

150
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**

**DELITOS EN QUE PUEDEN INCURRIR LOS
SERVIDORES PUBLICOS, SEGUN LA LEY
REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE
BANCA Y CREDITO
(FRACCION IV DEL ARTICULO 90)**

T E S I S

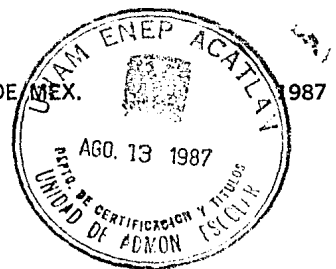
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

YOLANDA MORENO RODRIGUEZ

SANTA CRUZ ACATLAN, EDO. DE MEX.





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.

INDICE

PAG.

CAPITULO I

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE CREDITO

| | |
|--|----|
| Introducción | 6 |
| 1.1 Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, de 1926 | 7 |
| 1.2 Ley General de Instituciones de Crédito, de 1932 | 11 |
| 1.3 Ley General de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares, de 1971 | 13 |
| 1.4 Decreto de nacionalización de las instituciones de crédito, de 1982 | 15 |
| 1.4.1 Problemas derivados de la terminología empleada en el decreto de nacionalización | 20 |
| ° Expropiación | 21 |
| ° Nacionalización | 21 |
| ° Estatización | 22 |
| 1.4.2 Reformas al artículo 28 constitucional | |
| 1.4.3 Formas de indemnización | 28 |
| 1.5 Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, de 1985 | 32 |

CAPITULO II

| | |
|---|----|
| INSTITUCIONES NACIONALES DE BANCA Y CREDITO | 35 |
| 2.1 Concepto de Derecho Bancario y Derecho Burocrático | 36 |
| 2.2 Fuentes del Derecho Bancario | 37 |
| 2.2.1 Jerarquía de las fuentes del derecho bancario | 38 |
| 2.3 Las relaciones laborales según la legislación del trabajo del servicio público de banca y crédito | 39 |
| 2.4 Concepto de servidor público | 42 |

| | | |
|-------|--|----|
| 2.4.1 | ° <i>Servidor de confianza</i> | 43 |
| 2.4.2 | ° <i>Servidor de banca</i> | 44 |
| 2.5 | <i>Jurisprudencia, laudos y ejecutorias en relación con los trabajadores de las instituciones de banca y crédito</i> | 45 |

CAPITULO III

LA APLICACION DE LA TEORIA DEL DELITO EN LA FRACCION IV DEL ARTICULO

| | |
|--|----|
| 90 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO..... | 51 |
| 3.1 <i>Concepto de delito</i> | 52 |
| 3.1.1 <i>Desde un punto de vista jurídico formal</i> | 54 |
| 3.1.2 <i>Desde un punto de vista jurídico sustancial</i> | 54 |
| 3.2 <i>La fracción IV del artículo 90 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito en orden al tipo penal</i> | 56 |
| 3.2.1 <i>Conducta</i> | 58 |
| 3.2.2 <i>Ausencia de conducta</i> | 59 |
| 3.2.3 <i>Tipicidad</i> | 59 |
| 3.2.4 <i>Atipicidad</i> | 59 |
| 3.2.5 <i>Antijuridicidad</i> | 60 |
| 3.2.6 <i>Causas de licitud</i> | 61 |
| 3.2.7 <i>Imputabilidad</i> | 63 |
| 3.2.8 <i>Causas de Inimputabilidad</i> | 64 |
| 3.2.9 <i>Culpabilidad</i> | 64 |
| 3.2.10 <i>Causas de inculpabilidad</i> | 66 |
| 3.2.11 <i>Punibilidad</i> | 67 |
| 3.2.12 <i>Excusas absolutorias</i> | 67 |
| 3.2.13 <i>Condiciones objetivas de punibilidad</i> | 68 |
| 3.2.14 <i>Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad</i> | 69 |

CAPITULO IV

| | |
|---|----|
| LA TENTATIVA EN LA FRACCION IV DEL ARTICULO 90 DE LA LEY REGLAMEN- TARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO | 70 |
| 4.1 <u>Iter criminis</u> | 71 |
| 4.1.1 Fase interna | 71 |
| 4.1.2 Fase externa | 71 |
| 4.2 Concepto de tentativa | 72 |
| 4.3 Formas de tentativa | 72 |
| 4.3.1 Tentativa acabada | 72 |
| 4.3.2 Tentativa inacabada o delito intentado | 74 |
| 4.4 Naturaleza de la tentativa | 74 |
| 4.5 El fundamento de la punición de la tentativa | 75 |
| 4.6 Tentativa inidónea o delito imposible | 76 |
| 4.7 La tentativa en la fracción IV del artículo 90 de la Ley Regla- mentaria del servicio Público de Banca y Crédito | 77 |

CAPITULO V

| | |
|---|----|
| AUTORIA, PARTICIPACION Y CONCURSO EN LA FRACCION IV DEL ARTICULO 90 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO..... | 79 |
| 5.1 Concepto de autoría | 80 |
| 5.1.1 Elementos de la autoría | 81 |
| 5.2 Formas de autoría | 82 |
| 5.2.1 Autoría mediata | 82 |
| o Casos de autoría mediata | 83 |
| 5.3 La autoría en la fracción IV del artículo 90 de la Ley Regla- mentaria del Servicio Público de Banca y Crédito | 82 |
| 5.4 Concepto de participación | 84 |

| | | |
|-------|--|----|
| 5.4.1 | <i>Naturaleza de la participación.....</i> | 85 |
| 5.4.2 | <i>Fundamento de la participación.....</i> | 85 |
| 5.5. | <i>Formas de participación.....</i> | 86 |
| 5.5.1 | <i>Instigación.....</i> | 86 |
| | ° <i>Instigación y agente provocador.....</i> | 86 |
| 5.5.2 | <i>Complicidad.....</i> | 87 |
| 5.6 | <i>La participación en la fracción IV del artículo 90 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.....</i> | 87 |
| 6.7 | <i>Concepto de concurso.....</i> | 88 |
| 5.8 | <i>Formas de concurso.....</i> | 88 |
| | 5.8.1 <i>Concurso ideal o formal</i> | 89 |
| | 5.8.2 <i>Concurso real o material.....</i> | 89 |
| | ° <i>Reincidencia y concurso real o acumulación.....</i> | 90 |
| 5.9 | <i>El concurso en la fracción IV del artículo 90 de la Ley Regla- mentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.....</i> | 91 |
| | CONCLUSIONES..... | 92 |
| | BIBLIOGRAFIA..... | 97 |

CAPITULO I
ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LAS INSTITUCIONES
NACIONALES DE CREDITO

Introducción

Los antecedentes históricos de la actividad bancaria en México se encuentran en los "pósitos", que eran almacenes de granos que en ocasiones hacían préstamos a los campesinos pobres para que los pagaran al cosechar, con un interés moderado. García Solórzano señala que "había cajas de comunidades indígenas que fundamentalmente fracasaron por ser manejadas por los españoles".¹

Durante la Colonia el crédito era ejercido por los dueños de las minas, principalmente. En 1774 se autorizó una institución — llamada Monte de Piedad de Animas, con el objeto de hacer préstamos a las clases necesitadas, dichos préstamos se hacían con un interés del 6.4% anual. Y en 1784 se creó el Banco de Aulo y Minas destinado a apoyar la minería mexicana.

Después de la Independencia surgen dos bancos que son el antecedente más claro de las instituciones nacionales de crédito: El Banco de Aulo y el Banco Nacional de Amortización de la Moneda de Cobre. En esos bancos el crédito era ejercido por agiotistas particulares, casas comerciales y casas de empeño.

A partir del último tercio del siglo XIX proliferaron una serie de bancos, entre los cuales se encuentran el Banco de Londres, México y Sudamérica, que establece una sucursal en México en 1864. Posteriormente se establecieron diversas instituciones en entidades federativas y el gobierno otorgó concesión al Banco Nacional Mexicano en 1881.

¹Acosta Romero Miguel. Derecho Bancario. Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición. México 1983. p. 71.

"La mayor parte de estas instituciones emitían billetes de banco y no existía una institución especializada que regulara su actividad provocando la anarquía y el desorden, hasta que se dictó La Ley de - Instituciones de Crédito de 1926, la cual no reportó beneficio alguno al país debido a que no logró organizar un sistema uniforme y sólido, debido a influencias políticas."²

La banca mexicana tuvo una serie de crisis que se acentuaron con la revolución de 1910, después de la cual en 1925 se dan las bases - para el moderno sistema bancario mexicano, que empieza con la promulgación de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 24 de diciembre de 1924, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de enero de 1925, con la fundación en ese mismo año de la Comisión Nacional Bancaria y del Banco de México, como Instituto Central Único, este último, facultado para emitir moneda de acuerdo con el artículo 26 constitucional.

A partir de esta ley de 1925 surgieron una serie de cuerpos legales que regularon la materia bancaria y que serán objeto de este capítulo.

1.1 Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios - de 1926.

Esta Ley del 31 de agosto de 1926, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de noviembre del mismo año, siendo presidente - de la República Mexicana Plutarco Elías Calles, está formada por - - -

²Forteza Arellano, Juan Luis. La banca nacional en México. Tesis de Licenciado en Economía. Universidad Autónoma Metropolitana. México 1964. p. 57.

406 artículos y seis transitorios, enmarcados en cuatro títulos, uno de ellos preliminar. Establece que la palabra "banco" es exclusiva - de las instituciones de crédito debidamente autorizadas. Las sociedades que exploten los establecimientos bancarios podrán usar en su propia denominación o en la de su establecimiento las palabras "Compañía bancaria", "Sociedad Bancaria" o cualquier otra equivalente, - siempre y cuando reúnan los requisitos para obtener la concesión. En consecuencia, las escrituras constitutivas de sociedades de cuya denominación forme parte la palabra banco, sean en español o en cualquier otro idioma, no podrán inscribirse en el Registro de Comercio, a no ser que la propia escritura contenga la inserción de documentos oficiales que prueben la existencia de una concesión otorgada por la Secretaría de Hacienda.

Esta misma Ley define que debería entenderse por establecimiento bancario: "todos aquellos que explotados por individuos residentes de la República o por sociedades mexicanas que tengan su domicilio en el país que practiquen exclusiva o principalmente las operaciones bancarias comunes."³

De una manera más técnica Dunbar define a los establecimientos bancarios para los efectos de esta Ley, como "Un Instituto que a -- petición y contra garantía conviene en prestar y en hacerse cargo -- de los capitales temporalmente ociosos, opera con las dos partes -- contratantes en nombre y por cuenta propia asumiendo completa res--

³ Ley General de Institución de Crédito y establecimientos Bancarios de 1926. Leyes, Códigos y decretos. México 1926. Artículo 293.p.220.

ponsabilidad, esto es, se constituye en deudor hacia los que le confían capitales y en acreedor de aquellos a quienes les presta."⁴

Esta ley regulaba a las instituciones de crédito, los establecimientos o casas de comercio que tenían por objeto exclusivo o al menos principal practicar operaciones bancarias, los establecimientos o casas que se asimilen a los bancarios por recibir depósitos reembolsables a la vista o al portador, bancos hipotecarios, bancos refaccionarios, comprendiendo los industriales y los agrícolas, bancos de fideicomiso, almacenes generales de depósito, las Compañías de fianzas, los bancos de cajas de ahorro. Estos últimos tenían una importancia relevante para la presente ley, ya que su objeto principal era estimular el ahorro especialmente en las clases trabajadoras, así como en las madres y los niños; el objeto, los fondos y el origen de estas instituciones exigían que su manejo fuera exacto y honrado por excelencia y que la autoridad fuera severa para vigilar esa administración y exigir responsabilidades a quienes faltasen a ella.

Esta ley fue útil por su depuración del sistema bancario, pero contenía deficiencias graves, pues a pesar de ser una ley extensa, no estipulaba ninguna conducta que propiamente pudiera considerarse delictiva. Solamente se encontraban algunas sanciones pecuniarias, las cuales eran procedentes si se usaba la palabra "banco" sin tenerse la autorización expresa para ello.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926 sufrió algunas reformas en 1927, 1929 y 1931, en su redacción así como en el monto de multas. Igualmente, al Banco de México le dio una orientación de banco central y, consecuentemente, se le man-

⁴Mencionado por Aldrigentti, Angelo, en su libro titulado Técnica Bancaria. Fondo de Cultura Económica. México, 1973. P.7.

tenía alejado del mercado directo de crédito para permitirle cumplir con segura eficacia sus más elevadas funciones.

El transcurso del tiempo imponía la necesidad de cambiar todo - el sistema bancario en México para lograr que todas las operaciones de crédito y las instituciones que las practicaban ofrecieran la estabilidad necesaria de una buena técnica y la elasticidad exigida por las circunstancias y por las necesidades especiales de la República en esa época.

1.2. Ley General de Instituciones de Crédito de 1932

Esta ley fué publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1932, siendo Presidente de la República Pascual Ortiz Rubio; consta de 239 artículos mas 7 transitorios, agrupados en 6 - títulos, uno de ellos preliminar.

Lo más importante de esta ley fue que el Banco de México adquirió un verdadero carácter de banco central, ya que en este año se su primó su trato con el público y se le facultó para centralizar las reservas bancarias y fungir como cámara de compensación, y según - Kock, "de esta manera se estimulaba la tendencia hacia la propiedad y control de los bancos por el gobierno federal".⁵

En esta misma ley también aparecen las normas específicas para - regular conjuntamente a los organismos auxiliares, y a diferencia de la ley de 1926, especificaba claramente cuáles eran, estableciendo: - los Almacenes Generales de Depósito (que en la ley de 1926 eran con-

⁵Mencionado por Anibal Iturbide. Breve ojeada histórica de la Banca. Ediciones del Banco de México. México 1980. p.p. 228 257.

