala como penas a la prisión y la sanción pecuniaria, incluyendo en ésta a la multa, concluimos que se trata de un delito.

2. Por la conducta del agente. Por la conducta del agente los delitos se clasifican en delitos de acción y de omisión. Los delitos de omisión a su vez, se dividen en delitos de simple omisión y de comisión por omisión.

Delitos de acción. Advierte el maestro Jiménez Huerta que no deben tomarse como sinónimos los vocablos acción y comisión, porque el primero es de carácter natural únicamente y el segundo implica una relación con el derecho. (1) No obstante la objeción hecha por el ilustre maestro vamos a emplearlos como sinónimos, debido a que el término acción es usado en la doctrina y en el Código penal mexicano. Hecha la consideración anterior, podemos decir que la acción es el comportamiento positivo y voluntario que viola una norma prohibitiva.

Delitos de omisión. Para nosotros la omisión consiste en el comportamiento negativo, voluntario o involunta--

rio, que transgrede una ley imperativa. La omisión puede ser propia o impropia, verdadera o falsa, pura o espuria, simple o de resultado material. En la omisión propia el resultado es independiente y en la impropia, el resultado es necesario; pero en ambas, hay una conducta negativa.

Comisión por omisión. El delito de comisión por omisión recibe también los nombres de omisión impropia, delito espurio y falso delito de omisión.

Uno de los conceptos más completos sobre el delito de comisión por omisión es el de Porte Petit. Este maestro señala: "Existe un delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva".(2)

En la concepción transcrita encontramos: otra denominación del delito de comisión por omisión; el señalamiento de las características del resultado, de los rasgos psicológicos de la inactividad y de los dos tipos de normas que se violan.

El autor adopta el concepto del ilustre maestro.

Hemos dicho que los delitos, por la conducta del agente, se clasifican en delitos de acción y delitos de omisión;

que éstos a su vez se dividen en delitos de simple omisión y de comisión por omisión. Como el delito en estudio se comete cuando un funcionario concede un préstamo, podemos afirmar que se trata de un delito de acción. El comportamiento positivo estriba en conceder, dar; la voluntad en la determinación propia del funcionario; y la transgresión de la norma prohibitiva, en la concesión del préstamo a pesar de la disposición a los funcionarios de las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares, de no conceder préstamos cuando sean ofrecidos datos falsos de los montos.

3. Por su resultado. Con el fin de clasificar nuestro delito como formal o material es necesario dilucidar en qué consisten unos y otros, y además ¿cuál es el criterio de distinción?

Según algunos autores todos los delitos tienen resultado, ya sea material o inmaterial; en cambio para otros, son delitos de resultado aquellos en los que éste se materializa y son delitos formales en los que el resultado es inmaterial. En lo expuesto destaca el papel trascendente del concepto que se adopte de resultado.

Nosotros, sin oponernos a que haya diferentes clases de resultado, optamos como criterio de distinción entre delitos formales y materiales, el que haya o falte el resultado externo, objetivo, material (concepción naturalista de

resultado). De este modo, si hay resultado objetivo le llamamos delito material, si falta dicho resultado le denominamos delito formal.

Delitos formales. Los delitos formales se consuman con la acción u omisión del agente. Se reducen a la simple actividad, a la pura conducta, al simple comportamiento, a la pura omisión del agente; de aquí que reciban también los nombres de delitos de simple actividad, de pura conducta, de simple comportamiento, de resultado inmaterial, de mera acción, de peligro.

Delitos materiales. Los delitos materiales son conocidos también con el nombre de delitos de resultado y aun de lesión. Los delitos materiales se consuman cuando se produce el resultado material que exige el tipo. Preferimos la expresión resultado material, porque el resultado en general y el resultado antijurídico, puede ser únicamente jurídico, moral o inmaterial.

Ahora bien, si de acuerdo con el resultado los delitos se clasifican en formales y materiales, según exista o falte resultado material; y observando que de acuerdo con el tipo en estudio habrá delito si como consecuencia del presuntivo resulta un quebranto patrimonial, concluimos que por el resultado se trata de un delito material.

4. Por el daño que causan. Por el daño que causan los delitos se clasifican en delitos de lesión y delitos de peligro.

Delitos de peligro. Los delitos de peligro son aquellos que consumados representan un peligro para los bienes jurídicos, y en forma negativa, son las infracciones penales que no causan un daño efectivo a los bienes jurídicamente tutelados. El peligro es la cercana posibilidad de la producción de un daño.

Clases de peligro. En cuanto a los tipos de peligro encontramos diversos puntos de vista. Jiménez de Asúa, dice: "Los autores modernos acostumbran a diferenciar este grupo de delitos de peligro, en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. En los primeros se exige, para que pueda decirse que el hecho encaja en el tipo, la demostración en cada caso de que realmente se ha producido el peligro. En cambio, en los segundos, si bien el delito representa un peligro específico de los bienes jurídicos protegidos, la consecuencia penal no depende de que se demuestre en el caso concreto la situación de peligro especial". (3) El maestro Jiménez Huerta opta por la división de delitos de peligro efectivo y de peligro presunto. En los delitos de peligro efectivo el peligro debe presentarse objetivamente y comprobarse en cada caso; en cambio, en los

delitos de peligro presunto, el peligro se presume descrito abstractamente en la norma y no admite prueba en contrario. (4).

Aunque usan términos distintos Jiménez de Asúa y Jiménez Huerta, en gran parte coinciden, pues en el peligro concreto y en el peligro efectivo se requiere en cada caso particular probar la existencia del peligro, y en el peligro abstracto y en el presunto, el peligro es abstracto; esto último, porque consideramos la no exigencia de la prueba de la existencia del peligro y la presunción del peligro en el tipo; expresiones distintas de una misma idea.

Delitos de lesión. Por delitos de lesión entendemos aquellos que consumados causan un daño real a los bienes jurídicos, destruyéndolos o disminuyéndolos.

De acuerdo con la clasificación de delitos de peligro y delitos de lesión, así como con el significado ofrecido de los mismos, y considerando que el tipo descrito en la fracción II del artículo 149 de la LGICOA, requiere para su consumación un quebranto del bien jurídico protegido, es decir, una disminución del patrimonio de la institución u organización auxiliar, afirmamos que se trata de un delito de lesión.

5. Por su duración. Las especies que presentamos bajo este rubro algunos autores las exponen con la denomi-

clasificación del delito 51

nación de "delitos por el resultado", (5) y otros, al hablar de la "unidad del delito". (6) Hecha esta aclaración, diremos que por su duración los delitos se clasifican en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes o continuos.

Antes de ofrecer nuestras nociones sobre cada uno de ellos, nos apresuramos a manifestar que adoptamos la idea de instantaneidad de la consumación. En este punto de vista -como en otros- tiene influencia decisiva la opinión del maestro Porte Petit, quien se adhiere a la tesis de Bettiol en cuanto éste enfoca la instantaneidad a la consumación y no a la ejecución. (7)

Delitos instantáneos. Son delitos instantáneos aquellos que se consuman y agotan en forma instantánea.

Delitos instantáneos con efectos permanentes. Son aquellos en los cuales la consumación y agotamiento se realizan de manera instantánea, más sus consecuencias subsisten.

Delitos continuados. Los delitos continuados se consuman por medio de varios actos u omisiones, esto es, concurren varias acciones u omisiones a integrar un solo delito.

Delitos permanentes. En los delitos permanentes la

consumación se realiza en forma prolongada. Algunos escritores señalan que en este delito, el estado antijurídico - puede ser interrumpido por el sujeto activo, el sujeto pasivo, terceras personas y los animales. (8)

El delito descrito en el tipo en estudio se consume si como consecuencia del préstamo surge un daño patrimonial, es decir, que puede haber préstamo sin que haya delito. Por lo tanto, desde el punto de vista de su duración es un delito instantáneo con efectos permanentes.

6. Por la culpabilidad del agente. En relación a las especies de la culpabilidad destacan dos criterios; uno que reconoce solamente al dolo y la culpa, y otro que agrega a la preterintencionalidad.

El artículo 8° del Código Penal para el Distrito Federal, señala que los delitos pueden ser intencionales y no intencionales o imprudenciales. Como es fácil inferir los delitos intencionales son los dolosos y los no intencionales son los culposos.

Delitos dolosos. Tomando como elementos del dolo el conocimiento y la voluntad o intención, podemos decir que los delitos dolosos son aquellos, en los que interviene la voluntad del agente en forma consciente.

Delitos culposos. Considerando la parte final del -

artículo 8º del Código penal mencionado, podemos afirmar que los delitos culposos son aquellos que comete el agente por falta de previsión, pericia, reflexión o cuidado.

Delitos preterintencionales. El concepto del delito preterintencional se desprende de la fracción II del artículo 9º del Código penal. Es aquel en el cual se produce un daño mayor del que se quiso causar, si dicho resultado es previsto o previsible.

Como el tipo en estudio señala que el funcionario será sancionado cuando conceda el préstamo solicitado, conociendo la falsedad del monto de los activos y pasivos, destacan como elementos: 1. El conocimiento del agente sobre la falsedad de los datos ofrecidos por el solicitante; --- 2. La voluntad del funcionario de conceder el préstamo; -- 3. La voluntad del funcionario de ocasionar un quebranto patrimonial a la institución u organización, puesto que conoce la falsedad de los datos recibidos. Dado que los -- elementos del tipo coinciden con los del dolo, se concluye que se trata de un delito doloso.

7. Por su estructura o composición. Por su estructura o composición los delitos se clasifican en simples y y complejos.

Criterio de clasificación. Como criterios de clasificación los autores consideran el número de delitos, ---

bienes jurídicos, actos y sujetos. Para Castellanos Tena - el delito complejo está integrado por "dos o más delitos que pueden figurar por separado". (9) Jiménez Huerta niega que en los delitos complejos sea necesaria la presencia de dos delitos simples, y en cambio, hace hincapié sobre varios bienes jurídicamente tutelados. (10) Cuando se hace referencia al número de sujetos y al número de actos, de acuerdo con nuestro punto de vista, se trata de otros ángulos de estudio y desde los cuales, catalogamos a los delitos como plurisub_sistentes y plurisub_sjetivos.

No hay duda de que en el delito complejo y en el simple es un solo tipo penal. Pero, pensamos que los delitos complejos no requieren para su integración de dos delitos, sino que en ellos figuran dos o más bienes jurídicos que al separarse pueden integrar un delito cada uno.

Después de haber hecho la pequeña explicación anterior de los delitos por su composición, pasamos a ofrecer nuestro concepto sobre ellos. En el delito simple el agente infringe solamente un bien jurídico. En el delito complejo se violan dos o más bienes jurídicos protegidos por un tipo.

Si por su estructura o composición los delitos se clasifican en simples y complejos, según se violen uno o varios bienes jurídicos; y en el delito en estudio se lesiona

únicamente el patrimonio de las instituciones de crédito u organizaciones auxiliares. Por lo tanto, estamos convencidos de que se trata de un delito simple.

8. Por el número de actos que forman la acción típica, los delitos pueden ser unisubsistentes y plurisubsistentes. Los delitos unisubsistentes se integran con un sólo acto. Los delitos plurisubsistentes se forman por varios actos.

Aunque es claro y sencillo el fundamento de división de estos delitos es necesario hacer una pequeña explicación para precisarlo. Una cosa es que el tipo requiera para su consumación de uno o varios actos y cosa distinta, que se pueda consumir con uno o varios de ellos; en una se trata de necesidad y en otra de contingencia. De acuerdo con el último criterio un mismo delito puede presentarse unas veces como unisubsistente y otras, como plurisubsistente. En cambio, tomando como referencia el fundamento primeramente señalado un delito será siempre unisubsistente o plurisubsistente, según el número de actos necesarios para su consumación. Según el maestro Castellanos Tena, los elementos indispensables para integrar los delitos plurisubsistentes son: 1. La similitud de las conductas repetidas, y 2. La imposibilidad de que dichas conductas integren por sí mismas un delito. (11) Aplicando esta idea al delito unisubsistente podemos decir que el acto que lo integra es único. En la doctrina es opinión común la división de delitos unisubsistentes y

plurisubsistentes, por el número de actos necesarios para su consumación.

En la fracción II del artículo 149 de la LGICOA, la acción está constituida por la concesión del préstamo. La palabra conceder indica dar, otorgar. El préstamo, como hemos visto, puede ser de distinto tipo por lo que es necesario delimitar al que se refiere la fracción citada. Pensamos que la locución "concedan el préstamo" indica otorgamiento de dinero o cosas fungibles. Ahora bien ¿cómo se otorga un préstamo? La forma normal es por escrito, en donde las firmas desempeñan un papel trascendente. Bien sabemos que las firmas no requieren de varios actos sino que se ejecutan -- con uno solo; por lo tanto, el delito en estudio es unisubsistente.

9. Por el número de sujetos. Por el número de sujetos que necesitan los tipos penales, los delitos se clasifican en unisubjetivos y plurisubjetivos.

Delito unisubjetivo. El delito unisubjetivo es aquel cuya consumación se satisface con la conducta de un sólo sujeto.

Delito plurisubjetivo. El delito plurisubjetivo es aquella infracción penal que necesita para su ejecución de la conducta de dos o más sujetos.

Respecto a las especies de esta clasificación cabe mencionar su semejanza con el criterio que rige en la ubicación del delito por el número de actos. De este modo, una es la naturaleza del delito por el número de sujetos que requiere para su consumación y otra lo que puede ser. Así si por cuestiones circunstanciales cooperan varios sujetos en la ejecución de un delito unisubjetivo, entonces estaremos en un caso de participación o concurso eventual de personas.

Aunque el tipo en estudio habla de funcionarios, la referencia en plural se explica porque en las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares son varios los funcionarios; sin embargo, por el número de sujetos que necesita en su ejecución es unisubjetivo, porque se consume con la actuación de un sólo sujeto llamado funcionario.

10. Por su persecución. Por su persecución los delitos se clasifican en delitos perseguibles de oficio y de querrela necesaria.

El Código Federal de Procedimientos Penales y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señalan la obligación de los funcionarios y agentes de la policía judicial a investigar los delitos de que tengan conocimiento. Al mismo tiempo, el segundo, señala los delitos para los que es necesaria la querrela y remite sobre el tema al Código Penal.

Denuncia y querrela. Los medios a través de los cuales el Ministerio Público y la policía judicial obtienen el conocimiento de los delitos, son la denuncia y la querrela. El artículo 16 constitucional establece estas dos instituciones como únicos medios de conocimiento, aunque literalmente habla de denuncia, acusación o querrela. Al respecto Rivera - Silva, señala: "En la actualidad, conforme lo señala el artículo 16 Constitucional, sólo son aceptadas como instituciones que permiten el conocimiento del delito, la denuncia y la querrela o acusación, siendo de advertir que el propio artículo no establece tres instituciones diferentes, a saber: denuncia, querrela y acusación, sino exclusivamente dos: la denuncia y la querrela o acusación. Querrela o acusación son términos que el legislador usa en forma sinónima".(12)

La denuncia y la querrela se diferencian, porque la primera puede hacerla cualquier persona, en cambio la segunda, sólo puede presentarla el ofendido o su representante legal. Tanto la denuncia como la querrela pueden presentarse verbalmente o por escrito. Además, es oportuno señalar que es necesaria la querrela para investigar los delitos, cuando lo indica expresamente la ley penal.