1926 eran considerados instituciones de crédito), las cámaras de compensación, las bolsas de valores, las sociedades financieras, y las uniones o asociaciones de crédito.

Respecto a las instituciones de crédito prevé en primer término a las Instituciones Nacionales de Crédito*, las cuales sólo podrían ser fundadas de acuerdo con lo establecido por la Secretaría de Hacienda, y finalmente, incluía a las sucursales e instituciones extranjeras radicadas en territorio mexicano.

A las sociedades bancarias se les da mas libertad en el manejo de sus relaciones con el público y deja de intervenir el Estado, porque la experiencia demostró la ineficacia de tal intervención, pues el Estado desconocía la materia bancaria en virtud de que en esa época los bancos eran administrados generalmente por extranjeros.

De ese modo se suprimen las categorías de establecimientos bancarios y asimilados que admitía la ley de 1929. Se suprimen también los depósitos constituidos en poder de personas o sociedades que no estén expresamente autorizadas para recibirlos. La preferencia legal se establecía para las instituciones bancarias autorizadas y se creaba el régimen de sanción legal. Pero a pesar de señalar sanciones, no prevenía delitos especiales, ya que remitía al Artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal.

Cabe resaltar que después de 1932 se fundaron nuevos bancos - al amparo de la legislación de ese año, y que la confianza empezaba a renacer en el país como consecuencia de la terminación de las operaciones del Banco de México con el público y de las facilida-

* Instituciones privadas, que no tienen ninguna relación con el actual régimen de nacionalización de la banca.

des que otorgaba el banco central.

Esta legislación, a pesar de reducir el número de artículos - que contenía la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, técnicamente no representó un gran avance, pues al igual que la ley anterior, casi todo su articulado se dedicaba a describir y reglamentar cuestiones internas de las instituciones, casi se podría decir que al nivel de un reglamento interior de las actuales instituciones nacionales de crédito.

1.3 Ley General de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares de 1971.

Esta ley fué publicada en el Diario Oficial de la Federación - el 31 de mayo de 1971, siendo Presidente de la República Luis Echeverría Álvarez; contenía 176 artículos, mas 12 transitorios, agrupados en cinco títulos.

En esta ley se consideraban inatituciones u organizaciones auxiliares de crédito las constituidas con participación del gobierno federal, en las cuales el Ejecutivo se reservaba el derecho de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración.

Para dedicarse al ejercicio de la banca y crédito se requería comosión del gobierno federal, que otorgaría discrecionalmente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo a la Comisión Nacional Bancaria.

Para el establecimiento de alguna institución, clausura de sucursales o agencias, fusión de dos o más instituciones y cesión del activo de una institución de crédito a otra, se necesitaba la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que --

también en este caso debía oír la opinión de la Comisión Nacional - Bancaria.

De acuerdo con lo anterior se puede concluir que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional Bancaria tienen en esta ley una importancia fundamental; ya que las operaciones y los actos más importantes, como por ejemplo, la concesión, la clausura de sucursales, estaban bajo su autorización.

Esta ley, al igual que la de 1932, no contenía propiamente -- ningún delito especial, ya que remitía al Código Penal. Esta fue -- la primera dentro de la legislación bancaria que contenía un capí -- tulo de prohibiciones, sanciones y delitos, pero estos últimos, -- por las razones expuestas anteriormente, no eran delitos especia -- les.

La ley de referencia es uno de los ejemplos más claros de falta de técnica legislativa, porque se reiteran conceptos, se remite con mucha frecuencia de un artículo a otro y se repiten disposiciones inútilmente. Además, existe una tendencia muy marcada a utilizar lo que algunos autores, entre ellos Acosta Romero, llaman "leyes marco o legislación marco", consistente en que las leyes son e laboradas, en este caso, por la Secretaría de Hacienda y Crédito - Público o por el Banco de México como proyectos que se presentan - al Ejecutivo, y en la elaboración de dicho proyecto el funcionario que la redacta le imprime su sello personal, o en la mayoría de - las ocasiones, copia legislaciones de otros países, lo cual hace - que el resultado sea un documento totalmente ajeno a la realidad - nacional, y en consecuencia, la ley va perdiendo su característica y se convierte en ley muerta.

Además, al existir muchas disposiciones de esta ley que delegan facultades ya sea a la Secretaría de Hacienda y Crédito Públi-

co o a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, se complica en forma exagerada su consulta, interpretación y sistematización, por que todo depende no de lo establecido en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares, sino de la determinación que emitan la citada Secretaría o la Comisión.

1.4 Decreto de nacionalización de las instituciones de Crédito, 1982

A continuación reproduzco este documento, por considerarlo de suma importancia y para en seguida proceder a analizar los términos fundamentales que en él se emplean :

JOSE LOPEZ PORTILLO, Presidente Constitucional de Los Estados Unidos Mexicanos, en ejercicio de la facultad que al Ejecutivo confiere la fracción I del artículo 89 de la Constitución General de la República y con fundamento en el artículo 27 Constitucional y los artículos 1o. fracción Ia., V, VIII y IX, 2º, 3º, 4º, 8º, 10 y 20 de la Ley de Expropiación, 28, 31, 32, 33, 34, 37 y 40 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 1º y demás relativos de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares; y

CONSIDERANDO

Que el Servicio Público de Banca y Crédito se había venido - concesionando por parte del Ejecutivo Federal, a través de contratos administrativos, en personas morales constituidas en forma de-

Sociedades Anónimas con objeto de que colaboraran en la atención del servicio que el gobierno no podía proporcionar integralmente;

Que la concesión por su propia naturaleza, es temporal, pues sólo puede subsistir mientras el Estado, por razones económicas, administrativas o sociales, no se pueda hacer cargo directamente de la prestación del servicio público;

Que los empresarios privados a los que se había concesionado el servicio de la Banca y del Crédito en general han obtenido crecientes ganancias de la explotación del servicio, creando, además, de acuerdo a sus intereses, fenómenos monopólicos con dinero aportado por el público en general, lo que debe evitarse para manejar los recursos captados con criterios de interés general y diversificación social del crédito, a fin de que se llegue a la mayor parte de la población productiva y no se siga concentrando en las capas más favorecidas de la sociedad;

Que el Ejecutivo a mi cargo estima que, en los momentos actuales, la administración pública cuenta con los elementos y experiencia suficientes para hacerse cargo de la prestación integral del servicio público de Banca y Crédito, considerando que los fondos provienen del pueblo mexicano, inversionista y ahorrador, a quien es preciso facilitar el acceso al crédito.

Que el fenómeno de falta de diversificación del Crédito no consiste tanto en no otorgar una parte importante de créditos a una o varias personas determinadas, sino lo que ha faltado es hacer llegar el crédito oportuno y barato a la mayor parte de la población, lo cual es posible atender con la colaboración de los trabajadores bancarios y contando con la confianza del público ahorrador e inversionista;

Que el objeto de que el pueblo de México, que con su dinero y

bienes que ha entregado para su administración o guarda a los bancos ha generado la estructura económica que actualmente tienen éstos, no sufra ninguna afectación y pueda continuar recibiendo este importante servicio público y con la finalidad de que no se vean disminuidos en lo más mínimo sus derechos, se ha tomado la decisión de expropiar por causa de utilidad pública, los bienes de las instituciones de crédito privadas;

Que la crisis económica por la cual actualmente atraviesa México y que, en buena parte, se ha agravado por la falta de control directo de todo el sistema crediticio, fuerean igualmente a la expropiación, para el mantenimiento de la paz pública y adoptar las medidas necesarias para corregir trastornos interiores, como motivo de la aplicación de una política de crédito que lesiona los intereses de la comunidad.

Que el desarrollo firme y sostenido que requiere el país y que se basa en gran medida en la planeación nacional, democrática y participativa, requiere que el financiamiento del desarrollo, tanto lo que se refiere a gasto e inversión pública, como al crédito, sean servidos o administrados por el Estado, por ser de interés social y orden público, para que se manejen en una estrategia de asignación y orientación de los recursos productivos del país en favor de las grandes mayorías;

Que la medida no ocasiona perjuicio alguno a los acreedores de las instituciones de crédito expropiadas, pues el gobierno federal, al reasumir la responsabilidad de la prestación del servicio público garantiza la amortización de las operaciones contratadas por dichas instituciones;

Que con apoyo de la legislación bancaria, el Ejecutivo por -

conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, realizará las acciones necesarias para la organización y funcionamiento del nuevo sistema del servicio crediticio, para que no exista ninguna afectación en la prestación del mismo, conserven sin menoscabo alguno sus actuales derechos tanto los empleados bancarios, como los usuarios del servicio y los acreedores de las instituciones;

Que la medida que toma el gobierno federal tiene por objeto - facilitar salir de la crisis por la que atraviesa la Nación, y sobre todo para asegurar un desarrollo; he tenido a bien expedir el siguiente :

D E C R E T O

ARTICULO PRIMERO.- Por causa de utilidad pública se expropián a favor de la nación las instalaciones, edificios, mobiliario, - - equipo, activos, cajas, bóvedas, sucursales, agencias, oficinas, - inversiones, acciones o participaciones que tengan en otras empresas, valores de su propiedad, derechos y todos los demás muebles e inmuebles en cuanto sean necesarios, a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, propiedad de las instituciones de crédito privadas a las que se les haya otorgado la concesión para la prestación del servicio público de banca y crédito.

ARTICULO SEGUNDO.- El Ejecutivo Federal por conducto de la - Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa la entrega de acciones y cupones por parte de los socios de la institución a que - se refiere el artículo primero, pagará la indemnización correspondiente en plazo que no excederá de 10 años.

ARTICULO TERCERO.- La Secretaría de Hacienda y Crédito Público y en su caso el Banco de México, con la intervención que corres

ponde a la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, - tomarán posesión inmediata de las instituciones de crédito expropiadas y de los bienes que las integran, sustituyendo a los actuales órganos de administración y directivos, así como las representaciones que tengan dichas instituciones ante cualquier asociación o institución y órgano de administración o comité técnico, y realizarán los actos necesarios para que los funcionarios intermedios y, en general, los empleados bancarios, conserven los derechos que actualmente disfrutan, no sufriendo ninguna lesión con motivo de la expropiación que se decreta.

ARTICULO CUARTO.- El Ejecutivo Federal garantizará el pago de salarios y cada uno de los créditos que tengan a su cargo las instituciones a que se refiere este decreto.

ARTICULO QUINTO.- No son objeto de expropiación el dinero y valores propiedad de los usuarios del servicio público de banca y crédito en cajas de seguridad, ni los fondos o fideicomisos administrados por los bancos, ni en general los bienes muebles o inmuebles que no estén bajo la propiedad o dominio de las instituciones a que se refiere el artículo primero; ni tampoco son objeto de expropiación las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares de crédito, ni la banca mixta, ni el Banco Obrero, ni el Citibank, S.A., ni tampoco las oficinas de representación de entidades financieras del exterior, ni las sucursales de bancos extranjeros de primer orden.

ARTICULO SEXTO.- La Secretaría de Hacienda y Crédito Público vigilará conforme a sus atribuciones que se mantenga convenientemente el servicio público de banca y crédito, el que continuará prestandose por las mismas estructuras administrativas que se transformarán en entidades de la administración pública federal y que —

tendrán la titularidad de las concesiones, sin ninguna variación. Dicha Secretaría contará a tal fin con el auxilio de un comité técnico consultivo integrado con representantes designados por los titulares de las secretarías de Programación y Presupuesto, de Patrimonio y Fomento Industrial, del Trabajo y Previsión Social, de Comercio, - Relaciones Exteriores y de asentamientos Humanos y Obras Públicas, - así como la propia Secretaría de Hacienda y Crédito Público y del Banco de México.

ARTICULO SEPTIMO.- Notifiquense a los representantes de las instituciones de crédito citadas en el mismo y publíquense por dos veces en el Diario Oficial de la Federación en caso de ignorarse - los domicilios de los interesados.

TRANSITORIOS

PRIMERO.- El presente decreto entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO.- Los servicios de Banca y Crédito podrán suspenderse hasta por dos días hábiles a partir de la vigencia de este decreto con objeto de organizar convenientemente la debida atención de los usuarios.⁶

----- o -----

1.4.1 Problemática de la terminología empleada.

La terminología empleada que en el decreto antes transcrito ocasionó diversos problemas, pues a su redacción se le dieron varios enfoques (político, financiero, económico, jurídico, etc.), y lo mismo se hablaba de nacionalización, que de estatización y expropiación. A continuación comentare brevemente estos tres términos:

⁶Diario Oficial de la Federación. 10. de septiembre de 1982.

- Expropiación

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la palabra expropiación significa 9 formada con ex y propio despojar de una cosa a su propietario, dándole a cambio una indemnización; se efectúa legalmente por motivos de utilidad pública.

Jurídicamente la expropiación es un acto de derecho público, - por medio del cual el Estado impone al particular la transferencia de la propiedad de determinados bienes, porque los mismos son necesarios para la realización de actividades del estado y además existe una causa de utilidad pública que así lo requiere, mediante el pago de una indemnización.

El ya citado diccionario remite al término naturalización, y éste, al verbo naturalizar, que significa: 1º Admitir en un país, como si fuera natural, a una persona extranjera. 2º Conceder — parcialmente a un extranjero en todo o en parte, los derechos y privilegios de los naturales del país, como si fueran naturales o propias de él, cosas de otro país.

Como se puede advertir, ninguna de las acepciones del término en cuestión se refiere a modos de adquisición de bienes. Como concepto jurídico la nacionalización en México puede entenderse - en dos sentidos:

a). Como un procedimiento por medio del cual el Estado se — apropia de bienes de la Iglesia detentados por interpósitas personas, de acuerdo con la Ley de Nacionalización de Bienes, reglamentaria de la fracción II del artículo 27 constitucional.

b). Desde un punto de vista político-económico, la nacionali-

zación significa:

° Que una determinada actividad sólo pueda ser desarrollada por ciudadanos naturales de un país.

° Que se reserve exclusivamente el país la explotación de determinados bienes o el desarrollo de actividades que se consideren de interés público.

En este orden de ideas y de acuerdo con las acepciones jurídicas señaladas en la doctrina, se entiende que la nacionalización es un proceso administrativo para adquirir bienes de la Iglesia, operación que hace el estado; pero tratándose de todos los demás bienes susceptibles de apropiación por los soberanos, se estará a lo dispuesto por el procedimiento expropiatorio. Mediante estos procedimientos o actos jurídicos la explotación o producción de actividades que se consideran de interés público, desarrolladas por los particulares, como para retirarles las autorizaciones o concesiones que les permitan dicha explotación o producción y que en lo sucesivo se reservan en forma exclusiva al Estado.

- Estatización

En el multicitado Diccionario de la Real Academia se dice que el sufijo ción implica una acción verbal, por lo que estatización significa acción y efecto de estatizar, y a su vez, el sufijo ar, comprende una propensión, de manera que estatización será: acción y efecto de inclinarse el Estado hacia ciertas cosas, y aplicado - este sentido al caso concreto de la estatización, se entiende ésta como una propensión del Estado a desarrollar en forma exclusiva - una determinada actividad, en este caso, la bancaria. Y como dice

Acosta Romero, "jurídicamente la estatización no es contemplada ni por la ley, ni por la doctrina, como un modo de adquirir bienes, - por lo que podemos sostener que dicho término corresponde al campo político exclusivamente, refiriéndose en concreto a un sistema político que tiende a exaltar la plenitud del poder y la preeminencia del Estado sobre los demás órdenes y entidades."⁷

De lo anterior concluyo que la expropiación es una institución tradicional, en tanto que la nacionalización es una institución reciente que se encuentra dentro de una planeación general e incide sobre medios de producción, principalmente empresas, y afecta a empresarios y/o capitalistas.

El decreto que establece la nacionalización de la banca privada conlleva dos actos administrativos: a) la expropiación de los bienes, y b) el rescate de la concesión del servicio público de banca y crédito.

Reformas al artículo 28 constitucional

Como era de esperarse, desde el principio fue cuestionada la constitucionalidad del decreto expropiatorio por los banqueros afectados. El 2 de septiembre de 1982, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirmó que los banqueros podían recurrir al amparo si así lo determinaban sus abogados. En realidad, no tenían razón los banqueros que se ampararon, pues el Estado Mexicano cuenta con varios instrumentos jurídicos para, por causas de utilidad pública o interés social, nacionalizar (o controlar) una actividad económica como la bancaria. Entre esos instrumentos es oportuno destacar los que corresponden al Poder Ejecutivo:

- a). Expropiación por causa de utilidad pública.
- b). Cancelación de la concesión para la explotación del --

⁷ Acosta Romero, Miguel, Legislación Bancaria. Editorial Porrúa, S.A., México, 1986. p. 18.

servicio público crediticio y bancario, reasumiendo el Estado la prestación del servicio con sus propios recursos, y

c). Negociación para la adquisición de las acciones o los bienes de las instituciones.

Por lo que hace a actos del Poder Legislativo, se podía, — por ejemplo: expedir una ley de nacionalización de la banca, utilizando como apoyo el artículo 27 constitucional, o expedir una — nueva ley bancaria que sólo permitiera la actuación a la banca propiedad del Estado. Asimismo, se podía modificar la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, con el objeto de aumentar los casos en que las empresas deben ser propiedad del Estado. Además, se podía promover una reforma de la Constitución, ya fuera en la fracción V del artículo 27 constitucional, para señalar que el servicio público bancario — sólo podría prestarlo el Estado, por organismos creados para tal — efecto y con arreglo a las disposiciones legales, o bien, en el — artículo 28 constitucional señalar como exclusivo del Estado el — servicio público de la banca y el crédito. Se optó por esto último.

Haber recurrido a la cancelación de la concesión del servicio público de banca y crédito presentaba ciertos problemas: primero, implicaba utilizar un procedimiento largo que incluía la celebración de audiencias con las instituciones afectadas, con lo que, a demás de las presiones, los rumores y otros problemas que ello ocasionaría, se podría estar disfrutando la decisión, y lo que faltaba era precisamente tiempo. En segundo lugar, como lo que se revocaba era la concesión de un servicio público, los bienes y en general, los activos, todo esto no pasaría a poder del Estado — salvo que se utilizara algún medio jurídico adicional para tomar

sión de los bienes, sin los cuales difícilmente se podía continuar - ofreciendo de manera normal el servicio bancario. Y en tercer lugar, por disposición del artículo 100 de la Ley General de Instituciones - y Organizaciones Auxiliares de Crédito, al llevarse a la práctica la revocación de la concesión quedaría en liquidación la sociedad co-- rrespondiente, por lo que se tendría que seguir el procedimiento de disolución que prevé la Ley General de Sociedades Mercantiles, lo -- cual seguramente habría causado pánico entre los ahorradores e inver-- sionistas.

Promover la adquisición de las empresas bancarias por la vía - de la negociación presentaba igualmente serios inconvenientes : primero, sería ésta necesariamente un proceso largo, acompañado de - desgaste político y riesgos económicos, ante lo difícil que sería -- manejarlo de manera discreta; segundo, era posible que alguno de los accionistas no quisiera vender sus bonos, por lo que a corto plazo - se daría lugar a la creación de empresas de participación estatal -- mayoritaria, pero no propiamente nacionalizadas; tercero, requería - disponer de recursos económicos cuantiosos para hacer una oferta -- tentadora o atractiva; cuarto, los últimos meses de una administra-- ción gubernamental no son, por lo general, los más propicios para - efectuar una transacción de ese tipo.

Expedir una Ley de nacionalización, con apoyo en la fracción X del artículo 73 constitucional, que faculta al Congreso de la Unión a legislar en materia de Instituciones de Crédito, en relación con el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 27 del mismo or-- denamiento, para determinar que era de utilidad pública la presta-- ción del servicio de banca y crédito. Sin embargo, la promoción - de una ley para nacionalizar la banca habría tenido un fuerte in-- grediente de seguridad pública y de aplicación del principio de --

legalidad, se hubieran corrido muchos riesgos y se habría requerido tiempo para su decisión, lo cual también produciría desgaste — político mientras la ley entraba en vigor.

La otra posibilidad era, con el mismo fundamento jurídico, enviar para aprobación del Poder Legislativo una ley de instituciones de crédito que estableciera que sólo podrían ejercer el servicio público de banca y crédito organismos públicos descentralizados; ello habría diferido los cambios por lo menos en un año, para que en ese lapso se efectuaran las negociaciones necesarias para que los bienes de la banca privada y mixta pasaran al dominio total del Estado y así operar el nuevo sistema.

Respecto a modificar el artículo 4º de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, para incluir el servicio público de banca y crédito entre las actividades económicas que están reservadas exclusivamente al Estado, existiría el inconveniente de que si bien el Poder Legislativo podría, — mediante reforma o adición a la citada ley, aumentar la lista y reservar tal servicio al Estado, se podría argumentar que por el principio de aplicación inmediata de la ley sólo podrían ajustarse a su contenido todas las situaciones futuras a partir de su vigencia, por lo que los actuales bancos, creados con anterioridad, alegarían que tenían derecho a subsistir. En consecuencia, una modificación legal como la señalada tendría que estar acompañada de la cancelación de la concesión y debería procederse a disolver y liquidar los bancos o, en su caso, efectuar la enajenación de sus bienes en favor del propio gobierno federal. Independientemente de lo engorroso, dilatado y problemático que era adoptar ese procedimiento, probablemente habría conducido a discusiones sobre retro

actividad y sobre la posibilidad de cancelación de concesiones que los tribunales tendrían que decidir, y ello complicaba aún más optar por tal vía.

Ante todos esos problemas, el procedimiento jurídico más conveniente, expedito y práctico para la nacionalización de la banca resultaba ser, a todas luces, la expedición de un decreto del Ejecutivo Federal expropiando por causa de utilidad pública las empresas bancarias con todos sus bienes muebles e inmuebles que en ese momento eran propiedad de los bancos, mediante una indemnización.

Por lo demás, el proceso culminaría con una reforma constitucional que no sería el punto de partida, sino el objetivo o finalidad de la estrategia, una vez tomada la decisión política de nacionalizar la banca privada.

La adición hecha al artículo 28º constitucional, reza así :

"...Se exceptúan también de lo previsto en la primera parte del primer párrafo de este artículo, la prestación del servicio público de banca y crédito. Este servicio será prestado exclusivamente sólo por el Estado, a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria, la que también determinará la garantías que protejan los intereses del público y el funcionamiento de aquéllas en apoyo de las políticas de desarrollo nacional. El servicio público de banca y crédito no será objeto de concesión a los particulares".

Del párrafo transcrito es importante destacar la frase que dice : "Este servicio será prestado exclusivamente por el Estado, a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria." Analizando detenidamente esa estipulación, encontramos en ella dos ideas :

a) El servicio será prestado exclusivamente por el Estado.

b) Tal prestación se hará a través de las instituciones que establezca la correspondiente Ley reglamentaria.

Por lo anterior se deduce que la actividad del servicio público de banca y crédito ya no está a cargo del Estado, sino directamente de las instituciones que señale la citada ley, y en ese caso se tratad e instituciones nacionales de crédito que evidentemente tienen personalidad diferente a la del Estado.

1.4.3. Formas de indemnización :

Una vez llevada a cabo la nacionalización, era indispensable precisar la forma en que se podía indemnizar a los anteriores propietarios de las instituciones de crédito que fueron objeto de la expropiación decretada por el gobierno federal. Para ello era necesario distinguir los siguientes aspectos :

a) La delimitación de responsabilidades y el procedimiento que se seguiría.

b) La forma de determinar el monto de la indemnización.

c) La forma de hacer el pago.

En virtud de que los bienes expropiados pasaron a formar parte del patrimonio nacional, en los términos de la Ley General de Nacionalización de Bienes correspondía a la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas la determinación del monto de las cantidades con las que se haría la indemnización. Para ello, la mencionada Secretaría debía tener en cuenta los aspectos normativos y operativos. Desde el punto de vista normativo, en los términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, a esa dependencia le correspondía determinar las normas y los procedi-

mientos necesarios para realizar el avalúo de las empresas nacionalizadas. Desde el punto de vista operativo, correspondía a la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales, dependiente de la Secretaría arriba mencionada, fijar el valor de los bienes expropiados, o sea, el monto de la indemnización.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público debía determinar — la fuente de los recursos para indemnizar, además de que de acuerdo con el decreto de nacionalización de la banca, se le encomendó — la determinación de los bienes necesarios para la prestación del — servicio público de banca y crédito.

La Secretaría de Programación y Presupuesto determinará la — forma de pago. Para iniciar el proceso de indemnización era necesario un acuerdo que ordenara a la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas proceder a fijar su monto, y dar instrucciones a las demás secretarías para que colaboraran en lo necesario. Una vez fijado el monto de la indemnización, las secretarías de Hacienda y Crédito Público, y de Programación y Presupuesto, determinarían la forma de pago, teniendo en cuenta, entre otros factores, la fuente de financiamiento, qué tipo de documento se entregaría a los indemnizados, el plazo en el que debería efectuarse el pago; — la tasa de interés que se fijaría para los pagos diferidos y la — forma en que se incorporaría el pago en el presupuesto de egresos de la Federación en cada ejercicio fiscal. Una vez que se tuviera el monto y la forma de pago para cumplir con lo dispuesto en el artículo 126 constitucional, sería muy conveniente enviar al Congreso de la Unión una iniciativa que sancionara el monto y la forma de pago de la indemnización. Una vez contando con la aprobación — del Congreso, se procedería a entrar en contacto con los anteriores propietarios de los bancos, para empezar a hacer la entrega de

las acciones correspondientes.

En una obra que publicó sobre el tema, uno de los protagonistas de la nacionalización señala :

El 4 de julio de 1983 se publicó en el Diario Oficial un acuerdo del secretario de Hacienda y Crédito Público en donde se fijaron las reglas para la indemnización de la banca privada. Inexplicablemente en el primer considerando, y en el primer artículo del acuerdo, se afirma que se expropiaron sólo las acciones representativas del capital social de las sociedades anónimas nacionalizadas. En el acuerdo se establece que será la Secretaría de Hacienda y Crédito Público quien fijará el monto de la indemnización, auxiliándose de un comité técnico de valuación que se integraría con representantes de la propia Secretaría, del Banco de México, de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y la Comisión Nacional de Valores. El procedimiento que se estableció en el acuerdo para fijar el monto de la indemnización consistió en la revisión de la información contable y fiscal de cada una de las sociedades, para así obtener un capital contable ajustado (no se precisan las bases o criterios conforme a los cuales se ajustó el capital contable de los bancos). En el mismo acuerdo se estableció que la indemnización se cubriría con una emisión de bonos del gobierno federal y se precisaron sus características.