Varios autores justifican la existencia de los delitos de querrela necesaria, en los mayores perjuicios que les puede producir a los ofendidos, muchas veces, la persecución del delito. (13) Como hay discrepancias sobre lo ade-

cuado o inadecuado de la existencia de delitos de querella necesaria, Jiménez de Asúa, observa que el talón de Aquiles no se encuentra en la iniciación del procedimiento a instancia de los particulares, sino en que ya satisfecho el requisito de procedibilidad, se sigan considerando como privados y opere en ellos el perdón. (14)

En resumen, la mayoría de los delitos son perseguibles de oficio y la minoría de querella necesaria; las instituciones que brindan el conocimiento de los delitos son la denuncia y la querella, las cuales, pueden hacerse oralmente o por escrito; son delitos de querella necesaria aquellos en la que ésta se encuentra expresada en la ley; la querella necesaria se justifica por la protección que otorga ante mayores perjuicios.

Delitos de oficio. Los delitos perseguibles de oficio son aquellas infracciones penales en las que el Ministerio Público y la policía judicial, actúan al obtener el conocimiento de un delito a través de la denuncia.

Delitos de querella necesaria. Los delitos de querella necesaria son aquellos en los que el Ministerio Público y la policía judicial, proceden solamente después de haberse presentado la querella.

Hemos visto que los delitos por su persecución se clasifican en delitos de oficio y de querella necesaria;

clasificación del delito 60

que los delitos del último tipo necesitan un señalamiento expreso en la ley de tal carácter. Debido a que el Código Penal para el Distrito Federal y el tipo en estudio no estipulan la querrela necesaria, como lo hace la LGICOA en los artículos 153, 153 bis 1 y 153 bis 3, en que se procederá a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Podemos afirmar que se trata de un delito perseguible de oficio.

11. Por su materia. Cuando se habla en la doctrina de los delitos comunes y políticos, se consideran diversos criterios para clasificarlos; cabe citar como ejemplos, la naturaleza intrínseca y la ilicitud del fin que persigue el agente. (15) El autor citándose al pensamiento del maestro Castellanos Tena, considera como especies de esta clasificación a los comunes, federales, oficiales, militares y políticos.

Delitos comunes. Los delitos comunes son las infracciones a las normas de derecho común, legisladas por los congresos locales.

Delitos federales. Los delitos federales son aquellos que infringen las leyes del fuero federal, legisladas por el Congreso de la Unión.

Delitos militares. Los delitos militares son los cometidos por los miembros del ejército que violan la dis

ciplina militar.

Delitos oficiales. Los delitos oficiales son los cometidos por los funcionarios y empleados públicos en el ejercicio de su cargo.

Delitos políticos. El artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal señala como delitos políticos a la rebelión, la sedición, el motín y la conspiración para ejecutarlos. Como los delitos de rebelión, sedición, motín y conspiración para cometerlos, significan obstruir el desempeño del cargo de los funcionarios, atentar en contra de las instituciones políticas constitucionales y de la misma constitución política, con o sin armas, pero con previo acuerdo de fin y de medios para alcanzarlo, para nosotros, son delitos políticos los que atentan contra la existencia y funcionamiento de las instituciones del Estado Mexicano.

La transgresión a la fracción II del artículo 149 de la LGICOA, es un delito federal, porque dicha ley fue expedida por el Congreso de la Unión y su ámbito espacial de validez es toda la República. Por otra parte, la propia ley señala la posibilidad de que el delito sea oficial. El párrafo segundo del artículo 1º dice: "Se exceptuarán de la aplicación de la misma ley el Banco de México y las demás instituciones nacionales de crédito, cuando así lo establezcan las leyes".

clasificación del delito 62

En síntesis, el tipo descrito en la fracción II del artículo 149 de la LGICOA, es un delito porque la aplicación de las sanciones: prisión y multa, corresponde a la autoridad judicial. Siguiendo con su clasificación diremos que es un delito de acción, en razón de que consiste en un hacer: --- "concedan" y se viola una ley prohibitiva: serán sancionados los funcionarios que conociendo la falsedad de los montos - concedan el préstamo, interpretada a contrario sensu; material, porque exige para su consumación de un resultado objetivo: quebranto patrimonial; de lesión, pues implica una disminución de los bienes patrimoniales que hemos señalado en el punto anterior; instantáneo con efectos permanentes, atendiendo a que se consuma y agota en un sólo momento pero subsisten sus efectos: se concede el préstamo por medio de la firma y como consecuencia surge un quebranto patrimonial; - doloso, porque comprende la voluntad de producir un resultado: conociendo la falsedad de los datos se concede el prés-tamo; simple, ya que protege un solo bien jurídico: patrimonio; unisubsistente, porque se consuma con un acto: la firma del funcionario; unisubjetivo, debido a que se consuma - con la acción de un solo sujeto: funcionario; perseguible de oficio, puesto que carece del señalamiento expreso de - la querrela necesaria; federal, por haber sido legislada la ley por el Congreso de la Unión: "El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, decreta: Ley General de Instituciones

clasificación del delito 63

de Crédito y Organizaciones Auxiliares", y tener vigencia en toda la República; además, oficial en el caso de funcionarios de instituciones nacionales de crédito no exceptuadas de la aplicación de la LGICOA.

NOTAS DE PAGINA

- 1) Derecho penal mexicano, I, p. 126.
- 2) Apuntamientos de la parte general de derecho penal, p.311.
- 3) La Ley y el delito, p. 216.
- 4) Derecho penal mexicano, I, pp. 263-264.
- 5) Celestino Porte Petit, Apuntamientos de la parte general de derecho penal, p.379. Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de derecho penal mexicano, p.208.
- 6) Luis Jiménez de Asúa, La ley y el delito, p. 528.
- 7) Apuntamientos de la parte general de derecho penal, p.380.
- 8) Celestino Porte Petit, Apuntamientos de la parte general de derecho penal, p. 391. Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de derecho penal mexicano, p. 212. Mariano Jiménez Huerta, Derecho penal mexicano, I, p. 155.
- 9) Lineamientos elementales de derecho penal, p. 141.
- 10) Derecho penal mexicano, I, p. 265.
- 11) Ob. cit., p. 143.
- 12) El procedimiento penal, pp. 107-108.
- 13) Fernando Castellanos Tena, ob. cit., p. 144. Luis Jiménez de Asúa, Tratado de derecho penal, III, p. 280. Manuel Rivera Silva, ob.cit., pp.118-119.

14) Tratado de derecho penal, III, p. 280.

15) Luis Jiménez de Asúa, ob. cit., p. 166.

CAPITULO V

ANALISIS HEPTATOMICO

1. Conducta y ausencia de conducta.

Habiendo señalado que nuestro estudio comprenderá siete elementos del delito, vamos a hablar de la conducta y hecho. Para referirse a este elemento, primero desde el punto de vista lógico, los autores han utilizado entre otras palabras: acción en sentido amplio, acto, conducta y hecho. Nosotros vamos a emplear los vocablos conducta y hecho. Conducta para referirnos a la acción y omisión, porque la conducta es la forma de reaccionar humana ante los estímulos y no es precisamente pura acción sino también abstención. Hecho para aludir aquellos casos en que haya conducta, resultado material y nexo de causalidad; ésto sin desconocer lo acertado de la crítica de que los hechos pueden ser humanos y extrahumanos, y de que en un momento dado, la conducta -- es también un hecho. (1)

La conducta es la acción u omisión voluntaria del hombre que viola la obligación jurídica de obrar o de abste--nerse. En este concepto destacan como elementos: 1. La -- actividad o inactividad, 2. La voluntad, y 3. La obliga--

ción jurídica de obrar o de abstenerse. También del concepto de conducta se desprenden la acción y la omisión como formas de ella. La acción como la actividad voluntaria que infringe el deber jurídico de abstenerse. Y la omisión como la inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar.

Hecho. Al explicar el hecho vamos a aprovechar lo dicho en el párrafo anterior sobre la conducta. El resultado material es consecuencia de la conducta; de esta idea se infiere la necesidad del nexo causal entre ambos.

En cuanto a la relación de causalidad entre la conducta y el resultado material destacan las teorías de la causa adecuada y de la equivalencia de las condiciones. Se señalan como errores de la teoría de la equivalencia de las condiciones la exagerada extensión de la causa y de la responsabilidad, y el de equiparar a todas las condiciones. Jiménez Huerta, partiendo de la idea de que fuera de la lógica del derecho es arbitrario e imposible limitar la causalidad naturalística que la teoría de la *conditio sine qua non* trae consigo al ámbito del derecho, señala que la teoría de la adecuación trata de explicar la causa y precisar sus límites, fundada en la experiencia jurídica. Para conocer mejor su pensamiento respecto a la teoría de la causa adecuada veamos lo que dice textualmente: "La teoría de la causación --

adecuada tiene por objeto destacar el singular relieve que adquiere en el orden jurídico la causalidad humana; es su fin establecer, para el ámbito del Derecho, un límite a la causalidad fenoménica".(2)

Los opositores de la teoría de la causación adecuada le señalan como errores: tratar de excluir la causalidad material y considerar únicamente la causalidad jurídica, confundir la causalidad material con la culpabilidad, tratar de determinar a priori si el nexo causal es relevante para la responsabilidad. Como su nombre lo indica, para la teoría de la equivalencia de las condiciones todas éstas son iguales y es necesario el concurso de todas ellas. La teoría de la equivalencia de las condiciones es llamada también conditio sine qua non, porque al suprimirse la conducta no se presenta el resultado, o sea, que de la conducta depende el resultado material. Jiménez de Asúa está convencido de que el nexo causal ha de considerarse en su sentido filosófico y natural, que es inadecuado construir una teoría causal del derecho penal y que la existencia del nexo causal no basta para integrar la responsabilidad. (3)

En concreto, la teoría de la causa adecuada tiende a delimitar la causa al derecho penal y a destacar una condición; en cambio, la teoría de la equivalencia de las condiciones aprecia el nexo causal desde el punto de vista filo

sófico y natural y considera indispensables a todas las condiciones. Optamos por la teoría de la equivalencia de las -- condiciones, porque la causalidad es material, objetiva.

En el tipo en estudio se trata de un hecho puesto que se requiere un resultado material; consiste en que el funcionario concede el préstamo y como consecuencia surge un quebranto patrimonial para la institución de crédito u organización auxiliar. La conducta en este caso estriba en una acción: conceder, facilitar, otorgar; el resultado consiste en el quebranto patrimonial, y para que se integre el hecho, se necesita el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado material.

Ausencia de conducta. Hay consenso en cuanto a que la vis absoluta y la vis maior son causas de ausencia de conducta. Lo mismo parece acontecer con los movimientos reflejos. En cambio, sobre la naturaleza del sueño, sonambulismo e hipnotismo, hay ciertas diferencias.

La vis absoluta tiene su fundamento legal en la fracción I del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, que dice: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal... Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible". El maestro Porte -- Petit señala como elementos de la vis absoluta: una fuerza, física, irresistible y humana. (4) Como se observa supri

me la característica de exterior a la conducta y agrega lo de humana, la primera por considerarla innecesaria y la segunda, para diferenciarla de la vis maior. Tomando en cuenta el precepto legal y lo señalado por el autor antes citado, concebimos a la vis absoluta como la fuerza física, humana e irresistible. La vis maior carece de un señalamiento expreso en la ley penal, pero como se impone a la voluntad del agente y procede de la naturaleza, podemos decir que es la fuerza física, extrahumana e irresistible.

Movimientos reflejos y fisiológicos. Varios autores consideran a los estados fisiológicos: sueño, sonambulismo e hipnotismo y a los movimientos reflejos, como causas de ausencia de conducta por falta de voluntad. El maestro Villalobos acepta que los movimientos reflejos son causa de ausencia de conducta por falta de voluntad; sin embargo, a los estados fisiológicos los considera como causas de inimputabilidad, porque la conciencia y la voluntad se manifiesta en forma anormal.(5) Al respecto es necesario apuntar que un sujeto es imputable cuando tiene salud y madurez mental, y que es inimputable cuando su capacidad cognoscitiva y volitiva es afectada por un trastorno mental transitorio.

Si bien los movimientos fisiológicos y reflejos son aceptados como causas de ausencia de conducta, es indispensable señalar que el requisito fundamental para ello es la

falta de voluntad; por lo tanto, cuando el conocimiento y la voluntad se presenten, aun en forma anormal, no anulan la conducta sino algún otro elemento del delito. Apoyándonos en las ideas expuestas y su falta de señalamiento expreso en el Código penal, podemos decir que los movimientos reflejos y fisiológicos son causas supraleales de ausencia de conducta cuando son ejecutados por un sujeto carente de voluntad.

Ausencia de conducta en el tipo que se estudia. Pueden presentarse como causas de ausencia de conducta la vis absoluta y los movimientos reflejos. La descripción del primer caso sería: que un funcionario de una institución de crédito u organización auxiliar, fuera obligado a firmar un documento de crédito a través de la aplicación de la fuerza física de un hombre, de tal intensidad, que no pudiera resistirse a signar dicho documento. En los movimientos reflejos el caso sería el siguiente: el funcionario multicitado firma o concede el préstamo impulsado por la fuerza del movimiento reflejo.

2. TIPICIDAD Y CAUSAS DE ATIPICIDAD.

La tipicidad consiste en la adecuación de la conducta del agente a la descripción legal. En la figura típica en estudio, la tipicidad consistirá en que un funcionario de una institución de crédito u organización auxiliar, conociendo la falsedad de los datos conceda un préstamo y como consecuencia, se produzca un quebranto patrimonial. La adecuación es tan importante que la falta de uno de estos elementos hace que no se configure este delito.

Tipo. El tipo es la descripción legal de una conducta o hecho. Coinciden los autores en que el tipo describe y concretiza la antijuridicidad. La descripción consiste en el señalamiento de los elementos y sus características para que pueda existir el delito. La concretización de la antijuridicidad es la delimitación de la hipótesis legislativa. En cuanto a que si el tipo es indiciario o no de la antijuridicidad, para Jiménez de Asúa, el tipo es indiciario de la antijuridicidad "cuando coinciden en el tiempo la aparición de la antijuridicidad y del tipo".(6) Castellanos Tena niega que el tipo sea indiciario de la antijuridicidad, al afirmar que "toda conducta típica es siempre antijurídica (salvo la presencia de una justificante) por ser en los tipos en donde el legislador establece las prohibiciones y mandatos indispensables para asegurar la vida comunitaria". (7) Como vemos, pa

ra el maestro mexicano el tipo no es indiciario de la antijuridicidad; en cambio, para el autor español hay un caso en que sí lo es. Se desprende de las opiniones de los dos penalistas citados que, en general el tipo no es indicio de antijuridicidad; para Castellanos Tena, no lo es, porque el tipo dispone lo que es antijurídico. De acuerdo con el criterio seguido por Jiménez de Asúa, cabe señalar que cuando surge primero la antijuridicidad, como normas de cultura que pasan a ser sancionadas por el Estado, el tipo no puede ser el indicio de ella.

Elementos del tipo. Los elementos del tipo se clasifican en objetivos, subjetivos y normativos.

Elementos objetivos. Los elementos objetivos son aquellos que describen la conducta objetiva y el hecho, y por lo tanto, pueden percibirse por medio de los sentidos.

Elementos subjetivos. Los elementos subjetivos consisten en la intención, ánimo o conocimiento con que el sujeto activo realiza la conducta o hecho.

Elementos normativos. Los elementos normativos son aquellos que necesitan de una valoración, la cual, puede ser jurídica o cultural.

Los elementos en especie son: conducta o hecho, sujeto

activo, sujeto pasivo, objeto jurídico, objeto material, referencias temporales y espaciales, medios comisivos, elementos normativos y elementos subjetivos.

Conducta o hecho. La conducta está representada en el tipo por un verbo que indica acción u omisión. El hecho comprende a la conducta, el resultado material y el nexo de causalidad entre ellos.

Sujeto activo. El sujeto activo del delito es la persona física que ejecuta el delito. El sujeto activo puede ser cualquiera o tener determinada calidad. En el primer caso se trata de un delito común, y en el segundo, de delito propio, especial, exclusivo o particular.

Sujeto pasivo. El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico; puede serlo una persona física o una moral. Cuando el tipo penal no exige determinada condición en el sujeto pasivo, se trata de un delito impersonal; y cuando sí lo hace, nos encontramos ante un delito personal. En nuestro Código Penal, se alude al sujeto pasivo como ofendido y víctima (Art. 52, III).

Objeto material. La conducta del sujeto activo lesiona o pone en peligro a una persona o cosa. Por esto, el objeto material puede ser definido como la persona o cosa que recibe el daño o sufre el peligro. A veces el sujeto

pasivo y el objeto material se identifican.

Objeto jurídico. El objeto jurídico es el bien o interés jurídico lesionados o puestos en peligro por la conducta; por lo tanto, objeto jurídico, bien jurídico e interés jurídico, son locuciones sinónimas. El objeto jurídico es el valor tutelado por el derecho.

Referencias temporales y espaciales. Las referencias temporales y espaciales, lo mismo que los medios comisivos, son subsumidos en las modalidades de la acción; sin embargo, nosotros las tratamos por separado. En este apartado aludimos a aquellas modalidades que se refieren al momento y lugar en que se ejecuta la acción u omisión delictiva.

Medios comisivos. Hemos dicho que los medios comisivos son tratados por los autores en las modalidades de la acción; por esta razón, nos concretamos a agregar que pueden ser violentos o fraudulentos.

Elementos normativos. Los elementos normativos son aquellos que requieren valoración cultural o jurídica por parte del juzgador; dicha valoración puede recaer sobre la conducta, el objeto material, el sujeto activo o el sujeto pasivo.

Elementos subjetivos. Los elementos subjetivos que se caracterizan por la intención, ánimo o conocimiento, -

recaen sobre los sujetos del tipo, pues son los únicos elementos de éste que pueden conocer y querer. En los tipos, generalmente se atribuyen al activo, pero eso no implica que, su presencia en el pasivo carezca de valor en la determinación de la responsabilidad penal.

Los elementos del tipo motivo de nuestro estudio son: - la conducta formada por el verbo conceder y el hecho por el quebranto; el sujeto activo es un funcionario cuya calidad produce un delito propio; el sujeto pasivo es una institución de crédito u organización auxiliar, lo que origina un delito personal; el objeto material se identifica con el sujeto pasivo; el objeto jurídico es el patrimonio de una institución u organización; tomando en cuenta que darle apariencia de verdad a la mentira es engañar, pensamos que se encuentra insito el medio comisivo del engaño; el elemento -- normativo se encuentra en la valoración jurídica del sujeto activo, llamado funcionario; y el elemento subjetivo del injusto lo encontramos en el conocimiento de la falsedad de los datos que conoce el funcionario.

Clasificación de los tipos. Los criterios seguidos en la clasificación de los tipos son: composición, ordenación metodológica, autonomía o independencia, formulación y resultado.

Por su composición los tipos se dividen en normales y

anormales. Los tipos normales están constituidos por elementos objetivos, es decir, por elementos que pueden ser observados por los sentidos; en cambio, los tipos anormales están formados por elementos objetivos y subjetivos o normativos, o por las tres clases de elementos. Cuando existen elementos subjetivos el juez debe interiorizarse de la intención del agente, y con los normativos debe hacer una valoración cultural o jurídica. El criterio seguido para hacer esta clasificación es la actividad realizada por el juez. Así Jiménez de Asúa, dice: "Nuestra propuesta de distinguir los tipos -- en normales y anormales asume como uno de sus más importantes objetivos, el de delimitar y definir con la mayor exactitud posible la función del juez instructor ante cada hecho - subsumible en un tipo legal". (8)

Por su ordenación metodológica se clasifican en fundamentales o básicos, especiales y complementados. Los tipos fundamentales reciben este nombre, porque no proceden de -- otros tipos sino al contrario, sólo a través de ellos pueden existir el especial y el complementado.

Los tipos fundamentales además de ser básicos para -- otros tipos, tienen sustantividad o independencia. En los tipos especiales encontramos tres elementos: los del básico, un requisito propio y autonomía frente al fundamental. De aquí la afirmación de que, el tipo especial se forma al

agregar otro elemento a los del tipo básico y excluye la -- aplicación de éste. Al igual que en el tipo especial, en -- el complementado encontramos tres elementos: los del tipo -- básico, un elemento singular y la implicación forzosa del -- fundamental. Los delitos especiales y complementados se -- pueden presentar en forma agravada o privilegiada.

En función de su autonomía o independencia los tipos -- se clasifican en independientes y subordinados. Los tipos -- independientes tienen vida por sí mismos, es decir, que no necesitan de otro tipo para su existencia. En cambio, los -- tipos subordinados sí requieren de otro tipo para existir.

Por su formulación los tipos se clasifican en casuís-- ticos y amplios. Los tipos casuísticos son aquellos que -- enumeran los casos o hipótesis en que se puede cometer el -- delito. Cuando los tipos se integran con una hipótesis re-- ciben el nombre de alternativos y cuando es necesario ago-- tar las hipótesis contenidas en el tipo se denominan acumu-- lativos. En los tipos amplios el delito puede realizarse -- a través de cualquier medio adecuado.

Tomando como principio de división al resultado, los -- tipos se clasifican en tipos de daño y de peligro. Los ti-- pos de daño son aquellos que protegen a los bienes jurídi-- cos de un daño real, consistente en su destrucción o dismi-- nución. Los tipos de peligro protegen a los bienes jurídi--

cos de un posible daño. Una de las impresiones que puede -- causar esta clasificación es la de ver una posible contrariedad o confusión, pues cuando se clasificó el delito por el - resultado se ofrecieron como especies a los delitos formales y materiales, y ahora que se clasifica el tipo por el resultado, se señalan como divisiones a los tipos de daño y de peligro; mas no hay confusión, porque: 1. Ambas divisiones tienen su fundamento en el resultado; 2. La clasificación de delitos formales y materiales considera el resultado desde el punto de vista del objeto material; y 3. La clasificación de tipos de daño y de peligro estima el resultado desde el punto de vista del bien jurídico.

El tipo que estudiamos por su composición es anormal, - debido a que comprende el elemento subjetivo de "conocimien- to" y el normativo de "funcionario", que tendrá que valorar el juez. Por su ordenación metodológica es un tipo funda- mental pues no deriva de otro. Es un tipo autónomo o inde- pendiente, porque no necesita de otro para existir. Por su formulación es amplio, pues no señala el o los casos en que puede realizarse la concesión del préstamo. Y por último, es un tipo de daño, ya que su consumación necesita del que- branto patrimonial.

Ausencia de tipicidad. En la doctrina nacio- nal se hace una distinción entre ausencia de tipo y ausen-

sencia de tipicidad. De este modo, la ausencia de tipo consiste en la falta de descripción penal de una conducta o hecho. Y la ausencia de tipicidad es la falta de adecuación de la conducta o hecho al tipo. La falta de tipo implica -- ausencia de tipicidad y necesidad de que una conducta moralmente nociva se incorpore al derecho positivo penal.

En el desarrollo de la ausencia de tipicidad seguiremos la recomendación del maestro Porte Petit de colocarnos en el aspecto negativo de los elementos del tipo. (9) De esta manera obtenemos como causas de ausencia de tipicidad a la falta de: conducta o hecho, calidad en el sujeto activo y pasivo, objeto jurídico, objeto material, referencias temporales y espaciales, medios comisivos, elementos subjetivos del injusto y elementos normativos.

En nuestra figura penal en estudio puede haber atipicidad por falta de quebranto patrimonial; cuando quien facilita el préstamo no es un funcionario sino un empleado; en -- los casos en que no se trate de una institución de crédito u organización auxiliar; porque el funcionario ignore la -- falsedad de los montos. Por lo expuesto, podemos decir que se pueden presentar como causas de atipicidad la falta de: producción del hecho, calidad del sujeto activo, calidad en el sujeto pasivo, elemento normativo y elemento subjetivo.

3. ANTI JURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.

El concepto imperante de antijuridicidad se establece por medio del procedimiento de excepción regla, el cual, considera antijurídica la conducta típica no protegida por las causas de justificación. Al criticar este concepto Jiménez de Asúa, señala que "no se nos dice lo que es antijurídico, sino, aunque parezca paradójico, lo que es jurídico, como la legítima defensa, ejecución de un derecho, estado necesario, etc.". (10) Este enfoque de la antijuridicidad ha unido los criterios respecto a la necesidad de un concepto positivo de la misma.

De manera elemental es posible decir que lo antijurídico es lo contrario al derecho. Pero ¿a qué tipo de derecho se opone?: al objetivo o al subjetivo; desde luego -- que se trata del primero. Para tener una mejor visión de lo antijurídico es conveniente recordar cuál es la finalidad del derecho, qué protege y cómo surge y se aplica. En cuanto a la primera cuestión es necesario tener presente -- que el derecho no es un fin en sí mismo sino un medio para la convivencia humana, un instrumento para armonizar la vida social. Ahora bien, el derecho para regular las rela-ciones sociales en forma justa, protege los bienes e intereses de las personas y de la sociedad que por tal motivo reciben el calificativo de jurídicos. Por otra parte, co-

mo es difícil la participación directa de todos los ciudadanos en la creación de las leyes que protegen los bienes e intereses, así como también en la aplicación de la ley a cada caso concreto, dichas normas jurídicas son legisladas y aplicadas por representantes de la sociedad. Y en abundamiento de este último caso, podemos señalar que las normas del derecho penal no tienen un carácter privado sino social.

La antijuridicidad ha sido concebida en forma subjetiva y de manera objetiva, esto es, involucrando el estado anímico del agente o limitándose a la exterioridad de la conducta o hecho. Debe señalarse que en principio lo subjetivo corresponde a la culpabilidad y lo objetivo a la antijuridicidad; esto no impide que, por excepción los elementos subjetivos participen en la antijuridicidad, recibiendo el nombre de elementos subjetivos del injusto.

Antijuridicidad formal y material. Entre los autores hay dos criterios sobre la estructura de la antijuridicidad. Por una parte los que hacen una distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material, y por la otra, los que afirman que la antijuridicidad es única. Para los primeros, la antijuridicidad formal consiste en la oposición a la ley y la segunda, en la lesión o puesta en peligro de los bienes e intereses jurídicos. Los que afirman la unicidad, opinan que la antijuridicidad es indivisible, que la oposición a la ley y la lesión o pue-

ta en peligro de los bienes e intereses jurídicos, son aspectos de un mismo concepto.

En las locuciones de antijuridicidad formal y antijuridicidad material, es obvia la presencia del término antijuridicidad y la de otras palabras que la especifican o califican; éstas indican en última instancia lo afectado por la conducta o hecho: la ley solamente o la ley y lo protegido por ella; de este modo en uno y otro caso, hay negación del derecho. A pesar de la explicación anterior, empleamos las expresiones antijuridicidad formal y antijuridicidad material con los significados de oposición a la ley y de lesión o puesta en peligro de los bienes e intereses jurídicos, respectivamente.

Causas de justificación. Las causas de justificación son aquellas que excluyen la antijuridicidad de una conducta o hecho típico. Existe unidad de criterio en cuanto al fundamento de las causas de justificación, señalando como tal a la falta de interés y el interés preponderante.

Causas de justificación por falta de interés. Como única especie de la ausencia de interés es señalado el consentimiento, el cual, es objetado por algunos escritores por parecerles que anula otro elemento del delito como es la tipicidad. Jiménez de Asúa, considera que el consentimiento no es causa de justificación por referirse a casos

concretos y excepcionales, a diferencia de las causas de licitud que se aplican a todas las clases de delitos y a la mayoría de los mismos; que en un momento dado no anula la antijuridicidad sino a la tipicidad. (11) La tesis del ilustre penalista nos parece poco convincente, pues como veremos más adelante, otros autores han precisado el caso en que el consentimiento es causa de justificación y cuando causa de atipicidad.

Según Castellanos Tena, el consentimiento es causa de justificación en los casos en que el intrínseco social implica un interés privado del que puede disponer libremente su titular, esto es, el titular del derecho puede ejercerlo o no. Ahora bien, cuando la conducta se ejecuta contra la voluntad, sin permiso o consentimiento del sujeto pasivo que señalen los tipos, el consentimiento no opera como causa de justificación, sino como atipicidad. En cambio, si no aparecen en forma expresa sino como presupuestos, si se trata de causas de licitud por falta de interés.(12)

Pavón Vasconcelos se refiere al momento en que debe otorgarse el consentimiento, señala como tal, el anterior a la ejecución de la conducta o el coetáneo a ella, porque el consentimiento posterior no es causa de licitud sino la falta de ejercicio del derecho de querrela.(13)

Para que el consentimiento extinga la acción penal,-

el artículo 93 del Código penal establece como requisito - que el delito no se pueda perseguir sin querrela necesaria.

De lo expuesto se deduce que no todo consentimiento es causa de justificación, sino cuando el interés privado coincide con el social y puede disponer libremente de él su titular. Hay causa de licitud por consentimiento, en los casos en que el tipo no hace referencia expresa a situaciones contrarias a la voluntad, autorización, permiso u otras del sujeto pasivo. El consentimiento para que sea eficaz debe ser otorgado antes o en el mismo momento en que se está ejecutando la conducta. El Ordenamiento penal limita el -- consentimiento a los delitos de previa querrela.