"Los montos que recibieron los antiguos propietarios fueron muy superiores a los que se hubieran pagado conforme al procedimiento sugerido en 1982. Para los tres bancos más grandes, los capitales contables ajustados y la indemnización que finalmente se pagó resultó ser la siguiente en millones de pesos :

| Capital contable ajustado | Indemnización capitalizando intereses |
|---------------------------|---------------------------------------|
| Bancomer 30 873.6 | 52 724.9 |

| | | |
|---------|----------|----------|
| Banamex | 27 611.0 | 47 153.1 |
| Serfin | 10 711.3 | 18 292.4 |

Es decir, un total de 118 170.4 millones de pesos en lugar de 47 236.5 millones por estos tres bancos. De hecho las acciones, — que al 31 de agosto de 1982 se cotizaban a 125 pesos (Bancomer),— 70 pesos (Banamex) y 31 pesos (Serfin), se pagaron el 22 de agosto de 1983 a los antiguos propietarios de estos tres bancos nacionalizados a 588.07, 256.86 y 297.54 pesos respectivamente".⁸

Retomando las ideas de la nacionalización de la banca, considero que dicha expropiación fué efectuada en forma súbita, y como consecuencia lógica al estado de crisis económica que vivía el — país en esas fechas. Por tanto, no podemos considerar dicha expropiación como parte del programa de gobierno, sino más bien como — una situación obligada por las mismas circunstancias, aunque existen opiniones que la consideran una decisión personal y coyuntural del Ejecutivo. En algunas fuentes de información al público, como lo son los periódicos, se dijo : "Casi en vísperas, por cierto, — del segundo aniversario, convendría decir que la nacionalización — fué un acto subjetivo desesperado de un mandatario que quiso a última hora mejorar su imagen; como se ha dicho, las posibilidades — de la audaz medida rebasan objetivamente lo que ella pudo tener de individualista, inconsulta, angustiada y oportunista".⁹

La evolución que a partir del siglo pasado se observó en la — actividad bancaria y, consecuentemente, en el régimen legal que le

⁸ Tello, Carlos. La Nacionalización de la Banca en México. Editorial Siglo veintiuno. Segunda edición. México 1984. p. 167.

⁹ Fuentes Díaz, Vicente. Excelsior. 1º de Agosto de 1984 pág. 6.

es aplicable, puede afirmarse con certeza que se vió profundamente afectada por la expropiación de los bancos privados. José Manuel Quijano dice que "la nacionalización de la banca hace viable el - proyecto nacional de desarrollo, porque con el control financiero, el Estado tiene la posibilidad de orientar el proceso de concentración y centralización de capitales."10

1.5 Ley Reglamentaria del servicio Público de Banca y Crédito, de 1985

Esta ley fué publicada en el Diario Oficial de la Federación - - el 14 de enero de 1985 por el Presidente de la República, Miguel - de la Madrid Hurtado, y consta de 112 artículos mas 11 transito- rios, enmarcados en seis títulos.

Dicha ley es de orden público y tiene por objeto reglamentar - los términos en que el Estado presta el servicio de banca y credi- to; las características de las instituciones a través de las cua- les lo hace, su organización y funcionamiento en apoyo de las polí- ticas de desarrollo nacional, las actividades y operaciones que - pueden realizar, y las garantías que protegen el interés público. - También establece que las instituciones de crédito son de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, con dura- ción indefinida, y su organización y funcionamiento serán regula- dos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la cual debe- rá expedir un reglamento orgánico, para tales efectos.

En su capítulo tercero, "De los delitos", se encuentran tipi- ficadas conductas delictivas, que pueden considerarse delitos pe- nales bancarios. En estos tipos impone sanciones independientes -

10Quijano, José Manuel. La banca, pasado y presente. Centro de - Investigación y Docencia Económica, A.C. México, 1983. p.363.

de las establecidas en el Código Penal, y sus multas se adecuan al salario mínimo vigente en el Distrito Federal. En su artículo 92 — establece que para proceder legalmente se necesitará la petición — de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la cual, además de oír la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, hará que esos actos constituyan requisitos de procedibilidad de acuerdo con lo establecido por la Segunda Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo directo número 2740/73, promovido por José Escobar Yáñez, el 20 de marzo de 1975, por unanimidad de cinco votos a ponencia de Manuel Rivera Silva. 11

Lo anterior de alguna manera dificulta la consignación de los responsables, pues la institución necesita determinar los hechos, después hacerlos del conocimiento de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros que por lo general realiza una inspección, luego se formula una opinión que antes debe aprobar el Comité Permanente, — ahora junta de Gobierno; después de elaborarse esa opinión, envía ésta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la cual, a través de la Procuraduría Fiscal de la Federación, formula la petición de procedencia ante el Ministerio Público Federal. Como — puede observarse, el procedimiento es bastante complicado y se lleva bastante tiempo, sin considerar que aún no se inicia la averiguación previa.

Esta Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito promulgada en 1985, tiene buena estructura y técnica legislativas, pues responde a la realidad social y económica actual. Tam-

11 Acosta Romero Miguel. Legislación Bancaria. Editorial Porrúa, S.A. México, 1986. p. 286.

bién estimo que se encuentra formulada con sencillez y excluye la regularización de las organizaciones y actividades auxiliares de crédito, ya que esta ley las considera con objeto diferente al que ella pretende legislar. Además, define a la Comisión Nacional Bancaria de Hacienda y Crédito Público, cosa que ninguna legislación bancaria había previsto, no obstante darle una importancia fundamental a dicha Comisión.

Es oportuno aclarar que el Banco de México tiene su ley orgánica propia y no es una sociedad Nacional de Crédito, sino un organismo descentralizado. A dicha ley orgánica se le aplica — supletoriamente la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985, la legislación mercantil, y los usos bancarios y mercantiles, y el derecho común (código civil para el Distrito Federal).

CAPITULO II
INSTITUCIONES NACIONALES DE BANCA Y CREDITO

2.1 Concepto de Derecho bancario y concepto de derecho burocrático

Derecho bancario

La razón de la existencia del Derecho bancario debe buscarse en la insuficiencia de la legislación mercantil, para regular nuevas operaciones que han surgido en la práctica, -- así como en su importancia para proteger al público y a la economía colectiva contra los abusos y riesgos de las instituciones nacionales de crédito.

El derecho Bancario tiene autonomía; en virtud de que tiene -- un objeto de conocimiento propio, una sistematización independiente en su estructura, medios propios de desarrollo y de conocimiento y normas específicas que lo regulan; por lo que no se le puede considerar como la manifiesta Rodríguez y Rodríguez que: "El Derecho Bancario sólo tiene los mismos alcances que al derecho cambiario luego entonces el derecho bancaria es una rama del derecho mercantil".¹

Por su parte, Joaquín Rodríguez señala que "Derecho bancario es el conjunto de normas jurídicas relativas a la materia bancaria".

Más definiciones:

"Conjunto de normas jurídicas concernientes a las personas, a las cosas y a los negocios, mediante las cuales se realizan las operaciones bancarias".²

¹ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Tratado de sociedades mercantiles Editorial Porrúa, S.A. Tomo II. México, 1981. p.54.

² Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para juristas. Editorial Mayo. México, 1981. p.161.

Según Acosta Romero, es un conjunto de normas reguladoras de las relaciones entre particulares y entre las autoridades, nacidas de la actividad crediticia y bancaria, asimiladas a éstas y -aquellas, en su disciplina jurídica y ejecución judicial y administrativa.³

Luis Muñoz señala que "el Derecho bancario objetivamente — considerado es una parte del ordenamiento jurídico mercantil".³

Después de observar las anteriores definiciones, se concluye que la materia bancaria se entiende como una actividad social — que supone sujetos, relaciones, objetos y términos sin los cuales sería inconcebible; resumiendo: El Derecho se integra por — el complejo de personas, de cosas y negocios por medio de los cuales se efectúan las operaciones de banca y crédito. Lo anterior prácticamente es:

- a). Las instituciones de crédito como sujetos de derecho — bancario.
- b). Las operaciones de banca como relaciones típicas del — Derecho Bancario, y
- c). Las cosas bancarias como objeto de aquellas operaciones.

Derecho Burocrático

"Es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre — los servidores públicos y el Estado." Sin embargo, en la actualidad se le da un sentido de clase social.

2.2 Fuentes del Derecho Bancario

"Las fuentes del Derecho Bancario son:

- a) Leyes especiales sobre instituciones y operaciones de créd

³ Acosta Romero Miguel. Teoría general del derecho Administrativo. Editorial Porrúa, S.A. Quinta Edición. México. 1983. p. 18

dito.

- b). *Legislación mercantil común.*
- c). *Usos bancarios y mercantiles.*
- d). *Derecho Común*⁵

2.2.1 Jerarquía de Las fuentes del Derecho Bancario

1° *Leyes especiales sobre instituciones y operaciones de crédito.* Estas ocupan el primer lugar porque así lo dispone el artículo 2° de la *Ley de Títulos y operaciones de crédito*, que es la Ley especial en la materia, y además porque el artículo 640 del *Código de Comercio* remite a las *Leyes especiales*.

El artículo 2° de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* señala:

"Los actos y operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen:

I. *Por lo dispuesto en esta Ley y en las demás leyes especiales relativas, en su defecto;*

II. *Por la legislación mercantil general, en su defecto;*

III. *Por los usos bancarios y mercantiles, y en defecto de éstos,*

IV. *Por el Derecho Común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta Ley, el Código Civil para el Distrito Federal."*

El artículo 640 del *Código de Comercio* establece:

"Las instituciones de crédito se regirán por una ley especial.

2° *Legislación mercantil común.* Se comprenden en ella tanto las disposiciones del *Código de Comercio* como las *leyes mercantiles* -

⁵ *Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Derecho Bancario. Editorial Porrúa, S.A. Segunda edición. México 1973. p. 5.*

especiales, no específicamente bancarias, como lo son las diversas reglamentaciones sobre corredores, cámaras de comercio, registro mercantil, etcétera.

3^a Usos bancarios. Generalmente éstos están inspirados por el interés de las grandes empresas bancarias, siempre y cuando no se opongan a la moral o al orden público. Estos usos bancarios se — cristalizan en las llamadas condiciones generales de contratación, que figuran como cláusulas impuestas a los clientes por los bancos ya que ellas reflejan la experiencia acumulada de muchos años. Su obligatoriedad surge no sólo de su auténtica consideración como — uso, sino también del hecho de que siendo conocidas por los clientes, o debiendo serlo, puesto que aparecen en los formularios o machotes de los contratos que realizan, se les brinda la oportunidad de no contratar.

4^a Derecho común. Es el contenido en el Código Civil para el Distrito Federal. La razón de esto es que si el Derecho bancario es materia federal, la aplicación supletoria de los códigos locales sólo podría conducir a una diversidad local incompatible con las exigencias del comercio y las operaciones de crédito.

A la jurisprudencia no se le puede considerar como fuente del Derecho Bancario, ya que en México ha tenido escasa relevancia; salvo el caso de los títulos de crédito, es difícil encontrar jurisprudencia en materia propiamente bancaria.

2.3 Las relaciones laborales según la legislación del trabajo del — servicio público de banca y crédito.

Para efectos de esta Ley, la relación de trabajo se entiende de establecida entre las instituciones y los trabajadores a su — servicio, quienes desempeñan sus labores en virtud de su nombro — miento.

El nombramiento puede ser discrecional, condicional o reservado. Es discrecional cuando existe libertad completa en la designación. - Condicionado cuando la designación debe subordinarse a ciertas formalidades, como el concurso, el acuerdo senatorial o la elección entre una terna. Es reservado cuando la designación debe hacerse entre determinadas personas que han prestado sus servicios al Estado con anterioridad.⁶

Si definimos el vocablo nombramiento en un sentido apilísimo, es sinónimo de designación de funcionarios y empleados."

La relación de trabajo entre el Estado y su empleados de base - es una relación de Derecho público, que sería imposible sin la concurrencia del trabajador, pues el artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos previene que a nadie se le podrá obligar a prestar trabajos personales sin su propio consentimiento.

A las relaciones laborales materia de esta ley les serán aplicables, en cuanto no se opongan a ella, las disposiciones contenidas en:

1. El Título Tercero de la Ley Federal de los trabajadores al servicio del Estado, que se refiere al escalafón, el cual tiene por objeto efectuar promociones de ascenso entre los trabajadores a autorizar las permutas. Son factores de escalafón: Los conocimientos, la aptitud, la antigüedad, la disciplina y la puntualidad.

2. El Título Cuarto de la Ley Federal de los Trabajadores al - Servicio del Estado, mismo que se refiere a la organización colectiva de los trabajadores y a las condiciones generales de trabajo -

⁶ Acosta Romero, Miguel. Teoría general del derecho Administrativo.
Editorial Porrúa, S.A. Quinta Edición. México, 1983. p. 706.

y en él se establece la definición de sindicato como una asociación de trabajadores que laboran en una misma dependencia, constituida para el mejoramiento, el estudio y defensa de los intereses comunes de sus agremiados; pero los trabajadores de confianza no podrán integrar sindicatos. Estos deberán estar formados por cuando menos veinte miembros, y no deberá existir dentro de la dependencia otra agrupación sindical que cuente con mayor número de integrantes. El sindicato deberá registrarse en el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

3ª El Título Séptimo de la Ley Federal de los trabajadores al Servicio del Estado, trata sobre el Tribunal Federal de los trabajadores al Servicio del Estado, trata sobre el Tribunal Federal de conciliación y Arbitraje y establece al mismo tiempo el procedimiento que deberá seguirse ante dicho Tribunal. Este es un típico tribunal social del trabajo, en cuanto somete al poder administrativo a su jurisdicción y, consiguientemente, a él deben someterse los conflictos entre dicho poder y sus servidores, cuyas relaciones son de carácter social laboral.

4ª Título Octavo de la Ley Federal de los trabajadores al Servicio del Estado. Este apartado se refiere a los medios de apremio y a la ejecución de los laudos.

5ª El título Décimo de la Ley Federal de los Trabajadores al servicio del Estado establece las correcciones disciplinarias y - las sanciones. Faculta al Tribunal Federal de Conciliación y arbitraje para imponer las correcciones disciplinarias. Estas últimas pueden ser:

- a). Amonestación.
- b) Multa que no podrá exceder de 100 pesos moneda nacional.
- c) Suspensión del empleo con privación de sueldos hasta por tres días.