Causas de justificación por interés preponderante. Si las excluyentes de responsabilidad en general no tienen un carácter agotador sino enunciativo, las causas de justificación sí se restringen a las contenidas en la ley, debido a que la transgresión a ella solamente puede ser eliminada por la propia ley. Las causas de licitud señaladas en el Código penal basadas en la preponderancia de intereses -- son: legítima defensa, estado de necesidad (cuando se salva el bien de mayor importancia), ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber e impedimento legítimo.

Legítima defensa. La legítima defensa es la repulsa proporcional de una agresión actual, violenta e injusta,-

que representa un peligro inminente para los bienes del acusado o de un tercero. De este concepto se desprenden como elementos de la legítima defensa: 1. Una repulsa, 2. Una - agresión, y 3. Un peligro. Estos elementos requieren de - ciertas condiciones.

Repulsa. La repulsa debe ser proporcional, es decir, que debe existir una similitud entre el daño causado por - el agredido y el que iba a causar el agresor. De lo con-- trario, habría exceso en la legítima defensa, sancionada - por imprudencia.

Agresión. La agresión debe ser actual, violenta y - sin derecho.

1. Agresión actual. El ataque debe estarse realizan-- do en el momento de la repulsa, pues si ya se hubiera efec-- tuado se trataría de una venganza y si se vislumbrara la - agresión, podría evitarse por otros medios legales.

2. Agresión violenta. Es decir, que el ataque impli-- que fuerza, ímpetu.

3. Agresión injusta. Que carezca el ataque de au-- torización legal. Por eso, no puede existir legítima de-- fensa en la resistencia de particulares a la autoridad -- con mandato judicial.

Peligro. El peligro debe ser una consecuencia de la agresión y además, de carácter inminente.

1. El peligro como consecuencia. El peligro inminente debe ser un efecto del ataque desplegado por el agresor.

2. Peligro inminente. Que amenaza lesionar en forma próxima e inmediata los bienes jurídicos.

Circunstancias negativas.

A) Provocación inmediata y suficiente de la agresión. Que haya incitación próxima y bastante. De tal manera que, la provocación lejana e insuficiente no configura este requisito negativo de la legítima defensa.

B) Previsión y evitación de la agresión. Que hubo conocimiento con anterioridad a la agresión y no se tomaron las medidas pertinentes para impedirla.

C) Falta de necesidad racional del medio empleado. No hay legítima defensa cuando el medio empleado no es indispensable, es decir, en los casos en que existen mejores medios para evitar la agresión.

D) Daño reparable por otros medios legales o de poca importancia en relación al daño causado. Que el perjuicio pueda restituirse por medio de otros procedimientos legales o que el daño causado por el agredido sea mayor, impide

den la integración de la legítima defensa y habrá sanción - por imprudencia.

Presunciones de la legítima defensa. La fracción III_ del artículo 15 del Código Penal, señala presunciones de le gítima defensa en los dos últimos párrafos. En el penúlti- mo, considera legítima defensa el rechazo nocturno de escala_ miento o fractura de cercados, paredes o entradas, sin impor- tar el daño causado por el agresor. En el último, ocasio-- nar daño al intruso de la habitación, hogar y bienes que - tenga el deber de defender, condicionada a que la intromi-- sión sea nocturna o que haga presumir una agresión.

La preponderancia de intereses en la legítima defensa. Hay dos enfoques en la concepción de la preponderancia de - intereses. Uno que compara el interés del agredido con el interés del agresor, esto es, relaciona intereses particula_ res prefiriendo el del sujeto pasivo. Otro que compara el interés social (en el que subsume al del agredido) con el - interés del agresor, prefiriendo al primero.

Estado de necesidad. El estado de necesidad es la si- tuación conflictiva de bienes jurídicos, por la cual el su- jeto en peligro realiza un ataque en contra de los bienes_ de otro. Como elementos del estado de necesidad encontra- mos: 1. Una situación de peligro, 2. Un ataque por parte - de quien se encuentra en estado necesario, y 3. La falta - de otro medio operante y menos perjudicial.

Situación de peligro. El peligro tiene que ser real, grave e inminente.

1. peligro real. Se requiere que el peligro sea real, es decir, que no sea imaginaria la posibilidad de sufrir un mal sino que exista en la realidad.

2. Peligro grave. No interesan los riesgos intrascendentes sino los de importancia.

3. Peligro inminente. Por peligro inminente entendemos la cercana posibilidad de sufrir un daño.

Ataque. El estado de necesidad, al contrario de la legítima defensa, implica un ataque a un bien jurídico.

Medio practicable y menos perjudicial. Ante la imposibilidad de conservarse los dos bienes jurídicos en conflicto es justificable el sacrificio de uno, cuando falte otro medio práctico y se ocasione el menor daño posible.

El segundo párrafo de la fracción IV, señala: " No se considerará que obra en estado de necesidad aquel que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro". De acuerdo con este precepto los miembros del ejército, de la marina de guerra, de la policía judicial, etc., que por su profesión están expuestos al peligro no pueden invocar el estado de necesidad; pero ¿será tan absoluta esta --

disposición? ¿no habrá excepciones?; pensamos que no es lo primero y que sí se presenten las segundas.

En relación al fundamento del estado de necesidad los autores coinciden al afirmar que es la preponderancia de intereses. En este caso, la salvaguarda del bien de mayor importancia y el sacrificio del de menor entidad.

Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho. No se trata de cualquier tipo de deber o derecho sino del consignado en la ley; además, tanto del señalado en las leyes emanadas del Congreso de la Unión como de los reglamentos administrativos. El Código penal en el artículo 15 fracción V, alude a ellos en los términos siguientes: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad... Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignado en la ley". El maestro Castellanos Tena indica que son formas concretas de justificación por cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, las conductas típicas que lesionan o privan de la vida cometidas en los deportes, tratamientos médico-quirúrgicos y derecho de corregir en un caso. (14) En estos casos, la antijuridicidad formal se justifica porque la propia ley es la que faculta y la antijuridicidad material, por la preponderancia de intereses.

Impedimento legítimo. Esta causa de licitud está con

disposición? ¿no habrá excepciones?; pensamos que no es lo primero y que sí se presenten las segundas.

En relación al fundamento del estado de necesidad los autores coinciden al afirmar que es la preponderancia de intereses. En este caso, la salvaguarda del bien de mayor importancia y el sacrificio del de menor entidad.

Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho. No se trata de cualquier tipo de deber o derecho sino del consignado en la ley; además, tanto del señalado en las leyes emanadas del Congreso de la Unión como de los reglamentos administrativos. El Código penal en el artículo 15 fracción V, alude a ellos en los términos siguientes: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad... Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignado en la ley". El maestro Castellanos Tena indica que son formas concretas de justificación por cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, las conductas típicas que lesionan o privan de la vida cometidas en los deportes, tratamientos médico-quirúrgicos y derecho de corregir en un caso. (14) En estos casos, la antijuridicidad formal se justifica porque la propia ley es la que faculta y la antijuridicidad material, por la preponderancia de intereses.

Impedimento legítimo. Esta causa de licitud está con

signada en la fracción VIII del artículo 15, que dice: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal... Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legal". Es evidente que se trata de una omisión facultada por una disposición legal. La preponderancia de interés está representada por la superioridad de la norma que lo prescribe. La justificación del interés preponderante en una norma de mayor jerarquía, se explica porque nuestro derecho forma un verdadero sistema de normas, en el cual, las relaciones de éstas son de coordinación, subordinación y supraordinación. Es decir, unas normas son de mayor jerarquía que otras y por lo tanto, se imponen a las de menor rango.

Después de haber visto a grandes rasgos lo relativo a la antijuridicidad y las causas de justificación, veremos la relación que guardan con el tipo en estudio. Este protege el patrimonio de una institución de crédito u organización auxiliar; por esta razón, toda conducta o hecho que lesione ese bien jurídico es antijurídico. La antijuridicidad del tipo presenta además del carácter objetivo: la acción que viola la norma, un elemento subjetivo del injusto, en el conocimiento que tiene el funcionario de la falsedad de los datos.

Habiendo descrito la antijuridicidad del hecho típi-

co veremos si existen causas de justificación que la exclu-
yan. Hemos señalado las causas de justificación por falta
de interés e interés preponderante; ellas son: consentimien-
to, legítima defensa, estado de necesidad (cuando se salva
el bien de mayor entidad), cumplimiento de un deber, ejer-
cicio de un derecho e impedimento legítimo.

De acuerdo con el artículo 6° del Código Penal para el
Distrito Federal deben aplicarse a los delitos especiales -
las disposiciones del mismo y con la similitud del tipo en
estudio con el abuso de confianza y el fraude, delitos de -
querrela necesaria, parece posible la justificación por con-
sentimiento. Mas no es así ya que las causas de ilicitud -
se limitan a las señaladas en la ley y el tipo no comprende
la necesidad de querrela.

En el delito en estudio no puede existir la legítima_
defensa por falta de sus requisitos pues el funcionario no
realiza una repulsa a una agresión actual, violenta e in-
justa, que indique un peligro inminente para su persona, ho-
nor o bienes o de un tercero.

El estado de necesidad sí puede presentarse. Puede -
darse el caso de que ante el dilema de perder la vida o --
conceder el préstamo y por carecer de otro medio operante y
menos perjudicial, el funcionario conceda el préstamo cono

ciendo la falsedad de los datos sobre el monto de activos y pasivos de la persona física o moral.

Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber. La Ley penal mexicana carece de un precepto que faculte o que obligue a un funcionario de una institución de crédito u organización auxiliar, a conceder un préstamo conociendo la falsedad de los datos sobre el activo o pasivo del cuenta-habiente; por ello, no pueden presentarse estas causas de justificación.

Impedimento legítimo. No encontramos una disposición legal que faculte a un funcionario de una institución de crédito u organización auxiliar a conceder un préstamo en los términos señalados por la fracción II del artículo 149 de la LGICOA; pero además, no olvidemos que la concesión es una acción y el impedimento legítimo trata de una omisión; por estas razones, concluimos que no se puede presentar esta causa de licitud.

4. IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad. Consiste en la capacidad de entender y querer; o sea, en la capacidad de culpabilidad. El término entender significa: comprender lo ilícito de una conducta; y el vocablo querer, autodeterminarse de acuerdo con dicha comprensión.

Causas de inimputabilidad. Las causas de inimputabilidad suprimen el conocimiento y la voluntad. De acuerdo con la fracción II del artículo 15, es circunstancia excluyente de responsabilidad: "Hallarse el acusado, al cometer la infracción en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes o por un estado toxifeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio".

Interpretando a contrario sensu la fracción II antes señalada, para ser responsable el acusado necesita ser imputable en el momento de ejecutar la conducta. A veces, el sujeto en el momento de contravenir la ley se encuentra en un estado de trastorno mental; pero, es imputable por haberse procurado; esta situación se conoce con el nombre de acciones liberae in causa.

Del precepto transcrito se desprenden también, tres -

causas del estado de inconsciencia de los actos: 1a. Uso accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes; 2a. Estado tox infeccioso agudo, y 3a. Trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio. El doctor Forte Petit en su afán de mejorar la ley penal, se inclina porque la locución "trastorno mental transitorio" se incluya en lugar de "estado de inconsciencia", por generalizar las causas que lo producen y limitarlas por medio de la accidentalidad. (15)

Son importantes las recomendaciones del maestro Forte Petit, porque con la expresión "trastorno mental transitorio" se precisa más la idea, al generalizar las causas no hay peligro de cometer omisiones y el vocablo accidental: casual, -- contingente, eventual, abarca a lo independiente de la voluntad.

De acuerdo con Castellanos Tena, las causas de inimputabilidad son todas aquellas que anulan o neutralizan la salud y el desarrollo mental. Anota el trastorno mental transitorio; los trastornos mentales permanentes, sin expresar directamente su argumentación mas puede apuntarse como tal a la reclusión en manicomios o departamentos especiales; el micdo grave, cuando produce en el sujeto la inconsciencia o automatismo; la sordomudez por aplicárseles a los sordomudos medidas de seguridad y no penas; la minoría de edad, por --

carecer los menores de edad de aptitud legal en el campo del derecho penal. (16)

Según el maestro Villalobos son causas de inimputabilidad el sueño, sonambulismo e hipnotismo, porque en ellos el individuo actúa sin conocimiento y voluntad; los sordomudos son inimputables por carecer de las ideas morales y jurídicas; los alienados, por falta de elemento subjetivo de culpabilidad; el miedo grave y el temor fundado cuando anulen en el sujeto las facultades mentales; y el trastorno mental -- transitorio. (17)

Los dos autores citados hablan de causas legales y supraleales de inimputabilidad. De las causas anotadas por ellos, solamente el trastorno mental transitorio tiene la calidad de una causa de inimputabilidad. Razones:

En general, las causas de inimputabilidad deben estar señaladas de manera específica en el ordenamiento penal y no estar sancionada la responsabilidad. Ejemplifiquemos estas ideas con el Código penal español, publicado el 14 de septiembre de 1973, que señala como exentos de responsabilidad criminal en el artículo 8: 1° Al enajenado y al que se encuentre en estado de trastorno mental transitorio accidental. 2° Al menor de dieciséis años. 3° Al sordomudo que carezca absolutamente de instrucción. Por disposición del mismo artículo, el enajenado y el sordomudo que cometan un

hecho sancionado por la ley, serán internados en establecimientos especiales; el menor de dieciséis años que realice un hecho castigado por la ley, será entregado a los Tribunales Tutelares de Menores. El artículo 27 de la misma ley, referido a las penas y su clasificación, no incluye en ellas a la reclusión de enajenados y sordomudos ni a las medidas tutelares para menores de dieciséis años.

En particular, reconociendo que hay desacuerdo sobre la naturaleza jurídica del sueño, sonambulismo e hipnotismo, para nosotros son causas de ausencia de conducta por falta de voluntad en los sujetos.

Respecto a la sordomudez, trastorno mental permanente y minoría de edad, el Código Penal para el Distrito Federal los omite en el artículo 15 que trata de las excluyentes de responsabilidad; los reglamenta a través del capítulo referente a la "Reclusión para enfermos mentales y sordomudos" y en el artículo 24 que enumera las penas y las medidas de seguridad, señala en el inciso tres la "Reclusión de locos, sordomudos, degenerados y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes"; y en el inciso 17 menciona las "Medidas Tutelares para menores".

En cuanto a las medidas de seguridad cabe decir que, el estar sometido a ellas no indica falta de responsabilidad ni estar fuera del Ordenamiento penal.

El miedo grave y el temor fundado no son causas de inimputabilidad por su naturaleza objetiva.

Algunos tratadistas consideran que el miedo grave puede ser causa de inimputabilidad y de inculpabilidad. Establecen como requisitos para que sea causa de inimputabilidad: 1. Que su origen sea interno: peligro imaginado; y 2. Que anule la capacidad de entender y querer. Para que sea causa de inculpabilidad señalan: 1. Que su origen sea externo: peligro real, grave e inminente; y 2. Que no suprima la capacidad de culpabilidad en el sujeto.

Cuando el autor habla del miedo grave alude a éste.

En resumen, la imputabilidad se infiere de la fracción II del artículo 15 interpretada a contrario sensu. Es imputable el capaz de comprender lo ilícito de un hecho y de determinarse conforme a esa comprensión.

Desde el punto de vista dogmático la única causa de inimputabilidad es el trastorno mental transitorio, señalada en el precepto arriba citado. La razón fundamental es su carácter subjetivo dentro de las circunstancias excluyentes de responsabilidad.

El trastorno mental permanente, sordomudez y minoría de edad, hemos dicho que no se encuentran en el artículo 15 y que los sujetos comprendidos en esos casos son considera-

dos por el Código penal, como responsables sometidos a medidas de seguridad y tutelares.

Para que un funcionario de una institución de crédito u organización auxiliar sea imputable debe ser capaz de entender y querer, es decir, tener la capacidad de culpabilidad. En el tipo en estudio creemos factible la presencia del - - trastorno mental transitorio por toxinfeción, esto es, que el funcionario de una institución de crédito autorice el -- préstamo en un momento de perturbación mental derivada de - una enfermedad infecciosa.

5. CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

La teoría normativa y la psicológica tratan de explicar la naturaleza de la culpabilidad. En cuanto a la primera, -- nos parece recomendable comentar brevemente las ideas del -- maestro Jiménez Huerta. El citado autor dice: "Una declaración de culpabilidad sólo puede pronunciarse en contra de -- una persona cuando el hecho le fuere reprochable por haber lo libremente cometido en alguna de las situaciones aními--cas o estados psíquicos que integran el contenido de la vo--luntad que preside los actos humanos. Esto presupone: a) -- que dichas situaciones anímicas o estados psíquicos consti--tuyen el objeto sobre el que versa el juicio de reprochabi--lidad; b) que dicho juicio se eleva e independiza de dichas situaciones anímicas o estados psicológicos; c) que si bien el reproche se proyecta sobre la conducta del que actúa, es formulado por el que juzga, y d) que el juicio de reprocha--bilidad, como todo juicio, tiene que estar regido por deter--minadas reglas o normas valorativas".(18)

Es obvio que las situaciones anímicas o estados psico--lógicos se refieren a la actitud psíquica, al nexo psicoló--gico del sujeto con su acto. Ahora bien ¿cómo o en qué ca--sos se abstrae el juicio de reproche de las situaciones o -- estados psíquicos? El reproche se separa de la conducta, -- cuando existiendo el nexo psicológico entre el sujeto y su

acto se declara la inculpabilidad; y otras ocasiones, cuando faltando la relación psicológica ésta se declara. Consideramos normal que el juez realice la valoración subjetiva de la conducta. En cuanto a que el juicio de reprochabilidad está regido por normas valorativas, nos parece congruente esta posición.

Para la teoría psicológica la culpabilidad consiste únicamente en la relación intelectual y volitiva del sujeto con su acto. La valoración normativa corresponde a la antijuridicidad, motivo por el cual es excluida de aquel elemento.-- El juicio de reproche es considerado como una consecuencia, como algo externo a la culpabilidad. Asienta el maestro Villalobos que "la noción completa de la culpabilidad se forma por dos elementos: una actitud psicológica del sujeto, conocida como 'situación de hecho de la culpabilidad'; y una valoración normativa de la misma, que produce el reproche por encontrar al sujeto en oposición o en pugna con el derecho y con sus obligaciones personales. Sin embargo, lo que ahora interesa es la actitud psicológica del sujeto que, si se tiene presente que en el delito se ha de referir a un presupuesto necesario de antijuridicidad, es el nuevo elemento que por sí solo constituirá la culpabilidad, ya que traerá consigo todo el proceso de valoración, de reproche y aun de punibilidad". (19)

Con el fin de resumir en unos cuantos renglones lo señalado por las dos corrientes, es importante que respondamos a la siguiente pregunta: ¿Dan la misma amplitud al concepto de culpabilidad las dos concepciones? La respuesta es negativa. Para los normativistas es amplia y restringida para los psicólogos.

En concreto, para la corriente normativa la culpabilidad es un juicio de reproche que parte de la actitud psicológica, mientras que para la psicológica es suficiente el nexo psicológico.

Respecto a las especies de la culpabilidad para algunos tratadistas se concretan al dolo y la culpa, y según otros, existe además la preterintencionalidad.

Porte Petit afirma que el Código penal mexicano comprende tres formas de culpabilidad: el dolo, en el artículo 7°; la culpa en el 8° y la preterintencionalidad en la fracción II del artículo 9°. de naturaleza mixta y regulada como dolosa. (20) Castellanos Tena rechaza que exista una tercera especie de culpabilidad integrada por el dolo y la culpa, porque ambos estados psicológicos se excluyen. El dolo necesita de una voluntad consciente encaminada directa, indirecta, indeterminada o eventualmente al resultado. En tanto que hay culpa cuando el hecho se produce -----

por imprudencia, impericia o negligencia del agente. (21) Para el maestro Villalobos, no se trata de delitos preterintencionales sino de delitos con resultado preterintencional, con tipicidad preterintencional. Señala que al hablar de delitos preterintencionales, esto es, que rebasan la intención, se impone aludir a aquellos que no logran el resultado querido, es decir, los que quedan más acá de la intención; pero unos y otros no son especies de la culpabilidad. (22)

Las dos concepciones anteriores cuentan con argumentos sólidos. Pues en el delito preterintencional es evidente el dolo en el resultado querido y la culpa en el resultado producido. Pero también, parece difícil que la suma del dolo y la culpa forme una tercera especie de la culpabilidad.

Después de haber expuesto los enfoques normativo y psicológico de la culpabilidad, de señalar la discrepancia sobre las especies que la integran, pasemos a hablar del dolo y la culpa.

Dolo. El dolo consiste en la acción voluntaria y consciente, encaminada a la producción de un resultado ilícito. De este concepto se desprenden los elementos intelectual y volitivo del dolo. El elemento intelectual estriba, valga la redundancia, en el conocimiento que se tiene de que se infringe el deber; conocimiento al nivel del común de las

gentes y de carácter objetivo. El elemento volitivo, consiste en la voluntad de producir el resultado. Este elemento recibe también los nombres de emocional, afectivo o psicológico.

Hay varias opiniones respecto a las clases de dolo, sus conexiones y denominaciones. En general, se habla de dolo directo, de intencionalidad ulterior, de consecuencias necesarias, eventual, indirecto e indeterminado. Omitiendo un análisis de los puntos de vista en que se fundamentan las diversas clasificaciones, los engarces entre ellos y las distintas expresiones para una misma especie, nos abocamos a exponer brevemente la clasificación del maestro Castellanos Tena, la cual, comprende al dolo directo, indirecto, indeterminado y eventual.

Dolo directo. Existe dolo directo en el delito cuando "el resultado corresponde a lo previsto y querido por el sujeto, quien actúa con el propósito de producirlo...". (23) Encontramos como elementos: 1. Producción de un resultado querido, y 2. Previsión del resultado.

Dolo indirecto. Consiste en la producción de un resultado previsto como seguro de ocurrir por ser consecuencia necesaria de la conducta del agente. Así que sus elementos son: 1. Producción de un resultado no querido directamente, 2. Un resultado previsto como seguro, y 3. Aceptación de los

efectos.

Dolo indeterminado. El dolo indeterminado consiste en la producción de un resultado previsto, querido y genérico.- De aquí que advirtamos como elementos: 1. Un resultado deseado, 2. Un resultado previsto, y 3. Un resultado genérico o indeterminado.

Dolo eventual. El dolo eventual se hace consistir en la producción de un resultado probable pero no querido en forma directa. Destacan como elementos: 1. Un resultado probable, 2. Un resultado no querido directamente, y 3. Aceptación de las consecuencias.

El Código Penal para el Distrito Federal omite una referencia expresa del dolo directo. Las otras tres clases de dolo las encontramos en las dos primeras fracciones del artículo 9°. Dolo indeterminado: "La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe ... que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general la intención de causar daño". (artículo 9°, I) Dolo indirecto: "La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe ... que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito...". (Artículo 9°, II, primera hipótesis) Dolo eventual: "La presunción de que un delito es intencional

no se destruirá, aunque el acusado pruebe... que no se propuso causar el daño que resultó... si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes...". (Artículo 9º., II, segunda hipótesis)

En lo anotado destaca que, de acuerdo con la interpretación de Castellanos Tena, la fracción II hace referencia al dolo indirecto y el dolo eventual; conforme a la concepción de Porte Petit esa fracción comprende al delito preterintencional.

Culpa. Hay culpa cuando se produce un resultado típico, no querido, previsible y evitable, por imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado. En este concepto distinguimos los elementos siguientes:

1. Imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado.
2. Resultado típico, previsible, evitable, no querido.
3. Relación de causalidad psíquica entre la conducta y el resultado.

En relación a los elementos de la culpa, para no complicarnos la existencia con repeticiones, nos limitaremos a hacer algunos comentarios de la imprudencia y sus especies, así como de la previsibilidad y evitabilidad del re-

sultado.

Para Carrancá y Trujillo la negligencia no puede ser imprudencia, porque ésta es un hacer con omisión de algo y aquélla consiste en una omisión. La imprevisión, falta de reflexión y cuidado no pueden ser consideradas como especies, por ser comunes a las demás y carecer de diferencia específica; y sí son verdaderas especies la negligencia y la impericia. Concluye señalando que la clasificación es incompleta, debido a la ausencia de la imprudencia y la ineptitud, y además, que es inapropiado llamar delitos no intencionales a los culposos. (24) Como vemos, según este autor las especies de los delitos culposos son la negligencia, impericia, imprudencia e ineptitud. El artículo 8° del Código penal - hace mención de las dos primeras.

Según Villalobos la "falta de atención, de reflexión, de precauciones o de cuidados, no tienen un contenido autónomo sino que son diversas formas en que se manifiestan la negligencia o la imprudencia; su uso es redundante y tiende, en forma semicasuista, a sugerir la idea de la culpa..." - (25) Y agrega que debe suprimirse la impericia, porque requiere de la negligencia o de la imprudencia para que implique culpabilidad. Entonces, este autor considera como especies solamente a la negligencia e imprudencia.

Aunque a simple vista parecen significar lo mismo, la

falta de: prudencia, previsión, cuidado, pericia, reflexión, se apunta una oposición entre la imprudencia y la negligencia. Coinciden los autores citados en desconocer como especies de la culpa a algunas de las formas señaladas, por su carácter general y falta de substantividad propia; en que la negligencia es una verdadera especie, pero difieren en la calidad de la impericia a tal grado que, para uno es especie y para otro, tan no lo es, que sugiere su desaparición.

No es dable establecer un nexo de causalidad entre una conducta y un resultado cuando éste es imprevisible; en consecuencia, para que exista esa relación el resultado debe ser previsto o previsible. Desde luego, somos de la opinión y así lo señalamos en nuestras nociones de culpa consciente e inconsciente, de que la previsión o previsibilidad es en relación a la posibilidad de la producción del evento.

Al igual que en la previsibilidad lo inevitable no puede conectar una conducta con un resultado; por ende, para que exista dicho nexo el resultado debe ser evitable.

Formas de la culpa. Hay dos formas de la culpa, la consciente, con previsión o representación y la inconsciente, sin previsión o representación. Existe culpa consciente cuando el agente conociendo la posibilidad de que produzca un resultado típico, realiza la conducta con la esperanza de que éste no ocurra. Existe culpa inconsciente,

cuando el agente desconoce las posibles consecuencias de su conducta siendo previsibles.

Fundamento de punibilidad del dolo y de la culpa. Dado que la voluntad y el conocimiento participan en el dolo y la culpa, aunque en diferente grado, el fundamento de su punibilidad es la desestimación al orden jurídico, directa en uno e indirecta en la otra.

Causas de inculpabilidad. Como es lógico, las dos teorías sobre la naturaleza de la culpabilidad se reflejan en las causas de inculpabilidad. Los normativistas las relacionan en forma directa con el juicio de reproche y los psicólogos con la conciencia y voluntad. Así para los normativistas las causas de inculpabilidad liberan al sujeto en el juicio de reproche. Respecto a la concepción psicológica, las causas de inculpabilidad, son aquellas que afectan el conocimiento o la voluntad del sujeto. El doctor --Porte Petit opta por una postura ecléctica al afirmar que, dogmáticamente la inculpabilidad puede fundamentarse psicológica y normativamente. (26)

Ahora ¿cuáles son las causas de inculpabilidad? De acuerdo con los seguidores de la corriente normativa las causas de inculpabilidad son el error y la no exigibilidad de otra conducta; para los psicólogos, el error y la coacción sobre la voluntad. El autor, siguiendo la concep

ción mixta pasa a exponer el error, la no exigibilidad de -- otra conducta y la coacción sobre la voluntad.

Error. El error se clasifica en error de hecho y error de derecho. A su vez, el primero se divide en esencial y -- accidental. Aunque el error y la ignorancia tienen un signi-- ficado distinto desde el punto de vista psicológico, puesto que uno indica conocimiento inexacto y otro ausencia de cono-- cimiento, cuando se habla de error en materia jurídica, se in-- cluye en él a la ignorancia.

Respecto a la diferencia entre error de hecho y error de derecho, citamos textualmente al escritor español Jimé-- nez de Asúa que dice: "Desde el derecho romano se distin-- gue entre el error de derecho y el error de hecho, y siguien-- do a Savigny se ha dicho que el primero recae sobre una re-- gla de derecho, es decir, sobre el derecho objetivo, en tan-- to que el segundo versa sobre hechos jurídicos; es decir, -- sobre las condiciones exigidas en el hecho para la aplica-- ción de una regla jurídica". (27)

Relacionando lo dicho en los dos párrafos anteriores, -- nos permitimos señalar que el error de derecho consiste en la ignorancia de la ley o el conocimiento equivocado de la misma. Y que el error de hecho estriba en el desconoci-- miento de circunstancias reales.

El error de hecho opera como causa de inculpabilidad si es esencial e invencible. Ahora bien ¿cuándo el error es esencial? Por principio de cuentas diremos que carece de carácter esencial cuando es accidental, esto es, en los casos de error en la persona o error en el golpe; pero en forma positiva el error es esencial cuando recae sobre los elementos del tipo o las agravantes. Es invencible, por falta de superación cognoscitiva.

El error inesencial o accidental deja existente el dolo; como ya antes señalamos, incluye el error en el golpe (*aberratio ictus*) y el error en la persona (*aberratio in persona*). El error de hecho vencible no exime de culpa al autor.