Las correcciones disciplinarias se impondrán oyendo al interesado y tomando en cuenta las circunstancias en que tuvo lugar la falta cometida. Las sanciones también serán impuestas por el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

El artículo 5º de la Legislación del trabajo del Servicio Público de Banca Y Crédito, en su segundo párrafo, establece que en lo previsto por esta ley se aplicará supletoriamente y en ese orden: la ley Federal del Trabajo, el Código Federal de Procedimientos Civiles, las Leyes del orden común, la costumbre, el uso, los principios generales de Derecho, y la equidad.

También es importante hacer mención de que los trabajadores de las instituciones de crédito quedan sujetos al régimen de seguridad social previsto en la Ley del Seguro Social y en la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.

2.4 Concepto de servidor público.

Por servidor público "se entiende toda persona que desempeña un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal centralizada o en el Departamento del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones o sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, en el poder judicial o que manejen recursos económicos federales." (Artículo 212 del Código Penal para el Distrito Federal.

De la anterior definición se puede deducir el siguiente concepto, que encuadra en el tema que nos ocupa: Servidor público es la persona que desempeña un empleo, cargo o comisión relacionado con el

manejo de los recursos económicos federales, previo nombramiento de la autoridad correspondiente.

2.4.1 Servidor de confianza

Según la Legislación del trabajo del Servicio Público de Banca y crédito son trabajadores de confianza quienes ocupan los siguientes puestos:

Directores y subdirectores generales

Directores y subdirectores adjuntos

Directores y subdirectores de división o área

Gerentes

Secretarías de los gerentes y de sus superiores

Contadores generales

Controladores generales

Cajeros y subcajeros generales

Representantes legales y apoderados generales

Además, lo son "aquellos que conforme al catálogo general de puestos de las instituciones, administren controlen, registren o custodien información confidencial básica de carácter general de las operaciones" (fracción X), así como los que "desempeñan funciones de dirección, inspección, vigilancia, fiscalización, investigación científica, asesoría o consultoría, siempre y cuando éstas tengan carácter general" (fracción XI).⁷

No obstante que los trabajadores de confianza en las instituciones nacionales de crédito son demasiados, porque como se puede observar, la gran mayoría de los nombramientos se encuentran dentro de la

Trueba Urbina, Alberto y Jorge Trueba Barrera. Legislación Federal de Trabajo del Servicio Público de Banca y Crédito. Ed. Porrúa, S.A. — vigésima primera edición. México. 1986. Art. 2º p. 435.

tro de la categoría de confianza. A su vez, el Banco de México, - por ser un organismo descentralizado del gobierno federal con personalidad jurídica y patrimonio propios y por tener su propia ley orgánica, puede señalar a otros trabajadores como de confianza, además de los enunciados en los fracciones I, II, III y IV antes referidas :

"a) Los empleados adscritos de manera personal y directa a la junta de Gobierno de la misma institución y a la Comisión de Crédito.

b) Los pilotos, copilotos e ingenieros de vuelo.

c) Jefes de oficina.

d) El personal de seguridad

e) El personal adscrito a las áreas de cambios, metales, inversiones, valores e informática.

f) Los operadores y contraseñadores del telex.

g) Así como el personal técnico que maneje información confidencial."8

Cabe aclarar que si los trabajadores de confianza son separados de su trabajo, ya sea justificada o injustificadamente, no tendrán derecho a su reinstalación.

2.4.2 Servidor de base

La legislación del Trabajo del Servicio Público de Banca y Crédito define por exclusión como trabajadores de base a los que no sean considerados de confianza. Los trabajadores de base, tendrán, entre otros beneficios : 1) Que después de cumplir doce me-

8Legislación Bancaria. Ley orgánica del Banco de México. Editorial Porrúa, S.A. Trigésima primera edición. México 1986. Art.40 p.278.

ses de servicios, tendrán permanencia en el empleo. 2) En el supuesto de que sean separados de su empleo, o bien, que se les indemnice con el importe de tres meses de salario y veinte días más por cada año de servicios. 3) También podrán formar sindicatos, los cuales deberán adherirse a la Federación Nacional de Sindicatos Bancarios, única central reconocida para los efectos de la Legislación del Trabajo del Servicio Público de Banca y Crédito (artículo 23).

2.5 *Jurisprudencia, laudos y ejecutorias en relación con los trabajadores de las instituciones de banca y crédito.*

La Legislación del Trabajo del Servicio Público de Banca y Crédito contiene un total de veinticuatro artículos, los cuales están agrupados en seis capítulos. En el capítulo primero se encuentran las disposiciones generales; en el capítulo segundo se establecen los días de descanso; el capítulo tercero determina la seguridad social y las prestaciones económicas; en el capítulo cuarto se habla de suspensión, cese y terminación de los efectos del nombramiento; el capítulo quinto se refiere a la Federación Nacional de Sindicatos Bancarios, y por último, el capítulo sexto trata de la supervisión de las instituciones.

La crítica que se le podría hacer a esta Ley es que, por ser ella de carácter social, contiene muy pocos artículos y trata de subsanar este problema remitiendo a la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado en la mayoría de sus artículos, por lo cual la jurisprudencia que existe en relación con los trabajadores de las instituciones de crédito es bastante amplia; por ello -

sólo mencionamos algunos de los precedentes que a nuestro juicio - son más importantes, incluyendo algunos laudos y ejecutorias.

Trabajadores al servicio del Estado. Abandono de empleo inexistente, cuando el trabajador se encuentra privado de su libertad.

Si los superiores de un empleado se manifiestan informados de la causa de la ausencia y la suspensión del contrato de trabajo de aquél, originadas por causas ajenas a la voluntad del trabajador, lo que es evidente en los casos de privación de la libertad, es im procedente levantar acta de abandono de empleo, puesto que esto último requiere la intención específicamente determinada de hacerlo; rescindirle su contrato en el caso mencionado equivale a despido injustificado. (Ejecutoria S. J. F. 7a. Epoca, volumen 1, Sa. parte, Cuarta Sala, p. 73.- A. D. 4335/68. José Alfonso Jiménez - Cimdati. 30 de enero de 1959).

Preferencia de trabajadores sindicalizados

La preferencia que estipula el artículo 41 estatutario para los trabajadores sindicalizados respecto de los que no lo estuvieron, debe entenderse en el sentido de que tal preferencia sólo opera cuando existe igualdad de competencia y antigüedad entre los aspirantes a un ascenso. (Laudo: Exp. número 71/50, José García de Alba contra secretario de Gobernación).

Falta de probidad

Incorre en falta de probidad un trabajador que no comunica a la superioridad el faltante que por cualquier circunstancia resulte en la oficina a su cargo, no obstante que no se justifique que hubiese dispuesto del importe del mismo para usos propios o ajenos.

(Laudó: Exp. número 722/47. C. Secretario de Comunicaciones y Obras Públicas contra Enrique Peña Suárez).

Incorre en falta de probidad o incumplimiento del contrato de trabajo el trabajador que dispone, aun en forma momentánea, de los fondos del Estado, para usos diferentes a aquellos a que están destinados. (Laudó: Exp. número 574/45. C. Secretario de Comunicaciones y Obras Públicas contra Manuel Ruiz Arris).

Abandono de bienes de la nación

Es causa de cese de un trabajador el abandono de una camioneta que ha sufrido un accidente en la carretera, porque al abandonar el vehículo el trabajador puso en peligro los bienes de la nación que tiene encomendados a su cuidado. (Laudó: Exp. número 5/952. Abraham Carrido Abad contra secretario de Hacienda y Crédito Público).

Trabajadores al servicio del Estado, en qué consiste su abandono de empleo

A falta de disposición legal que defina qué deba entenderse por abandono de empleo, no debe aceptarse el criterio del factor tiempo como determinante de la existencia o inexistencia de ese abandono, pues para precisarlo como causa de cese, debe atenderse a la naturaleza de las funciones encomendadas al empleado público, ya que el fin que persigue el artículo 44, fracción I, del Estatuto de los trabajadores al servicio del Estado, a diferencia de la Fracción V, inciso B, del artículo 44 del mismo ordenamiento, es que el empleado público esté siempre atendiendo el servicio que tiene encomendado, de suerte que el abandono depende de desatender

una función determinada, aun cuando sea momentánea, sin considerar el tiempo del abandono. (Jurisprudencia: Apéndice de 1917-1975. - Sa. parte, Cuarta Sala, tesis 273, pp. 257 y 258.)

Cese injustificado

No son causas justificadas para separar de su empleo a un trabajador aquellas bajas que sean dictadas "por acuerdo superior" o por "reorganizaciones"; por tanto, el cese decretado por tales motivos resulta injustificado. (Laudó: Exp. número 241/959. Raúl Ibarra Rodríguez contra secretario de Hacienda y Crédito Público).

Trabajadores al servicio del Estado, de su falta de probidad

El vocablo probidad significa bondad, rectitud de ánimo, honrra de bien y honradez en el obrar, y no puede haber ninguna de esas cualidades en el empleado que, conociendo la existencia de una práctica que lesiona los intereses de la dependencia en donde presta sus servicios, y teniendo, en razón de su empleo, la obligación de ponerla en conocimiento de su superior jerárquico, no lo hace. (Ejecutoria: Informe de 1972. Segunda parte, Cuarta Sala, pp. 57 y 58.- A. D. 4363/71. Enrique Interian Oliver. R. el 14 de marzo de 1972).

Carencia de nombramiento

Es una deficiencia administrativa que corre a cargo de los titulares, y su falta no puede destruir la relación jurídica de trabajo establecida por otros medios de prueba. (Laudó: Exp. número 36/952. Miguel Angel Romero y Arcadio Gamboa Torregosa contra secretario de Educación Pública).

Naturaleza de los nombramientos

El nombramiento que se expide sin especificar que es provisio

nal, interino o a tiempo fijo, se considerará en forma definitiva - en propiedad. (Laudo: Exp. número 123/48. C. Valentín Lozano Cente^{ros} contra C. Secretario de Educación Pública.

Trabajadores del Estado, reconocimiento de que son de base

El reconocimiento que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público hace en el sentido de que un trabajador tiene puesto de base es prueba determinada para asignar al trabajador la calidad que le corresponde. (Ejecutoria : Informe de 1972, Segunda parte, Cuarta Sala, p. 58. A.D. 5345/71, Margarita Rodríguez Catalán.- R. el 13 de marzo de 1971).

Empleados de base, su calidad

El hecho de comisionar a un empleado de base en un puesto de - confianza, no le da este último carácter y conservará sus prerrogativas de trabajador de base. (Laudo: Exp. número 303/54. C. Silvino Villegas Navarrete contra el C. Jefe del Departamento del Distrito Federal).

Trabajadores al servicio del Estado de confianza; no están protegidos por el apartado "B" del artículo 123 en cuanto a la estabilidad de su empleo.

El Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje no incurre en violación de garantías si absuelve del pago de indemnización constitucional y salarios caídos reclamados por un trabajador de confianza que alega su despido injustificado, si en autos se acredita tal carácter, porque los trabajadores de confianza no están protegidos por el Apartado "B" del artículo 123 de la Constitución, sino en lo relativo a la percepción de sus salarios y a las presta-

niones del régimen de seguridad social que les corresponde, pero no en lo referente a la estabilidad del empleo. (Jurisprudencia : - Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda parte, 1983, Cuarta Sala, pp. 18 y 19).

CAPITULO III

*LA APLICACION DE LA TORIA DEL DELITO EN LA FRACCION IV DEL
ARTICULO 90 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE
BANCA Y CREDITO*

Se llama teoría del delito a la parte del Derecho Penal que se ocupa de explicar que es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito. Esta explicación no es un mero discurrir sobre el delito con interés de pura especulación, sino que atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto.

De acuerdo con lo anterior concluyo que la teoría del delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para determinar si existe o no el delito en un caso concreto.

3.1 Concepto de delito

La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Aunque algunos autores han tratado de encontrar una definición de delito universal, esto no ha sido posible hasta ahora, dado que el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época. De acuerdo con esto se puede observar que lo que es delito es un lugar y época determinados, en otra época y otro lugar no lo es. Lo anterior da lugar a lo que jurídicamente se conoce como relatividad del delito.

Algunas definiciones de delito se presentan a continuación. - Para Francisco Carrará, es "la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."¹

Analizando esta definición se puede observar que Carrará con-

¹Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. Editorial Porrúa, S.A. Decimoquinta edición. México 1981. p.126.

sibe al delito como un ente jurídico, constituido por una relación de contradicción entre un hecho y la ley, que es una disonancia armónica, ya que necesariamente debe consistir en la violación de la ley y es delito sólo si choca con la ley del Estado, abandonando - la ley moral o divina, y al mismo tiempo le da un carácter de obligatoriedad. La idea principal en el Estado es proteger la seguridad de los ciudadanos. El delito debe ser resultado de una conducta externa y no de simples deseos o pensamientos. Por último, estima al acto o a la omisión moralmente imputable por estar el individuo sujeto a las leyes criminales.

Para el Tribunal Supremo, "delito es la conducta humana externa, culpable penalmente, antijurídica y por corresponder a un tipo legal, punible."²

Para José Maggiore, "delito es desde el ángulo histórico, toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento histórico. Delito desde un ángulo valorativo es todo acto que ofende gravemente al orden ético y que exige una expiación consistente en la pena."³

Según Rafael Garófalo, el delito natural es "una violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad."⁴

Luis Jiménez de Asúa establece que "delito es un acto típica-

² Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. Parte general. Editorial Porrúa, S.A. Decimaquinta edición. México 1986. p. 126.