Con el fin de superar los problemas que encontraron algunos alemanes en el error de hecho, surge la división del error en error de tipo y error de prohibición. Esta clasificación parte del tipo, la antijuridicidad y las causas que los eliminan.

¿Qué es el error de tipo? Para Welzel el error de tipo es el error o desconocimiento sobre una circunstancia objetiva del hecho del tipo legal. Puede ser de naturaleza fáctica o normativa. Excluye el dolo de tipo.

La principal diferencia entre el error de tipo y el error de prohibición -dice el mencionado autor- alude a la distinción de tipo y antijuridicidad. Ilustra estas ideas

de la manera siguiente: "Quien sustrae a otro una cosa, que cree erróneamente propia, se encuentra en error de tipo (no sabe que sustrae una cosa ajena). Quien cree, sin embargo, tener un derecho de autoayuda para sustraer una cosa ajena (por ejemplo, como acreedor frente al deudor insolvente), se encuentra en un error sobre la antijuridicidad de su hacer. Quien no sabe que la cosa que ha retirado está pignorada, - incurre en un error sobre el tipo (sobre una circunstancia del hecho); quien lo sabe, pero cree erróneamente tener un derecho a alzar la prenda, se encuentra en un error de --- prohibición". (28) En estos ejemplos el mismo autor destaca la circunstancia objetiva del hecho del tipo legal: ignorar que la cosa es ajena y desconocer que la cosa está pignorada.

Error de prohibición. Señala Maurach que "error de prohibición es todo error sobre la antijuridicidad de una acción conocida como típica por el autor, independientemente de que el error se base en un desconocimiento fáctico o en una --- errónea apreciación de preceptos jurídicos". (29)

Destacan en la definición anterior:

- a) El error sobre la antijuridicidad de una acción;
- b) El conocimiento de la ejecución del tipo, y
- c) El amplio origen del error.

En tres formas se presenta el error de prohibición, según Maurach: 1. Error sobre la existencia de la norma o error de prohibición abstracto; 2. Error sobre una causa de justificación o error de prohibición concreto; y 3. Error sobre una excusa absolutoria. (30)

Es relevante en esta concepción de Maurach la amplitud de los casos que abarca el error de prohibición, pues comprende el desconocimiento de la norma y a excusas absolutorias.

En síntesis, para Maurach, el error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad de la conducta o hecho. Versa sobre la existencia de la norma, una causa de justificación o una excusa absolutoria.

Eximentes putativas. Jiménez de Asúa prefiere la locución eximentes putativas a la expresión causas de justificación putativas, porque con la primera abarca la creencia del sujeto de estar protegido por una causa de justificación, por una causa de inculpabilidad o por una excusa absolutoria. Se apresura a señalar al error de prohibición como su origen. (31)

Cuando el doctor Porte Petit precisa la diferencia entre el error de derecho y las eminentes putativas establece que, en el primero el sujeto estima atípicos su conducta o

hecho por desconocimiento de la norma objetiva o conocimiento equivocado de la misma; en las segundas, el sujeto cree que su conducta o hecho son jurídicos debido a que considera, por un error de hecho esencial e invencible, encontrarse frente a una causa de justificación. (32)

Lo expuesto nos lleva a hacer los siguientes comentarios sobre las eximentes putativas. Parece existir opinión común en relación a su origen: error de prohibición. Por su naturaleza jurídica son causa de inculpabilidad. Hay discrepancia sobre su alcance, pues para unos abarcan aun a las excusas absolutorias.

Para nosotros, en las eximentes putativas el agente por un error de hecho, esencial e invencible, piensa que su conducta o hecho son protegidos por una causa de justificación.

Antes de hablar del derecho positivo mexicano, es necesario señalar que Porte Petit en sus estudios dogmáticos: Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal; Ensayo dogmático sobre el estupro; y, Ensayo dogmático del delito de rapto propio; divide el error de hecho esencial e invencible en error de tipo y error de licitud o eximentes putativas. Congruente con nuestra ley penal, el maestro elimina al error de derecho como causa negativa de la culpabilidad.

Derecho positivo. Los preceptos relativos al error son:

Artículo 9º del Código penal. "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

...

IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso;

V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito..."

De acuerdo con la fracción cuarta el error de derecho no es causa de inculpabilidad. La fracción quinta alude al error accidental de manera irrelevante.

El Código Penal para el Distrito Federal contiene dos casos particulares de error de hecho esencial e invencible en las fracciones VI y VII del artículo 15: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal ... VI. Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido si el acusado las ignoraba al tiempo de obrar; VII. Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía".

Las eximentes putativas no están señaladas en forma específica sino que se desprenden dogmáticamente, pues conforme al artículo 8° los delitos son intencionales y no intencionales o de imprudencia; por consiguiente, cuando falten estas formas no habrá culpabilidad en el agente.

No exigibilidad de otra conducta. Son causas de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, de acuerdo con los seguidores de la corriente normativa: El temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave; el estado de necesidad, cuando los bienes son de igual valor y no se pueden salvar ambos; el encubrimiento de parientes y allegados; la ayuda de familiares en la fuga pacífica de detenido, procesado o condenado; el aborto por causas sentimentales.

Coacción sobre la voluntad. Se consideran como causas de inculpabilidad por coacción sobre la voluntad: La obediencia jerárquica en los casos en que se conoce lo ilícito del mandato y se cumple ante la amenaza de graves consecuencias; el temor fundado, cuando no anule la voluntad. El encubrimiento entre parientes y allegados, el estado de necesidad, el favorecimiento de los familiares en la evasión sin violencia y el aborto por causas sentimentales, son considerados por los psicólogos como excusas absolutorias.

La culpabilidad en el delito en estudio. El tipo que se analiza comprende una conducta intencional, mejor dicho dolosa, porque participan la conciencia y la voluntad; la primera, en el conocimiento que tiene el funcionario de lo ilícito del hecho: Conceder un préstamo con datos falsos de los montos, y la segunda, en la concesión del préstamo. Respecto a la clase de dolo a que corresponde el tipo, creemos que se adecúa al directo porque el resultado coincide con la voluntad, esto es, quiere el quebranto patrimonial y lo logra.

Inculpabilidad. Puede presentarse el aspecto negativo de la culpabilidad por error de hecho, esencial e invencible y por no exigibilidad de otra conducta.

El error de hecho, esencial e invencible, puede presentarse en el caso de error de licitud. Siendo congruentes con nuestra opinión sobre la posibilidad de la existencia del estado de necesidad como causa de justificación, consideramos que puede presentarse el estado de necesidad putativo.

La no exigibilidad de otra conducta (para otros coacción sobre la voluntad) puede darse a través del temor fundado. El funcionario conociendo la falsedad de los datos recibidos, concede el préstamo ante un mal real, grave e inminente sobre su persona.

6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

Las condiciones objetivas de punibilidad son los acontecimientos independientes de la voluntad del agente de cuya realización depende que se castigue el delito.

El artículo 44 del Código penal italiano, dice: 'Cuando, para la punibilidad de un delito, la ley requiera que se verifique alguna condición, el culpable responderá del delito, incluso si el evento del que depende la verificación de dicha condición, no es querido por él'. (33) De este precepto Maggiore desprende las características, diferencias y ejemplos, que a continuación se expresan.

Las condiciones de punibilidad son objetivas y extrínsecas al delito; o sea, que son independientes de la voluntad del culpable y que no son un elemento del delito.

Las condiciones de punibilidad se diferencian de los presupuestos, porque las primeras son posteriores al delito y los segundos lo anteceden. Se distinguen las condiciones de punibilidad de los elementos debido a que éstos son necesarios para la existencia del delito y aquéllas son irrelevantes. Las condiciones de punibilidad y las condiciones de procedibilidad tienen en común el de ser suspensivas; se diferencian, porque unas lo son de la sanción y otras de la acción penal.

Son condiciones de punibilidad: la sorpresa en flagrante delito, la estancia en Italia del que haya delinuido en el extranjero para castigarlo, la declaración en quiebra para sancionar el delito de bancarrota. (34)

En consecuencia, para Maggiore las condiciones de punibilidad son: objetivas, extrínsecas y posteriores al delito, suspensivas de la pena.

Según Villalobos, es necesario distinguir las condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones para hacer efectiva la penalidad. Los requisitos para que una conducta o hecho sea punible con tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; de manera distinta, las condiciones para hacer efectiva la punibilidad son condiciones que establece la ley para que se castigue un acto punible. (35)

Conforme a las ideas del maestro citado, las condiciones objetivas de punibilidad son los elementos esenciales del delito y las condiciones objetivas para hacer efectiva la pena son requisitos para la aplicación de la punibilidad ya existente. El problema planteado por Villalobos a la expresión: condiciones objetivas de punibilidad, se supera si tomamos en cuenta que no se trata de condiciones objetivas para que una conducta o hecho sea punible, sino de condiciones objetivas de punibilidad de un delito. Es-

ta es la expresión completa y precisa.

Con el fin de no ser tan reiterativos ni de resumir lo compendiado, nos concretamos a señalar nuestro acuerdo con las ideas de Maggiore arriba señaladas.

El tipo en estudio no exige condiciones objetivas de -- punibilidad, en consecuencia, no puede presentarse su aspecto negativo.

7. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Según algunos autores la punibilidad es un elemento del delito y para otros no. Los que afirman que es un elemento, señalan a la punibilidad como característica del injusto penal. Niegan que toda conducta antijurídica y culpable sea un delito, porque aquélla puede ser de naturaleza civil o administrativa. Al respecto Jiménez de Asúa, dice: "En el derecho civil hay también acción antijurídica y culpable. - Diríamos que esos caracteres constituyen el 'género próximo'. Si siguiéramos las viejas concepciones lógicas, buscaríamos la última diferencia; es decir, la que separa la infracción penal que constituye el delito, de lo injusto en general, del que el delito no es más que una forma. La tipicidad y la penalidad son la última diferencia a que los lógicos aluden". (36)

En cambio, para quienes el delito se integra esencialmente por la conducta o hecho típico, antijurídico y culpable, la punibilidad es una consecuencia. Según Villalobos: "La punibilidad como merecimiento, como responsabilidad o como derecho correspondiente al Estado, se engendra por la antijuridicidad y la culpabilidad; va implícita en éstas como su consecuencia; por ello se ha dicho que agregarla en la definición del delito es una autología (sic) y que, si por 'punibilidad' se entiende la calidad del acto que ame--

rita una pena, no es un elemento nuevo sino una especial apreciación de la naturaleza conjunta del delito". (37)

En lo expuesto resaltan las ideas siguientes:

1. La punibilidad es un elemento.
2. La punibilidad es una consecuencia.
3. La punibilidad caracteriza al injusto penal.

La primera afirmación presenta verdadera oposición; la segunda va imponiéndose, y la tercera es opinión común.

Veamos si la antijuridicidad y culpabilidad son aplicables en el derecho civil, administrativo y penal; y si la tipicidad y la penalidad son exclusivas del derecho penal. Si como hemos dicho la conducta antijurídica es aquella que va en contra de las normas del derecho y la conducta es culpable cuando el sujeto la realiza en forma consciente y voluntaria, podemos decir, que son de aplicación general. En cuanto a la tipicidad y la punibilidad recordemos que en el derecho civil hay posibilidad de creación y en el penal no. En apoyo de estas afirmaciones nos remitimos a las disposiciones del artículo 14 constitucional; en materia penal, só lo se impondrán las penas señaladas en la ley aplicables al caso concreto; en materia civil, la sentencia definitiva se pronunciará de acuerdo con la letra o la interpretación ju rídica de la ley y en defecto de ésta, con los principios generales del derecho.

Por otra parte Castellanos Tena, en su alegato en contra de la punibilidad como elemento del delito señala que: - formalmente toda conducta sancionada por las leyes penales es un delito; hay delitos no punibles debido a las excusas absolutorias, caso en el cual persiste el delito y la pena no se aplica; existen hechos sancionados con una pena sin ser delitos, como en el caso de las faltas administrativas y de buen gobierno; es innecesaria la definición del delito en los códigos. (38)

Consideramos que todo delito es punible, ya sea la punibilidad una consecuencia o un elemento; lo que pasa a veces es que no se aplica la pena, queda impune. En cuanto a que existen conductas sancionadas con una pena sin ser delitos, pensamos que las penas son sanciones específicas del derecho penal. En relación a la supresión de la definición del delito en el Código penal, no entrañaría un cambio substancial en su concepto.

Podemos hacer una distinción entre la punibilidad y la pena. La primera puede identificarse con la sanción mencionada en la ley; la segunda, con el castigo que el Estado impone al delincuente. La punibilidad como sanción fijada en la ley presenta las características de generalidad y abstracción. Es general porque se aplica a todos los casos que reúnen las condiciones establecidas de antemano por el

legislador. Es abstracta en cuanto señala determinadas sanciones para ciertas conductas que pueden o no presentarse. La pena, como sanción aplicada por el juzgador, es particular y concreta. Es particular porque la sanción se aplica a una o varias personas pertenecientes al género señalado en la norma. Es concreta debido a que la sanción establecida en la norma se impone a un caso concreto, es decir, pasa de la abstracción de la palabra al caso real.

Excusas absolutorias. Las excusas absolutorias consisten en el perdón legal al infractor de una norma penal. Su fundamento es la utilidad pública, la cual, podemos identificar con el arrepentimiento del sujeto, el incentivo en lugar del castigo en la mínima temibilidad, la conservación del núcleo familiar, la maternidad consciente y libre, etc.

De acuerdo con las ideas expuestas hay punibilidad en el tipo en estudio, cuando el funcionario de una institución de crédito u organización auxiliar concede el préstamo, en forma consciente y voluntaria, conociendo la falsedad de los montos del activo y pasivo de la persona solicitante. La punibilidad señalada por la ley para el infractor de la disposición en estudio es prisión de dos a diez años y multa hasta de \$1,000,000.00 (un millón de pesos).

A falta de una excusa absolutoria en forma expresa pue

de presentarse la duda de la posible aplicación, al caso que nos ocupa, de las disposiciones de los artículos 385 y 390 - en relación al 377 del Código penal, que aluden a una excusa absolutoria en el abuso de confianza y el fraude entre ascendientes y descendientes. La respuesta es negativa.

En resumen, el tipo descrito en la fracción II artículo 149 de la LGICOA, presenta los aspectos positivos y negativos siguientes:

1. Es un delito cuyo hecho se integra con el quebranto patrimonial de las instituciones de crédito. La conducta delictuosa consiste en un hacer.

Las causas negativas de la conducta son la vis absoluta y los movimientos reflejos.

2. La tipicidad consiste en la adecuación de la conducta del funcionario a la descripción del artículo 149 de la LGICOA. De acuerdo con los elementos del tipo es un delito de acción, propio, personal, fraudulento; en él el objeto material y el sujeto pasivo se identifican en las instituciones de crédito u organizaciones auxiliares. Es un tipo anormal, fundamental, autónomo, amplio y de daño.