³ Buzón Domingo, Manuel. Derecho penal del Tribunal Supremo. Editorial Hispano-europea Barcelona, España, 1964 Tomo I. P.35

⁴ Carrancá y Trujillo, Raúl. Obra citada. P. 221.

mente antijurídico, culpable, sometido a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.⁵

Según Cuello Calón, "delito es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible."⁶

Para Binding, "delito es la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal que llena las condiciones objetivas de culpabilidad."⁷

3.1.1 Desde un punto de vista jurídico formal

Desde esta perspectiva el delito se caracteriza por su sanción penal. Sin una ley que sancione una determinada conducta no es posible hablar de delito. Esta noción es insuficiente porque no atiende a las condiciones intrínsecas del acto mismo, sino sólo a las formales, como por ejemplo, una definición de delito desde el punto de vista de la noción jurídico-formal la tenemos en el artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal, donde se señala que "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

3.1.2 Desde un punto de vista jurídico sustancial

En primera término considero dos sistemas principales para realzar el estudio jurídico sustancial del delito:

a) El unitario o totalizador, según el cual el delito no puede dividirse ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble, o sea, que el delito puede presentar varios aspectos, pero no hay manera de fraccionarlos.

⁵ Idem.

⁶ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Parte general. Tomo I.- Volúmen segundo. Editorial Bosch. Barcelona, España, 1975. p.- 236.

⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl. Obra citada. p. 222.

b) *Atomizador o analítico, el cual considera que el delito - se estudia de acuerdo con sus elementos constitutivos, lo cual no implica que el delito integre una unidad.*

Desde este último punto de vista, y siguiendo la corriente analítica o atomizadora, el delito tendrá diversos elementos, como lo son: una conducta, típica, antijurídica y culpable, y si falta uno de esos elementos, no hay delito. Como ejemplo de este último punto de vista tenemos la ya citada definición de Luis Jiménez de Asúa, así como la de Cuello Calón. A ellas se agrega la de Eugenio Raúl Zaffaroni, quien señala que delito es "una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal (tipo) que revela su prohibición (típica), que por no estar permitida por ningún precepto jurídico (causa de justificación) es contraria al orden jurídico, y que por serle exigible al autor que actuase de otra manera, es reprochable (culpable)."⁸

Actualmente la definición de delito dependerá de lo que quiera caracterizarse, ya sean comportamientos punibles o los mercedos de pena, obviamente dentro de un marco de Derecho penal de hecho (sistema penal mexicano); lo anterior podría observarse desde dos puntos de vista:

a) Si lo que interesa es saber lo que el derecho positivo - considera delito (problema característico del juez), la definición podría lograrse recurriendo a la consecuencia jurídica del hecho - concreto; en este sentido es válida la definición del artículo 72- del Código Penal para el Distrito Federal. Esta definición dió lugar a un concepto llamado formal, es decir, en este caso la defini

⁸Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte general. Editorial EDIAR. Buenos Aires, 1982. p. 258.

ción del delito dependerá de caracterizar los comportamientos punibles.

b) Por el contrario, si lo que interesa es saber si determinado hecho debe prohibirse bajo la amenaza de una pena (problema - característico del legislador), este concepto no podrá referirse a la pena, sino al contenido de la conducta, lo cual dará lugar a un concepto material formado por elementos positivos y negativos.

Tras analizar las anteriores definiciones concluyo que el delito es una conducta externa, típica, antijurídica, culpable, considerando a la imputabilidad como su presupuesto necesario y por corresponder a un tipo legal, punible.

3.2 La fracción IV del artículo 90 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito en orden al tipo penal.

El tipo penal es un instrumento legal. Lógicamente de naturaleza descriptiva, que tiene la función de individualizar las conductas humanas penalmente relevantes. El tipo es necesario porque sin él no podríamos determinar la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta, que en la mayoría de los casos carecería de relevancia penal.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad, pues el primero es una fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la segunda pertenece a la conducta, y aplicando lo anterior al tema que nos ocupa, tenemos que en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito se estipula lo siguiente:

"CAPITULO III

De los delitos

Artículo 90.- Serán sancionadas con prisión de dos a diez años y multa hasta por cantidad equivalente a cinco mil veces el sa

larío mínimo general diario del Distrito Federal:

...IV. Los servidores públicos de la institución que, como -
ciendo los vicios que señala la fracción anterior*, concedan el -
préstamo, si el monto de la alteración hubiere sido determinante -
para concederlo y se produce quebranto patrimonial u organización."

En orden al tipo, el ordenamiento anterior A) es especial, -
porque aparece en una ley especial; B) es un tipo gravado, pues -
respecto a su penalidad ya no admite la libertad provisional: C)-
es un tipo anormal, porque contiene elementos objetivos, subjetivos
y normativos:

a) Elemento objetivo: préstamo y quebranto patrimonial.

b) Elemento subjetivo: ánimo del servidor público.

c) Elemento normativo: los vicios (consistentes, de acuerdo
con la fracción VII del artículo 10 de la Ley Reglamentaria del -
Servicio Público de Banca y Crédito, en hacer avalúos que no co -
rrespondan al valor de los bienes que se ofrezcan en garantía del
préstamo solicitado).

Son elementos del tipo: a) Objeto jurídico: patrimonio de
la Institución de crédito. b) Objeto material: quebranto de la -
institución, como consecuencia del otorgamiento del préstamo.

Por otra parte, D) es un tipo de daño, porque se daña a la -
institución en su patrimonio. E) Es un tipo complejo, porque ne -
cesita el complemento de la Fracción III del artículo de referen -
cia, y F) es un tipo de formulación exclusiva. ya que sólo se nece -
sita conocer los vicios.

*Fracción III: "Las personas que para obtener préstamos de una -
institución de crédito presenten avalúos que no correspondan a la
realidad, de manera que el valor real de los bienes que ofrecen en
garantía sea inferior al importe del crédito, resultando quebran -
to patrimonial para la institución."

3.2.1 Conducta

Entendida como elemento básico del delito, consiste en un hecho exterior positivo o negativo producido por el hombre, y sometido a la capacidad de decisión final de su voluntad. Consideramos como elementos de la acción los que menciona el criterio de Edmundo Mezger:

- a) Querer del agente (entendido como voluntariedad).
- b) Un hacer del agente (desplazamiento corporal).
- c) Una relación de causalidad entre el querer y el hacer.⁹

Aplicando este elemento positivo del delito a la fracción IV de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, - será de acción entendida como hecho, pues hay un resultado material, toda vez que aparece un desplazamiento del servidor público al conceder el préstamo conociendo que los avalúos que presenta la persona que solicita el préstamo son falsos, lo cual da como resultado el quebranto patrimonial de la institución.

En esta fracción, entiendo el quebranto patrimonial como un perjuicio que se le causa a la institución:

En orden a los sujetos se puede decir que es un tipo unisubjetivo y plurisubjetivo, ya que puede ser cometido por uno o varios servidores públicos.

En orden al resultado es material o de daño porque causa un quebranto patrimonial a la institución.

En orden a su persecución es un delito de querrela, ya que sólo se procederá a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien además deberá escuchar la opinión de la Comisión Na

⁹Weszel, Hans. Derecho penal alemán. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1979. p. 62.

cional Bancaria y de Seguros, de acuerdo con lo dispuesto por el - artículo 92 de la citada ley.

En orden a su duración es instantáneo, porque se concede el - préstamo y el monto de la alteración es determinante para concederlo, tras lo cual se produce el quebranto patrimonial para la institución de crédito.

3.2.2 Ausencia de conducta

La ausencia de conducta, en cualquiera de sus formas: fuerza física irresistible (*vis absoluta*), *vis maior*, sueño, hipnotismo, - sonambulismo, movimientos reflejos; no se da por la misma naturaleza del tipo, eminentemente doloso.

3.2.3 Tipicidad

La tipicidad es la característica que tiene una conducta en - razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida en un tipo penal. Para Celestino Porte Petit, la - tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume a la fórmula Nullum, crime sine tipo. En este orden de ideas, considero que la tipicidad es la razón de ser de la antijuridicidad.

Y con respecto a la fracción IV del artículo 90, sí hay tipicidad cuando el servidor público, conociendo la alteración de los-avalúos, que se traduce en falsedad de los mismos, concede el préstamo ocasionando el quebranto patrimonial para la institución.

3.2.4 Antipicidad

La no adecuación de la conducta al tipo descrito por la ley, - constituye la atipicidad. Son formas de ésta, las siguientes:

a) Falta de calidad del sujeto activo. Aplicando esto al caso de estudio si podría existir atipicidad en el supuesto de que-

el sujeto activo no sea servidor público, por ejemplo, si no tiene el nombramiento que se requiere para autorizar préstamos.

b) Falta de calidad del sujeto pasivo, en el supuesto de que no se trate de una institución de crédito o de una organización - auxiliar.

c) Falta de objeto material. Esta falta de atipicidad también se puede presentar en la fracción IV del artículo 90 de la - multicitada ley; que se descubran los vicios y no se llegue a otorgar el préstamo y, lógicamente, no se producirá quebrante patrimonial a la institución.

d) Falta de los medios de ejecución. Esta falta de atipicidad se da cuando no se presentan vicios, o sea, que no exista falsedad en los avalúos que se presente como garantía para obtener - el préstamo.

e) Falta del elemento normativo o subjetivo del injusto. Esta se traduce en que no existan vicios. por ejemplo, la persona - presenta el avalúo de los bienes que va a dar en garantía del préstamo que le otorgará la institución, y desconoce si están acordados con el monto de activos y/o pasivos o corresponden al valor real - del bien, ya que dichos avalúos fueron realizados por peritos en - la materia, luego entonces, en ningún momento existió conducta intencional de causar perjuicio a la institución, ni en el solicitante, ni en el servidor público, aunque el citado ejemplo es una situación muy inverosímil.

3.2.5 Antijuridicidad

Es la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado; se le denomina también ilicitud, y los alemanes la llaman - "injusto", para significar lo contrario a derecho. Al decir normas de cultura me refiero a aquellas ordenes y prohibiciones por las - que la sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus inte

reses.

Cuando estas normas de cultura son reconocidas por el Estado, la oposición a ellas constituye lo antijurídico. Mezger expresaba que las leyes emanación positiva del derecho sólo son posibles con arreglo a determinados presupuestos que constituyen el total - complejo de la cultura. Las normas de cultura son, por tanto, - principios esenciales de la convivencia social, regulados por el - derecho, como expresión de una cultura.

Carrara señalaba que la antijuridicidad es una contradicción entre la conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el estado.¹⁰

Entendida entonces la antijuridicidad como una conducta típica que no se encuentra amparada por una causa de justificación, en la fracción IV del artículo 90 vemos que si existe una conducta antijurídica, ya que el servidor público conoce los vicios del avalúo y no obstante, concede el préstamo, causando con su conducta el - quebranto patrimonial a la institución.

3.2.6 Causas de licitud

También llamadas excluyentes de responsabilidad como las denomina el Código penal para el Distrito Federal; Carrancá y Trujillo las llamaba "causas que excluyen la incriminación"? pero en el derecho penal mexicano no se podrían denominar así, ya que esta denominación incluye las causas de ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de inimputabilidad y las causas de inculpabilidad.

¹⁰ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. Parte general. Editorial Porrúa, S.A., Decimoquinta edición. México 1986 - p.362.

Las causas de justificación no deben ser confundidas con otras eximentes. Hay entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito.

Las causas de justificación son objetivas, referidas al hecho e impersonales; sus efectos son "Erga omnes", respecto a los partíipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que pretenda derivar del hecho mismo. Jiménez de Asúa, con fines exclusivamente didácticos expresa que en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutarias no hay pena.

En el derecho penal mexicano se puede definir a las causas excluyentes de responsabilidad como aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan el aspecto negativo de la antijuridicidad.

Y como causas de justificación o excluyentes de responsabilidad encontramos: la legítima defensa, estado de necesidad, (si el bien salvado es mayor jerarquía), cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho obediencia jerárquica, (si el inferior está legalmente obligado a obedecer), e impedimento legítimo.

En este orden de ideas, con respecto a la fracción que me ocupa opino que sólo operaría una causa de justificación y sería la excluyente de un estado de necesidad, partiendo del supuesto que el estado de necesidad es: una situación de peligro, real, grave del bien amenazado y para superarla, es indispensable el sacrificio de un interés ajeno para salvaguardar el propio";¹¹ condiciones —

poderosas que excluyen la antijuridicidad, siendo la conducta típica, por ejemplo: el servidor público se da cuenta que el avalúo - que le presentan como garantía para obtener el préstamo es falso, - y que al mismo tiempo causará un quebranto patrimonial a la institución, pero que dicho préstamo lo necesitan para salvar la vida a la persona que se le va a otorgar. Claro que éste ejemplo es remoto, pero se podría dar.

3.2.7 Imputabilidad

A la imputabilidad la considero presupuesto necesario de la culpabilidad y la defino como un conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el autor en el momento en que se ejecuta el acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

La imputabilidad es la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal; es la posibilidad potencial y abstracta de que el hombre le sean atribuibles los hechos o las meras conductas, que pueda realizar, como a su causa eficiente, consciente y libre, y por tanto, a la imputabilidad no se le puede considerar elemento autónomo del delito, sino que es presupuesto de la culpabilidad, -- porque existe el libre albedrío con base en que la imputabilidad se da en una persona que posee capacidad bastante para conocer y distinguir la diferente categoría de lo lícito y de lo prohibido, y conducirse según tal discernimiento. Y aplicada la imputabilidad al tipo en estudio, es elocuente que el -

"Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Parte General
Editorial Bosch. Barcelona, 1975.
p. 362

servidor público es una persona capaz tanto física como mentalmente y desde luego, mayor de edad.

3.2.8 Causas de inimputabilidad

Se presentan estas causas cuando el agente carece de la capacidad de conocer y de querer.¹² Esta capacidad puede faltar cuando aún no se ha alcanzado determinado grado de madurez física y psíquica, o cuando la conciencia y la voluntad están anulada o gravemente perturbadas de modo permanente o transitorio.

Son causas de inimputabilidad: la minoría de edad, la enfermedad mental (estado de inconciencia permanente), estado de inconciencia transitorio, el miedo grave y la sordomudez.

Respecto al tipo que nos ocupa podemos decir que sólo podría operar como causa de inimputabilidad un estado de inconciencia transitorio. Tomando como supuesto que el servidor público en el momento de conceder el préstamo y conociendo los vicios de los avalúos presentados firma concediendo aquél, causando así el quebranto en el patrimonio de la institución, estando poco lúcido en el momento de autorizar el préstamo. Pero esta es causa de inimputabilidad sólo si la embriaguez ha sido fortuita, no querida, ni prevista, originando la anulación de las facultades mentales en forma transitoria. Cuando el estado transitorio se origine por acciones libres en su causa, nada tendrá que ver con la causa de inimputabilidad invocada. Lo anterior es independiente de la responsabilidad laboral que se dé con respecto al servidor público y la institución de crédito.

3.2.9 Culpabilidad

Culpabilidad es el conjunto de condiciones que determinan que

¹²Cuello Calón, Eugenio. Obra citada: P. 475.

el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible, sea — penalmente responsable. Existen dos teorías principales que tratan de explicar la culpabilidad:

a) Teoría psicológica. Para esta teoría es necesaria la comprobación de que la voluntad del autor es causal del hecho ilícito en dos casos: el dolo y la culpa. Ambos son especies de la culpabilidad y presuponen la imputabilidad del autor.

b) Teoría normativa. El punto de partida de esta teoría es la reprochabilidad. Por tanto, una conducta culpable es reprochable. La culpabilidad en esta teoría constituye un juicio de reproche porque el sujeto puede obrar de otra manera (libre albedrío) y no lo hace; en consecuencia, donde falte esta libertad de elección no cabe la aplicación de pena.

En este orden de ideas se concluye que el fundamento de la culpabilidad que son precisamente las condiciones en que determinada conducta es producida, llenando el tipo legal con las condiciones que prueban que el hecho mismo es atribuible al sujeto por que fue querido por éste y, por tanto, amerita un juicio de reproche. Y si consideramos a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, veremos como mientras la imputabilidad es una situación psíquica abstracta, la culpabilidad es la capacidad concreta de imputación legal.

Aplicando lo anterior a la fracción IV del artículo 90 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, concluyo que la conducta del servidor público si es culpable. En primer lugar, porque su conducta (conceder el préstamo) indica una conciencia potencial de antijuridicidad, ya que en ningún momento podría considerarse lícita su conducta si con ella causa un perjuicio a la institución. En segundo lugar, el servidor público tuvo la opción de actuar de otra manera, libertad de elección, y no recurrió a ella, lo cual se traduce en imputabilidad, presupuesto necesario de

la culpabilidad; por tanto, la conducta aludida, amerita un juicio de reproche. Por último, la conducta analizada es eminentemente — dolosa, pues el servidor público sabe que el avalúo que se le presenta tiene vicios, que está alterado y no corresponde al valor real — de los bienes que se ofrecen como garantía, y además, que este avalúo es determinante para conceder el préstamo, y no obstante esa situación, concede el préstamo sin importarle el quebranto patrimonial que cause a la institución bancaria.

3.2.10 Causas de inculpabilidad

Por causas de inculpabilidad entenderemos lo que define Jiménez de Asúa: "La inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche"¹³. Son causas de inculpabilidad: el error esencial de hecho inevitable, error accidental (error en el golpe, error en la persona), estado de necesidad cuando los bienes son de la misma jerarquía, obediencia jerárquica (cuando el inferior se encuentra coaccionado), la no exigibilidad de otra conducta las eximentes putativas y el temor fundado.

En la fracción IV del artículo 90 podría, a mi juicio, operar sólo una causa de inculpabilidad: la obediencia jerárquica. Por ejemplo, el inferior, conociendo la ilicitud de la orden y pudiendo rehusarse, no lo hace ante la amenaza de sufrir graves consecuencias; en el caso concreto el servidor público conoce que el avalúo tiene vicios y que en esas circunstancias no puede otorgarse el préstamo, pero su superior le ordena concederlo, so pena de que si no lo hace, lo matará.

13

Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el delito. Editorial Hermes Sudamericana S.A., México 1986. p. 389

3.2.11 Punibilidad

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en relación con cierta conducta. Se plantea el problema de si la punibilidad es elemento del delito o consecuencia de él; será lo primero desde el punto de vista de la noción jurídica formal, y será lo segundo si se parte de la noción jurídica sustancial.

Si partimos del principio de Nulla poena sine culpa, la punibilidad es una consecuencia lógica jurídica del juicio de reproche. A la punibilidad se le puede resumir en tres puntos: a) Merecimiento de penas; b) amenaza estatutaria de imposición de sanciones si se cumplen los presupuestos legales, y c) aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

Aplicando lo anterior a la fracción IV del Artículo 90 de la ley que nos ocupa, la punibilidad es de dos a diez años de prisión y multa hasta por la cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo general diario del Distrito Federal, lo cual indica que el servidor público imputado no alcanza la libertad bajo fianza. (Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.)

3.2.12 Excusas absolutorias

Son circunstancias en las que a pesar de subsistir la antijuridicidad y la culpabilidad, desde el primer momento queda excluida la posibilidad de imponer pena al autor.¹⁴ Estas causas obedecen a las preocupaciones dominantes en diversos ordenes de ideas y a la constitución de la familia, que es la base de la sociedad; así se constituye la ausencia de la punibilidad.

Tales casos tienen su fundamento en que el Estado no sanciona

¹⁴ Carrancá y Trujillo, Raúl. Obra citada. p. 651

determinadas conductas por razones de justicia o equidad, respondiendo así a una política criminal. Dentro de la fracción IV del artículo 90 de la multicitada ley no operan las excusas absolutivas. Cabe aclarar que en presencia de estas últimas los elementos esenciales del delito (conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) permanecen inalterados, sólo se excluye la posibilidad de punición.

3.2.13 Condiciones objetivas de punibilidad

Las condiciones objetivas de punibilidad no son tampoco elementos esenciales del delito. Frecuentemente se les confunde con los requisitos de procedibilidad, como la querrela de parte en los delitos privados. Estas condiciones pueden ser definidas como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.

Colín Sánchez dice que "quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad lo hacen desde el aspecto general de Derecho Penal, y los que aluden a cuestiones perjudiciales enfocan el problema desde el punto de vista procesal; en cambio, los requisitos de procedibilidad son condiciones que legalmente deben satisfacerse para proceder en contra de quien ha infringido una norma determinada de derecho penal."¹⁵

De lo anterior se desprende que las condiciones objetivas de punibilidad, no son requisitos de procedibilidad, sino que son lógico y jurídico centro del derecho procesal.

¹⁵ Colín Sánchez, Guillermo. Derecho mexicano de procedimientos penales. Editorial Porrúa, S.A. Séptima edición, México 1981 p.240.

Así, puede concluirse que en el tipo que estamos estudiando - no se encuentra ninguna condición objetiva de punibilidad.

3.2.14 Ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad

La ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad ocurre cuando no se encuentran establecidas condiciones para que la pena tenga aplicación. NO es elemento esencial del delito.

En la fracción IV del artículo 90 de La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito estamos ante ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, ya que para la aplicación de la pena no es necesaria ninguna de ellas.

CAPITULO IV
LA TENTATIVA EN LA FRACCION IV DEL ARTICULO 90 DE LA LEY REGLAMENTARIA
DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA
Y CREDITO

4.1 Iter CRiminis.

En el delito doloso no se pena sólo la conducta que llega a realizarse totalmente o que produce un resultado típico, sino que la ley prevé la punición de la conducta que no llega a reunir todos los elementos típicos, por quedarse en una etapa anterior de realización. Es preciso delimitar en qué momento el autor ingresa en el límite mínimo de lo punible y cuándo se ha alcanzado la etapa que permite llegar al máximo de la punibilidad prevista. Las etapas de realización del hecho punible doloso (Iter criminis) se dividen en dos:

4.1.1 Fase interna

1. Ideación. Se trata de un proceso interno en el que el autor elabora el plan del delito y propone los fines que serán meta de su acción, eligiendo a partir del fin los medios para alcanzarlo.

2. Preparación. Es el proceso por el cual el autor dispone de los medios elegidos, con miras a crear las condiciones para la obtención del fin. Esta fase es irrelevante para el Derecho Penal, debido a que el pensamiento no puede soportar ninguna pena, es decir, Cogitatio nis poenam nemo patitur.¹

4.1.2 Fase externa.

1. Ejecución. Es la utilización concreta de los medios elegidos en la realización del plan. Las zonas correspondientes a la preparación y ejecución del plan resultan de difícil determinación. Su disposición sólo tiene sentido a partir del límite trazado entre lo punible y lo no punible, es decir, en relación con los tipos penales, individuales en la ley penal.

¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte general Editorial Ediar. Buenos Aires, 1982. p.525

En la ejecución es posible distinguir dos niveles de desarrollo:

- Uno en el que el autor aún no ha dado término a su plan.
- Otro en el que el autor ya ha realizado todo cuanto se requiere, según su plan, para la consumación. (Tentativa acabada de delito frustrado).

2. Consumación. Es la obtención del fin típico planeado con los medios utilizados por el autor.

4.2 Concepto de Tentativa.

En la tentativa se requiere la ejecución de actos idóneos e inequívocos, existe la ejecución incompleta de un delito, o sea, la ejecución no se ha realizado por completo. Esto puede ocurrir - - también porque el agente suspenda los actos de ejecución que consumarían el delito (delito intentando o tentativa inacabada), o bien - porque el agente realice todos esos actos de ejecución que han de producir el resultado, pero no ocurre éste por causas fortuitas - (delito frustrado o tentativa acabada).

Por lo antes expuesto, la tentativa la podemos entender como - el conjunto de actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, el cual no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente.

4.3 Formas de tentativa.

4.3.1 Tentativa acabada

Es aquella en la que el sujeto realiza la totalidad de la conducta típica, pero no se produce el resultado por causas ajenas a-

La voluntad del agente. En esta forma de tentativa el hombre no - solo emplea todos los medios que la experiencia ha demostrado como adecuados para obtener el efecto dañino, sino que además, tiene la certeza y previsión física de que el efecto que se verificará lleva el individuo a realizar todos aquellos actos que de acuerdo con las leyes constantes y conocidas de la naturaleza pueden conducir a la consumación del delito, aunque cualquier impedimento imprevisto es inevitable.

En la tentativa acabada existe un desistimiento condicionado - por causas ajenas a la voluntad del agente. A la tentativa acabada también se le denomina delito frustrado. A la frustración del - delito se le ha considerado de dos maneras: Frustración propia es aquella en la que se realizan todos los actos de ejecución, pero el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente, por ejemplo, administrar veneno a una persona, pero la oportuna intervención médica impide la muerte. Por otra parte, se considera también la frustración impropia o imposible, que se da por una radical imposibilidad; en ella hay generalmente ausencia de un bien juridicamente tutelado, por ejemplo, administrar un abortivo a una - mujer no embarazada.²

El delito frustrado se realiza subjetivamente, pero no de manera objetiva. En esta forma de tentativa no puede hablarse de desistimento; ya que el agente no podría desistir de lo ya ejecutado, y según Pavón Vasconcelos sólo podría hablarse de arrepentimiento activo o eficaz. Este se entiende como la actitud adoptada por el - autor para impedir la consumación del delito una vez agotado el prou

2Carraça y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. Parte general Editorial Porrúa, S.A. Decimoquinta edición, México 1986 p. 665

ceso ejecutivo capaz por sí mismo de lograr dicho resultado.

4.3.2 Tentativa inacabada o delito intentado.

Esta forma de tentativa tiene lugar cuando el sujeto interrumpe la realización de la conducta típica, cualquiera que haya sido la causa que detiene la mano del culpable a la mitad de la ejecución y en los límites del último acto. Es siempre cierto que le faltó realizar los otros actos o, posiblemente, el acto último, -- sin embargo, dichos actos eran necesarios. Por el contrario, en el delito frustrado el agente realizatodos los actos, ejecuta todos los que de él dependían y que podían darle esperanzas de lograr el resultado que deseaba. El delito intentado no se consuma ni subjetiva ni objetivamente. La tentativa inacabada sólo es punible cuando el acto indispensable para la consumación plena del delito se omite por causas al querer del agente. En esta forma de tentativa cabe el desistimiento.

4.4. Naturaleza de la tentativa.

Respecto a este punto existen dos posiciones:

a) La del delito incompleto, que sostiene que la tentativa es un delito incompleto, en el cual no se dan los caracteres típicos por que la conducta se detiene en la etapa ejecutiva o por que no se produce el resultado.

b) La del delito independiente, la cual pretende que la tentativa es un tipo independiente, de la misma manera que lo es, por ejemplo, el encubrimiento, que nada tiene que ver con el tipo espe

cial a que se refiere la conducta delictiva.

Considero que respecto a la naturaleza de la tentativa, es la de un delito incompleto, porque constituye un dispositivo amplificador de la tipicidad penal, y si no se logra la consumación es — por causas ajenas a la voluntad del agente.