Las causas de atipicidad que pueden presentarse se basan en la falta de: producción del hecho, calidad en los sujetos activo o pasivo, elemento normativo y elemento subjetivo.

3. El aspecto objetivo de la antijuridicidad consiste en la valoración externa de la conducta que produce el quebranto patrimonial. El aspecto subjetivo en el conocimiento de la falsedad de los montos.

Se anota como única causa de justificación al estado de necesidad.

4. Para que el funcionario sea imputable se requiere en él la mayoría de edad y la salud mental.

Señalamos como causa de inimputabilidad al trastorno mental transitorio por toxinección aguda.

5. De acuerdo con la culpabilidad o sea el nexo psicológico del agente con el resultado, se trata de un delito doloso y en este género de dolo directo.

Como causas de inculpabilidad consideramos probables a la obediencia jerárquica y el temor fundado.

6. La punibilidad establecida para el infractor que satisface los elementos del tipo oscila de dos a diez años de prisión y multa hasta de \$1.000,000.00 (un millón de pesos).

Carece de excusas absolutorias.

NOTAS DE PAGINA

- 1) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos elementales de derecho penal, p. 148.
- 2) Derecho penal mexicano, I, p. 186.
- 3) Tratado de derecho penal, III, p. 499.
- 4) Apuntamientos de la parte general de derecho penal, p.408.
- 5) Derecho penal mexicano, pp. 422-423.
- 6) La ley y el delito, p. 251.
- 7) Lineamientos elementales de derecho penal, p. 167.
- 8) Tratado de derecho penal, III, pp. 935-936.
- 9) Apuntamientos de la parte general de derecho penal,p.477.
- 10) La ley y el delito, p. 268.
- 11) Ob. cit., p. 287.
- 12) Lineamientos elementales de derecho penal, p. 185.
- 13) Manual de derecho penal mexicano, p. 329.
- 14) Lineamientos elementales de derecho penal, p. 211.
- 15) Programa de la parte general del derecho penal,p. 536.
- 16) Lineamientos elementales de derecho penal, pp. 223-229.
- 17) Derecho penal mexicano, pp. 414-423.
- 18) Derecho penal mexicano, I, pp. 434-435.
- 19) Derecho penal mexicano, pp. 284-285.
- 20) Importancia de la dogmática jurídico penal, pp. 49-50.

- 21) Lineamientos elementales de derecho penal, pp. 237-238.
- 22) Derecho penal mexicano, p. 524.
- 23) Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho penal mexicano, p. 324.
- 24) Ob. cit., pp. 338-339.
- 25) Derecho penal mexicano, p. 310.
- 26) Apuntamientos de la parte general de derecho penal, p. 253.
- 27) La ley y el delito, p. 392.
- 28) Derecho penal alemán, p. 233.
- 29) Tratado de derecho penal, Vol. II, p. 142.
- 30) Reinhart Maurach, Tratado de derecho penal, Vol. II, pp. 149-150.
- 31) Tratado de derecho penal, VI, p. 684.
- 32) Programa de la parte general del derecho penal, p. 654.
- 33) Citado por Giuseppe Maggiore, Derecho penal, Vol. I, p. 278.
- 34) Ob. cit., pp. 279-381.
- 35) Derecho penal mexicano, p. 216.
- 36) La ley y el delito, p. 427.
- 37) Derecho penal mexicano, p. 214.
- 38) Lineamientos elementales de derecho penal, pp. 131 y 269.

CAPITULO VI

FORMAS DE APARICION DEL DELITO.

En el capítulo anterior hablamos de la existencia del delito (elementos) y de la inexistencia del mismo (aspectos negativos). Consecuentemente, para terminar con la teoría del delito corresponde tratar de las formas de aparición del delito: iter criminis, concurso de personas y concurso de delitos.

1. Iter criminis. El iter criminis comprende dos fases: interna y externa. Pertenecen a la fase interna la ideación, deliberación y resolución. Forman parte de la fase externa la manifestación, los actos preparatorios y la ejecución: -- tentativa y consumación.

La consumación es la realización de los elementos del tipo legal. El delito en estudio se consume en el momento en que se produce el quebranto patrimonial.

Tentativa. El artículo 12 del Código penal dice: "La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito, si este no se consume por causas ajenas a la voluntad del - -

agente". Destacan como elementos de la tentativa: 1. Voluntad de consumir un delito, 2. Ejecución de hechos encaminados directa o inmediatamente a la consumación del delito, y 3. No consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

Voluntad de consumir un delito. En la tentativa el término "voluntad" abarca la significación de acción libre e intención de producir un resultado ilícito, esto es, un delito.

Ejecución de hechos encaminados directa o inmediatamente a la consumación del delito. Los vocablos directa e inmediatamente indican la adecuación de la conducta para la consumación del delito. Hay consenso en relación a que la idoneidad de los actos debe determinarse en cada caso concreto, porque existen situaciones en las que las condiciones personales del sujeto pasivo harán dañino lo que para otros no lo es. En general, hay ejecución cuando la conducta penetra en el núcleo del tipo; lo anterior, corresponde a los actos preparatorios.

No consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente. De este elemento se infiere que cuando no se consuma el delito por voluntad del agente, la tentativa no es punible, dando lugar al desistimiento y arrepentimiento. El desistimiento consiste en la suspensión de los

actos de ejecución. El arrepentimiento se presenta después de los actos de ejecución, pero antes de que se consuma el delito.

Es necesario distinguir las distintas causas por las que el delito no se consuma. Estas pueden ser ajenas a la voluntad del agente como lo señala el artículo 12 del Código penal, propias del agente como en el desistimiento o arrepentimiento, y porque el delito sea imposible. Como ya hemos presentado algunas ideas de las dos primeras causas nos limitaremos a señalar que el delito imposible puede serlo por falta de medios idóneos, de objeto material o de objeto jurídico.

En la doctrina se habla de tentativa inacabada, delito intentado o tentativa en sentido estricto y tentativa acabada o delito frustrado. La tentativa inacabada se diferencia de la acabada, porque en ella hay un principio de ejecución de hechos y en la segunda, se agotan los mismos. Pero ambas, tienen como elementos a la voluntad de un resultado delictuoso y la falta de consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente. Es decir, que los elementos de ambas son:

De la tentativa inacabada.

1. Voluntad de consumir un delito.

2. Un comienzo de ejecución.

3. No consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

De la tentativa acabada.

1. Voluntad de consumir un delito.

2. Una total ejecución.

3. No consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

Presencia y ausencia de la tentativa en los delitos. La explicación de este punto requiere que separemos los actos de ejecución de la consumación del delito y de los actos preparatorios. Solamente los primeros pertenecen a la tentativa; los otros dos son sus límites. Los actos ejecutivos, como indica la ley, se caracterizan por estar encaminados directa e inmediatamente a la consumación del delito. En términos generales, la tentativa se puede presentar en los delitos que permiten actos de ejecución sin consumarse.

Los delitos de comisión por omisión y los plurisubjetivos son ejemplos de los que admiten la tentativa; por el contrario, los delitos de omisión propia y los culposos son casos en los que no puede presentarse.

Por último, parece haber opinión común en cuanto al fundamento de punibilidad de la tentativa, estimándose co-

mo tal, el peligro que corren los bienes e intereses jurídicos.

Es necesario considerar si en nuestro tipo de estudio se presenta la tentativa y en caso afirmativo, averiguar en qué forma. Recordemos con tal fin que los elementos del tipo en estudio son: a) Conocimiento de la falsedad de los montos; - b) Concesión del préstamo; y c) Producción de un quebranto patrimonial. Pensamos que se puede presentar la tentativa acabada o delito frustrado, porque autorizado el préstamo pudiera ser que no fuera hecho efectivo por los empleados o demás funcionarios. Los elementos de la tentativa en este caso -- son:

1. Voluntad de producir un quebranto patrimonial.
2. Una total ejecución de los hechos, consistente en la autorización del préstamo.
3. La no producción del quebranto patrimonial por causas ajenas a la voluntad del funcionario.

2. PARTICIPACION.

Hay participación cuando dos o más personas ejecutan un delito sin que haya necesidad de su concurso. Debemos recordar la existencia de tipos que exigen una pluralidad de sujetos; causa por la cual, implican un concurso necesario de personas. A diferencia de ellos, existen delitos que se colman con un solo sujeto, pero que a veces son ejecutados por varios individuos; casos en los cuales, existe lo que se llama concurso eventual de personas o participación. Es decir, en los delitos unisubjetivos se presenta la participación y en los plurisubjetivos no. De lo anotado se desprende que, la participación es el concurso de dos o más personas en la consumación de un delito unisubjetivo.

Sobre la naturaleza de la participación Castellanos Tena, dice: "Tomada en sentido demasiado rigorista la doctrina de la causalidad, ha llevado a afirmar que para ella no existe diferencia entre delincuentes principales y accesorios y, por lo mismo, todos son responsables en igual grado. Mas, por una parte, no todo el que contribuye con su aporte a formar la causa del resultado, es delincuente, ni necesariamente todos los que resulten codelincuentes tienen la misma ---responsabilidad; la medida de ésta encuéntrase mediante el análisis no sólo del factor objetivo, sino de todos los elementos del delito y fundamentalmente del subjetivo. Requié-

rese, pues, el examen de las conductas concurrentes para establecer diferencias entre ellas y adecuar los tratamientos y las sanciones de modo personal, sobre la base del aporte no únicamente físico o material, sino psicológico, de cada sujeto. Entendida así la teoría de la causalidad, resuelve los problemas sobre la naturaleza de la participación". (1)

Luego, para el maestro Castellanos Tena la teoría de la causalidad aclara la naturaleza de la participación, si:

1. Hace una diferencia entre participantes principales y accesorios.

2. Reconoce que algunos sujetos aun contribuyendo no son codeincentes.

3. Permite discriminar la responsabilidad de los codeincentes.

4. La responsabilidad se determina por la aportación física y psíquica de cada sujeto.

De acuerdo con el maestro Pavón Vasconcelos, la participación no se funda en rigor en la causalidad ni en la accesoriedad. Partiendo del artículo 13 del Código penal, -- afirma: "Es a nuestro juicio evidente que la estimación de delictiva del hecho no depende de la especial culpabilidad -- del autor material, sino de la apreciación culpable tanto de la particular conducta como de las convergentes a la -- producción del delito". (2) De aquí que el autor citado, se

declare a favor de una accesoriidad limitada.

En concreto, para los autores mencionados la naturaleza de la participación no se precisa con la aplicación estricta de las teorías de la causalidad y accesoriidad, sino mediante cierta flexibilidad y restricción. Esto no impide que, uno y otro se incline por una de ellas. Castellanos Tena por la teoría de la causalidad y Pavón Vasconcelos por la teoría de la accesoriidad.

Formas de participación. Son formas de participación - la autoría intelectual, autoría material o inmediata, autoría mediata, coautoría, complicidad y encubrimiento.

Autoría. El autor es la persona que ejecuta el delito. En la ejecución se toma en cuenta el aspecto físico y el psicológico de la conducta. Esto nos lleva a diferenciar al autor intelectual, el material y el mediato. El autor intelectual es el que induce a otro a cometer el delito. El autor material es la persona que ejecuta directamente el delito. El autor mediato es el sujeto que se vale de otro para cometer el delito. El instrumento de que se aprovecha el autor mediato es una persona exenta de responsabilidad. El autor mediato se diferencia del autor inmediato y del coautor, porque el autor inmediato realiza el delito corporalmente y el coautor ejecuta el delito con otro.

Coautoría. Esta se presenta cuando varios sujetos con

suman un delito.

Complicidad. Los cómplices concurren a la realización del delito en forma indirecta, por acuerdo previo. Se establecen como requisitos del cómplice que actúe en forma consciente y voluntaria; de su participación que sea secundaria en la ejecución del delito y por concierto previo.

Encubrimiento. Para que tenga cabida el encubrimiento en la participación, es necesario que haya acuerdo previo a la realización del delito entre el autor y el encubridor.

Sobre la participación el Código Penal para el Distrito Federal señala en su artículo 13 "Son responsables de -- los delitos:

I. Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos.

II. Los que inducen o compelen a otro a cometerlos.

III. Los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución, y

IV. Los que, en casos previstos por la ley, auxilien a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa".

De acuerdo con la fracción primera son responsables -

de los delitos, los creadores de la idea o plan criminal, los que disponen lo necesario para que se ejecuten y los realizadores o ejecutores. Por lo expuesto, se puede afirmar que se encuentran reguladas en esta fracción, la participación intelectual y la material.

La fracción segunda al señalar la responsabilidad del sujeto que induce o complace a otro a cometer el delito, comprende al autor intelectual y al autor mediano.

La fracción tercera alude a la ayuda que prestan algunas personas a los ejecutores de un delito, por lo que, hace referencia a los cómplices.

El encubrimiento puede presentarse como participación o como un delito autónomo; el criterio que sirve para diferenciarlos es el momento en que se realiza el acuerdo. Si éste es anterior a la ejecución del delito, se trata de encubrimiento por participación; pero si el acuerdo es posterior, entonces el encubrimiento será un delito autónomo de acuerdo con el artículo 400 del propio Código penal.

En el tipo en estudio, el funcionario de una institución de crédito u organización auxiliar es el autor, cuando ejecuta el delito, es decir, cuando es la causa física y psicológica del mismo. Puede presentarse el caso de que dicho funcionario hubiera sido inducido a cometer el delito. En tales condiciones, él sería el autor material y el

inductor el autor intelectual. La autoría mediata se puede presentar en la hipótesis de que el funcionario sea compelido a conceder el préstamo.

En cuanto a los cómplices, pudiera ser que el funcionario en la comisión del delito fuera ayudado por empleados u otros funcionarios de la institución, ya haciendo efectivo el préstamo o coadyuvando para que lo sea.

3, CONCURSO DE DELITOS.

El concurso de delitos es la pluralidad de infracciones penales a cargo de un agente. El concurso puede ser real o material e ideal o formal. El concurso real consiste en diversas conductas del agente que ocasionan varios delitos, semejantes o diferentes, pero con la condición de que ninguna de dichas acciones u omisiones haya sido juzgada ni haya prescrito la acción penal para perseguirlas. Consiguientemente sus elementos son:

1. Varias conductas.
2. Diversos delitos, semejantes o diferentes.
3. Delitos no juzgados ni prescritos en su acción penal.

El último elemento diferencia el concurso real o acumulación de la reincidencia y habitualidad. La reincidencia requiere sentencia ejecutoria en uno de los delitos y la falta del transcurso de un término igual al de la prescripción de la pena, entre el cumplimiento de la condena o el indulto y la ejecución del nuevo delito (Art. 20 C. P.). La habitualidad como reincidencia calificada, necesita del reincidente un nuevo delito del mismo tipo y la ejecución de los tres delitos en un lapso de diez años (Art. 21. C. P.).

El concurso real está regulado en el Código Penal para el Distrito en el artículo 18 con el vocablo acumulación. -- Consiste básicamente en varias conductas y pluralidad de delitos.

El concurso ideal es la transgresión de varios tipos penales, semejantes o diferentes pero compatibles, por medio de una sola conducta. De este modo sus elementos son:

1. Una conducta.
2. Varios delitos, semejantes o diferentes.
3. Delitos compatibles entre sí.

Es necesario distinguir el concurso aparente de leyes -- del concurso ideal de delitos. En el primero una conducta delictiva pretende ser regulada por varias disposiciones legales, las cuales, señalan penas diversas (Art. 59 C. P.); en el concurso ideal hay una conducta y varias lesiones jurídicas. De manera contundente el doctor Porte Petit opina "que la fórmula del concurso ideal del Proyecto de Baja California es la más correcta al agregar la expresión: 'compatibles entre sí', lográndose con ello distinguir tajantemente el concurso ideal del concurso aparente de leyes".(3)

El Código Penal para el Distrito Federal señala los requisitos del concurso ideal en el artículo 58. El concurso ideal se resume en unidad de conducta y pluralidad de re

sultados.

El que en ambos tipos de concurso se produzcan diversos delitos, semejantes o diferentes, ocasiona que se hable de - concurso real y de concurso ideal, homogéneo o heterogéneo:

A continuación señalamos sus elementos:

Concurso real homogéneo.

1. Varias conductas.
2. Pluralidad de delitos semejantes.
3. Infracciones penales no juzgadas ni acciones penales prescritas.

Concurso real heterogéneo.

1. Varias conductas.
2. Pluralidad de delitos diferentes.
3. Infracciones penales no juzgadas ni acciones penales prescritas.

Concurso ideal homogéneo.

1. Una conducta.
2. Varias lesiones semejantes.
3. Normas compatibles entre sí.

Concurso ideal heterogéneo.

1. Una conducta.

2. Varias lesiones diferentes.

3. Leyes compatibles entre sí.

Los sistemas de punición del concurso son tres: acumulación material, absorción y acumulación jurídica. En la acumulación material se suman todas las penas; en la absorción la pena del delito mayor absorbe a las penas menores; en la acumulación jurídica, se parte de la pena del delito mayor y se toman en cuenta las penas de los demás delitos y la personalidad del delincuente.

En el tipo en estudio pueden presentarse el concurso ideal y el real. En relación al primero, el mismo artículo 149 en su último párrafo nos indica: "Lo dispuesto en este artículo no excluye a la imposición de las sanciones que, conforme a ésta u otras leyes, fueren aplicables por la comisión de otro u otros delitos". El concurso ideal se presenta, cuando el funcionario de una institución de crédito u organización auxiliar recibe un beneficio económico por el otorgamiento del préstamo, consumando el delito tipificado en la fracción II del artículo 149 y el delito descrito en el artículo 153 bis 3 de la LGICOA; cuando el funcionario de una institución nacional de crédito al conceder el préstamo recibe dinero o dádiva, consume el delito de administración fraudulenta y el delito de cohecho; cuando el funcionario de una institución nacional de crédito u orga-

nización auxiliar del mismo tipo, distraiga para uso personal o ajeno el dinero que hubiere recibido en administración, consuma el delito en estudio y el delito de peculado.

El concurso real puede presentarse siempre y cuando, además de haber agotado los elementos de la fracción II del artículo 149, se cometa otro u otros delitos con otras conductas, con la condición de que no hayan sido juzgados ni prescrito las acciones penales.

NOTAS DE PAGINA

- 1) Lineamientos elementales de derecho penal, pp.285-286.
- 2) Manual de derecho penal mexicano, p. 441.
- 3) Programa de la parte general del derecho penal, p.780.

C O N C L U S I O N E S

Son tres las conclusiones de este trabajo. Corresponden a los apartados siguientes: 1. Clasificación del delito; 2. Análisis heptatómico del delito; y 3. Formas de aparición -- del delito.

Primera. En relación a la clasificación del delito, tenemos que éste es: de acción, material, de lesión, instantáneo con efectos permanentes, doloso, simple, unisubsistente, unisubjetivo, de oficio, federal, común u oficial.

El tipo implica un delito por tres razones: 1a. Las -- sanciones que se imponen al infractor están señaladas en el Código penal: prisión y multa; 2a. La imposición de las penas es competencia exclusiva de la autoridad judicial; 3a.- El Código penal regula los delitos; los crímenes se subsumen en ellos y las faltas se encuentran en otros ordenamientos legales.

Es un delito de acción o comisión, porque consiste en un hacer voluntario que transgrede una norma prohibitiva.- El hacer radica en la concesión del préstamo penado por la norma.

Por el resultado que produce, es un delito material,-

al exigir para su consumación un quebranto patrimonial; de este modo, la pura conducta de la concesión del préstamo no lo integra.

De acuerdo con el daño que causa, se trata de un delito de lesión, pues su consumación requiere de un daño real; éste puede consistir en la destrucción o disminución del patrimonio de las instituciones de crédito u organizaciones auxiliares.

Tomando como criterio a la duración de la consumación del delito, podemos decir que es instantáneo con efectos permanentes, ya que se consume y agota de manera instantánea, pero perduran sus efectos. Aspectos que se manifiestan en la concesión del préstamo y el quebranto patrimonial.

El tipo describe un delito doloso desde el momento en que la voluntad del agente es producir un quebranto patrimonial, puesto que debe conocer la falsedad de los montos que se le presentan y decidir el préstamo que lo ocasiona.

Partiendo de la estructura simple o compleja del delito, según el número de bienes que protege la figura penal, nos permitimos afirmar que se trata de un delito simple, al limitarse a tutelar el patrimonio de las sociedades de crédito.

Por el número de actos es un delito unisubsistente, -

porque se satisface con un acto: concesión del préstamo, recordando que una es la necesidad del número de actos y otra, la cantidad de actos con que puede ejecutarse.

Es un delito unisubjetivo, porque la transgresión penal se consuma con la acción de un solo sujeto, es decir, es suficiente la conducta de un funcionario para conceder el préstamo. En consecuencia, el concurso eventual de varios funcionarios u otros sujetos da origen a la participación.

De acuerdo con su persecución es un delito que se persigue de oficio por las razones siguientes: 1a. El tipo omite el señalamiento expreso de la querrela necesaria; 2a. Ningún otro tipo dispone en forma concreta la necesidad de querrela en el delito que nos ocupa.

Por su materia se trata de un delito federal, común u oficial. Federal porque la LGICOA, fue expedida por el Congreso de la Unión. Común u oficial, según se trate de instituciones de crédito u organizaciones auxiliares privadas o nacionales.

Segunda. Los aspectos positivos del delito analizado son: el quebranto patrimonial de una institución de crédito u organización auxiliar (hecho); la adecuación de la conducta del funcionario al tipo descrito en la fracción II del artículo 149 de la LGICOA (tipicidad); la violación

de la norma por parte del funcionario (antijuridicidad); la capacidad de culpabilidad del funcionario (imputabilidad); la actitud dolosa del funcionario (culpabilidad); y la punibilidad de dos a diez años de prisión y multa hasta de ----- \$1.000,000.00. Son aspectos negativos: la vis absoluta y los movimientos reflejos en la conducta; la falta de producción del hecho, de sujeto activo o pasivo, de elemento normativo o subjetivo en la tipicidad; el estado de necesidad en la antijuridicidad; el trastorno mental transitorio en la imputabilidad; el estado de necesidad putativo y el temor fundado en la culpabilidad.

El hecho está integrado por la conducta, el resultado material y el nexo de causalidad. La conducta en el delito estudiado consiste en la acción de conceder el funcionario el préstamo. El resultado material es el quebranto patrimonial de las instituciones de crédito. El nexo de causalidad es la relación naturalística que existe entre la concesión y el daño patrimonial. Como es indispensable que la conducta sea voluntaria, la acción que viola la obligación jurídica de abstenerse sin voluntad, implica ausencia de conducta. Es así que funcionan como causas de ausencia de conducta la vis absoluta y los movimientos reflejos; casos en los cuales el funcionario actúa sin voluntad.

La conducta del funcionario de la institución de cré-

dito es típica cuando se adecúa al tipo analizado. De aquí, que la falta de un elemento impida la tipicidad de la conducta. La atipicidad puede presentarse por falta del quebranto patrimonial, de la calidad de funcionario o de institución de crédito u organización auxiliar, por desconocimiento de la falsedad de los montos.

La antijuridicidad es la disminución o destrucción del patrimonio de la instituciones de crédito. Su carácter objetivo se manifiesta en la concesión del préstamo por parte del funcionario, teniendo la prohibición de hacerlo; comprende un elemento subjetivo del injusto en el conocimiento del funcionario de la falsedad de los montos. La acción del funcionario es de carácter antijurídico formal al violar la ley penal y es antijurídico material al trascender su oposición a los intereses del titular del patrimonio. Excluye la antijuridicidad de la acción del funcionario el estado de necesidad, siempre y cuando se salve el bien de mayor entidad y el funcionario esté frente a un peligro real, grave e inminente, realice un ataque y carezca de otro medio practicable y menos perjudicial.

Para que el funcionario tenga la capacidad de culpabilidad es necesario que goce de salud y madurez mental, lo cual, lo sitúa en aptitud de entender y querer en el campo del derecho penal. Es causa legal de inimputabilidad la to

xinfección aguda, porque anula la capacidad de entender y que
rer.

La oposición psicológica del sujeto a la norma jurídica es de carácter doloso, pues el funcionario concede el préstamo conociendo la falsedad de los montos de activos y pasivos, de donde se deduce que quiere el quebranto patrimonial de la institución y lo logra. Son causas de inculpabilidad el error de hecho esencial e invencible y la no exigibilidad de otra -- conducta (coacción sobre la voluntad según otros). Del prime
ro se presenta el error de licitud: estado de necesidad putativo; y de la segunda, el temor fundado.

La punibilidad, o sea, la sanción señalada por la ley - para aplicarse al funcionario de una institución de crédito -- que conceda un préstamo y como consecuencia del mismo resultado un quebranto patrimonial, es prisión de dos a diez años y multa hasta de \$1,000,000.00.

Tercera. En el delito analizado se presenta la tentati
va acabada; la participación; el concurso ideal y el real.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 12 del Código - Penal para el Distrito Federal, hay tentativa acabada en el delito estudiado: 1. Cuando el funcionario tiene la voluntad de consumar el quebranto patrimonial; 2. Concede el préstamo; y 3. No se consuma el delito por causas ajenas a su voluntad.

Si nuestro delito se consuma con la acción de un solo sujeto, la concurrencia eventual de varios en su ejecución produce la participación. Esta puede presentarse en forma de autoría intelectual, autoría material, autoría mediata, coautoría y complicidad.

El concurso ideal se presenta cuando con una acción el funcionario comete varios delitos. De este modo, pueden coexistir: el tipificado en la fracción II del artículo 149 de la LGICOA, el descrito en el artículo 153 bis 3 de la misma ley, el cohecho y el peculado. Pensamos que es posible la presencia del concurso real: el funcionario con varias conductas consuma diversos delitos, entre ellos el descrito en la fracción II del artículo 149 de la LGICOA, que no han sido juzgados ni prescrito las acciones penales.

B I B L I O G R A F I A

- Acosta Romero, Miguel. Derecho bancario, panorama del sistema financiero mexicano, Ed. Porrúa, México, 1978.
- Antolisei, Francesco. Manual de Derecho penal, parte general, Ed. UTEHA, Bs. As., 1960. Trad. Juan del Rosal y Angel Torio.
- Bauche Garcíadiego, Mario. La empresa, Ed. Porrúa, México, 1977.
- Bettioli, Giuseppe. Derecho penal, parte general, Ed. Temis, Bogotá, 1965. Trad. Dr. José León Pagano.
- Bosch García, Carlos. La técnica de investigación documental, 7a. ed., Ed. UNAM, México, 1977.
- Cantú Creel, Sandra Tatiana. Breve ensayo sobre la conducta libre en su causa, México, 1970.
- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano, parte general, 11a. ed., Ed. Porrúa, México, 1976.
- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal, parte general, 10a. ed., Ed. Porrúa, México, 1976.
- Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y operaciones de crédito, 8a. ed., Ed. Herrero, México, 1973.
- Claret Martí, Pompeyo. Las asociaciones, su régimen jurídico

- co, Ed. Bosch, Barcelona, 1941.
- Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal, parte general, tomo I, volúmenes I y II, 16a. ed., Ed. Bosch, Barcelona 1974.
- González de la Vega, Francisco. El código penal comentado, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1976.
- Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito, principios de derecho penal, 7a. ed., Ed. Sudamericana, Bs. As., 1976.
- _____. Tratado de derecho penal, III, 3a. ed., Ed. Losada, Bs. As., 1965.
- _____. Tratado de derecho penal, VI, 2a. ed., Ed. Losada, Bs. As., 1962.
- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho penal mexicano, I, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1977.
- _____. Derecho penal mexicano, IV, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1973.
- Maggiore, Giuseppe. Derecho penal, I, 5a. ed., Ed. Temis, Bogotá, 1954. Trad. José I. Ortega Torres.
- Maurach, Reinhart. Tratado de derecho penal, II, Ed. Ariel, Barcelona, 1962. Trad. Juan Córdoba Roda.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de derecho penal, parte general, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1974.
- _____. Comentarios de derecho penal, parte especial, 4a. ed., Ed. Porrúa, México, 1977.
- Pera, Sergio Le. La naturaleza Jurídica, Ed. Pannedille, Bs. As., 1971.

- Pérez Santiago, Fernando V. Síntesis de la estructura bancaria y del crédito, Ed. Trillas, México, 1978.
- Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la parte general de derecho penal, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1977.
- _____. Programa de la parte general del derecho penal, 2a.ed., Ed. UNAM, México, 1968.
- _____. Importancia de la dogmática jurídico penal, México, 1954.
- Rivera Silva, Manuel. El procedimiento penal, 8a. ed., Ed. Porrúa, México, 1977.
- Serra Rojas, Andrés. Derecho administrativo, II, 6a. ed., Ed. Porrúa, México, 1974.
- Urquiza R., María de los Angeles. Formulario de legislación bancaria, Ed. Textos Universitarios, México, 1978.
- Villalobos, Ignacio. Derecho penal mexicano, parte general, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1975.
- Welzel, Hans. Derecho penal alemán, parte general, 11a. ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1970. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez.

LEYES CONSULTADAS

Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones --
Auxiliares.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley Orgánica de Administración Pública Federal.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Penal para el Distrito Federal.

Código Penal del Estado de Baja California.

Código Penal español.

DIARIOS OFICIALES

Diario Oficial del 19 de marzo de 1897.

Diario Oficial del 16 de enero de 1925.

Diario Oficial del 29 de noviembre de 1926.

Diario Oficial del 29 de junio de 1932.

Diario Oficial del 31 de mayo de 1941.