4.5. El fundamento de la punición de la tentativa.

Para fundamentar la punición de la tentativa, actualmente e — existen diversos criterios:

a) Atender a criterios solamente objetivos. La tentativa se pena atendiendo a criterios objetivos, porque pone en peligro un bien jurídico. De ser válido este criterio, la tentativa inidónea, en la cual no se pone en peligro un bien jurídico, no ameritaría — sanción para el agente.

b) Criterios subjetivo. Este es el que predomina en la mayoría de las legislaciones. Se fundamenta la punición de la tentativa porque ella es una conducta contraria al derecho más estimo — que este criterio no puede ser aceptado en nuestro derecho positivo, ya que el Código Penal para el Distrito Federal establece una penalidad menor que la que le correspondería si el delito se hubiera consumado.

c) Criterio sujeto a la peligrosidad del autor. Según esta — postura, la tentativa es punible según la peligrosidad del autor.

d) A partir de la teoría de la prevención especial se ha dicho que la tentativa se pena por ser peligrosa cualquier conducta que en el marco de la comunidad produce la impresión de una agre — sión al derecho y mediante la cual se causa un perjuicio de la co —

munidad.⁴

Ninguno de los criterios antes citados puede aceptarse en el marco del derecho positivo, porque considero que la tentativa tiene una doble fundamentación: obedece a que en ella hay dolo (la voluntad final — concreta que se dirige a un resultado tendiente a afectar un bien jurídico), y la exteriorización de ese dolo siempre implica la afectación — de un bien jurídico.

La tentativa es punible cuando la resolución de cometer un delito — se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo. Si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, al imponer la pena el juez debe tener en cuenta la peligrosidad del autor y el grado al que llegó en la ejecución del — delito. Con lo anterior se regula claramente el desistimiento de la — acción además existe una clara distinción entre los actos típicos de — la tentativa punible y los actos preparatorios que no deben ser puni— bles.⁵

4.6 Tentativa inidónea o delito imposible

Hay tentativa inidónea o tentativa imposible cuando los medios empleados por el autor son notoriamente inidóneos para causar el resultado independientemente de la voluntad del sujeto. La única diferencia — que existe entre la tentativa inidónea o delito imposible y la tentati — va idónea, es que en la primera la punibilidad está afectada por los — medios empleados, pero en la tentativa inidónea o delito imposible, la — afectación del bien jurídicamente tutelado por la Ley es menor por —

⁴ Bacigalupo, Enrique. Manual de derecho penal. Editorial Temis. Bogotá, 1985. p. 166

⁵ Simplificación administrativa. Renovación moral. SCGF. Serie ——— Reportes de la Contraloría, número 6 Talleres Gráficos de la Nación — México, 1986. Procuraduría General de la República. ————— Simplificación Administrativa número 1225. p. 209.

la idoneidad del medio empleado, pero de cualquier manera la perturbación se puede sufrir; ya que nadie está obligado a soportar conductas que tienden a lesionar bienes jurídicos, por mucho que aquellas sean burdamente inidóneas. En este orden de ideas se sostiene que en la tentativa inidónea no hay bienjurídicamente tutelado y que su único fundamento de punición atendería a la peligrosidad del autor.

No debe confundirse el delito putativo o imaginario, con el imposible. En el primero no hay infracción de la ley penal por imposibilidad jurídica; ya que la norma jurídica no existe; tampoco existe en él delictuosidad intrínseca, sino imaginaria, pues el sujeto cree erróneamente que su conducta es punible, sin serlo legalmente.

4.7 La tentativa en la fracción IV del artículo 90 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

En la multicitada fracción se dan las fases interna y externa, es decir, el *Iter criminis*. Admite tanto a la tentativa acabada como a la inacabada.

En el caso de la tentativa inacabada, el servidor público de la institución bancaria conoce los vicios del avalúo que le presentan como garantía para obtener el préstamo, y sabe que conceder éste tendría como consecuencia un quebranto patrimonial a la institución. Un ejemplo sería que el servidor público acepta otorgar el préstamo conociendo que los avalúos que presentan como garantía son falsos y con sigüientemente empieza a gestionar todos los trámites internos para otorgarlo, pero de manera inesperada es removido de su nombramiento, con lo cual pierde personalidad para otorgar dicho préstamo. Por lo tanto, la tentativa resultaría inacabada, porque el servidor público no realizó todos los actos tendientes a lograr el resultado.

Tratándose de la tentativa acabada, el servidor público realiza todos los actos que conducirán al quebranto patrimonial a la institución de crédito, pero éste no tiene lugar. Por ejemplo, porque en el momento de recibir el préstamo el solicitante sufra un ataque al corazón, y entonces no puede recibirlo; el daño patrimonial a la institución no se produce porque el dinero del préstamo no alcanza a salir de la esfera patrimonial de la Institución bancaria.

Tratándose de la tentativa acabada, el servidor público realiza todos los actos que conducirán al quebranto patrimonial a la insti- tución de crédito, pero éste no tiene lugar. Por ejemplo, porque en el momento de recibir el préstamo el solicitante sufra un ata— que al corazón, y entonces no puede recibirlo; el daño patrimonial a la insitución no se produce porque el dinero del préstamo no alcanza a salir de la esfera patrimonial de la Institución bancaria.

CAPITULO V

**AUTORIA. PARTICIPACION Y CONCURSO EN LA PRACCION IV DEL ARTICULO 90
DE LA EY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO**

Normalmente los tipos contenidos en el Derecho penal se refieren a la realización del hecho punible por una única persona. Sin embargo, cada tipo de la parte especial aparece complementado por las prescripciones contenidas en la parte general y que extienden la pena a casos de que el hecho es obra de más de una persona. De ahí surgen los problemas de diferenciación que sólo se presentan en la medida en que, varios concurren al mismo hecho, pues donde al guien ha realizado por sí solo la acción típica no hay problema al guien en distinguir entre quien ha cumplido el papel protagónico y el que sólo ha tenido una función secundaria. La necesidad de esta blecer diferencias entre la autoría y la participación existe solamente en los delitos dolosos: en los delitos culposos no tiene nín guna significación, ya que autor de un delito culposo es cualquiera que lesiona un deber de cuidado.¹

5.1 Concepto de autoría

Una definición de autoría es aquella que permita saber quien realiza el hecho punible. Al respecto se han dado diversas respuestas: todas ellas implican teorías para la delimitación de la autoría frente a la participación.

a) Teoría formal objetiva. Para esta teoría autor es el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico: su punto de apoyo reside en la expresión "tomar parte en la ejecución del hecho", lo cual es totalmente inadecuado para sostener cualquier teoría en la que se quiera distinguir al autor del partícipe, pues en verdad ambos toman parte en la ejecución, razón por la cual en la actualidad ha sido abandonada.

¹Wessels, Johannes. Derecho penal: Parte general. Editorial De Palma. Buenos Aires, 1980 p. 132.

b) *Teoría del dominio del hecho.* Para esta teoría autor es quien tiene el dominio final del suceso, mientras que los partícipes carecen de ese dominio del hecho. El dominio del hecho que determina la autoría depende de la posición relativa del sujeto - respecto de los demás desde un punto de vista de la estructuración directa de hecho total.

c) *Teoría subjetiva.* Esta teoría parte de la imposibilidad de hacer una diferenciación exterior del papel del autor y de los partícipes, dado que todas las condiciones del resultado tienen idéntica significación con respecto a la causalidad del mismo: en consecuencia, la diferenciación entre autor y partícipe dependerá de la actividad subjetiva de cada uno de los que tomen parte respecto del resultado de la realización del tipo.²

En virtud de lo anterior podemos definir al autor como la — persona que sola o conjuntamente con otra u otras ejecuta todo o — de propia mano el delito, o bien, determina a otro imputable, culpable o no, para que el lo ejecute.

5.1.1 Elementos de la Autoría

Las circunstancias que caracterizan a la autoría pueden clasificarse en generales y especiales.

El elemento general que caracteriza a la autoría es el dominio final del hecho. El dominio del hecho lo tiene concretamente quien dirige la totalidad del suceso hacia un fin determinado. No se trata solamente de la dirección final de la propia acción, que todos, también los partícipes, tienen respecto de su acto. El dominio del hecho depende, además, de la posición relativa del sujeto concreto respecto de los demás partícipes. Sólo en la medida -

²Basilgalupo, Enrique, Manual de derecho penal. Editorial Temis, — Bogotá, 1985. p. 185

en que el sujeto pueda sobredirigir el suceso total, habrá dominio del hecho.

Las circunstancias especiales son casos en los que además del dominio del hecho son precisos otros elementos para determinar la autoría, por ejemplo: En los delitos en que el tipo requiere un especial elemento subjetivo de lo injusto o de la autoría (verbi gracia, el "ánimo de lucro", en el caso del delito de fraude, artículo 368 del Código Penal Mexicano, en el cual la autoría dependerá del dominio del hecho y de la existencia en el sujeto actuante del elemento subjetivo especial). En los delitos especiales, en los que el tipo sólo puede ser realizado por quien tiene una determinada calificación, por ejemplo, la fracción IV del artículo 90 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca Crédito, en la cual se exige la calidad de servidor público.

5.2 Formas de autoría

5.2.1 Autoría mediata

Autor mediato es aquel que, dominado por el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento) para ejecutar la acción típica. Los elementos de la autoría mediata, son los mismos de la autoría, (objetivos y subjetivos), en la misma medida requerida para el autor.

- Casos de autoría mediata

1.- Rasgo básico. El rasgo fundamental de la autoría mediata reside en que el autor realiza personalmente la acción ejecutiva, pero también participa otro (instrumento). Lo que caracteriza el dominio del hecho en este caso es la subordinación de la voluntad -

(del instrumento) a la voluntad del autor.

5.2.2 Coautoría

Son coautores los que toman parte en la ejecución del delito co-dominando el hecho. Los elementos y particularidades de la coautoría son:

a) El coautor debe tener, al igual que el autor, el dominio del hecho; cada uno de los autores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de una parte que le corresponde en la división del trabajo.

b) El criterio correcto de distinción debe establecer si la división de tareas acordadas importa o no subordinación de la voluntad de de uno o varios coautores, a la de otro u otros que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito.

c) Para la coautoría es decisivo un aporte objetivo al hecho de parte del coautor. Sólo mediante este aporte objetivo, sin el cual - el delito no habría podido cometerse, se puede determinar si se tiene el grado de coautor, ya que es evidente que el sujeto que presta una colaboración sin la cual el hecho no podría consumarse, decide sobre su ejecución.

5.3 La autoría en la fracción IV del artículo 90 de la Ley Reglamentaria - del Servicio Público de Banca y Crédito.

Aplicando la autoría a la fracción que nos ocupa, al servidor público se le considera autor directo; el particular que solicita el préstamo a la institución de crédito puede ser considerado coautor, - porque tiene el codominio del hecho, es decir, en cualquier momento de la ejecución puede impedir que se produzca el resultado; en este caso, evitar que se cause un quebranto patrimonial a la institución.

5.4 Concepto de participación

5.4.1 Naturaleza de la participación

El concepto de participación requiere una idea diferenciada, porque la participación en el ámbito legal no nos dice nada si no se aclara en que se participa, por lo que la participación es de naturaleza accesoria. Esto quiere decir que existe dependencia de los hechos de los partícipes en relación con los hechos de los autores mediatos o autores directos. Esta cuestión requiere ser analizada en dos sentidos; en primer lugar, desde el punto de vista de su grado de realización, que deberá haber alcanzado el hecho principal, y en segundo lugar, desde el punto de vista de los elementos del hecho punible que se deben dar en el hecho principal:

- Dependencia del grado de realización

La participación punible presupone que el hecho principal haya alcanzado por lo menos el nivel de tentativa, es decir, por lo menos el principio de ejecución.

- Dependencia de los elementos del hecho punible

El grado de dependencia de los elementos del hecho punible del delito ejecutado por el autor principal da lugar a diversas posibilidades; este sentido se refiere a los elementos positivos y negativos del delito.

Siguiendo este orden de ideas a la participación se le puede definir como la voluntad de cooperación de uno o más sujetos en la ejecución de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.

El fundamento de la punibilidad en la participación radica en que el partícipe no haya tenido el codominio del hecho.

5.4.2 Fundamento de la participación

Para fundamentar la participación existen diversas teorías:

- *Teoría de la culpabilidad de la participación*

Esta teoría fundamenta la participación en la culpabilidad del autor, ya que ésta influye en la culpabilidad del partcipe, de lo que se deriva el fundamento de punibilidad para el partcipe. Esta teoría es rechazada porque la culpabilidad del autor es independiente de la culpabilidad del partcipe.

- *Teoría de la causación*

El punto de partida de esta teoría es la incidencia causal del autor, la cual se canaliza a través del autor determinando su mayor instancia respecto al resultado, y por tanto, la pena que se le aplicaría al partcipe deberá ser independiente y menor de la que se le aplique al autor. Pero si consideramos que lo esencial es el aporte causal, la tipicidad de la conducta del autor desaparece como requisito y, en consecuencia, la participación perdería su naturaleza accesoria, razón más que suficiente para rechazar esta teoría.³

El fundamento adecuado de la punibilidad en la participación es la teoría de la participación en lo ilícito. La participación según esta teoría consiste en la violación de la prohibición está contenida en las disposiciones particulares de la participación y no en las norma de la parte especial, ya que la participación está dirigida a la lesión del mismo bien jurídico que pretende dañar el hecho principal.

³Bacigalupo, Enrique. Manual de derecho penal. Editorial Temis. -- Bogotá, 1985. p. 201

5.5 Formas de participación

Las formas de participación son la instigación y la complicidad.

5.5.1 Instigación

Instigador es el que determina o induce a otro a cometer un hecho punible, es decir, instigar es crear en otro (el autor) la decisión de emprender el hecho punible (dolo).⁴ Por tanto, instigar a cometer un delito a un sujeto que ya tiene resuelto cometerlo, en im posible. La instigación requiere siempre una conducta activa; la instigación por omisión no es, en general, admisible como forma de instigación.

- Instigación y agente provocador

Agente provador (agent provocateur) es el que instiga a otro a emprender la comisión de un delito, pero sólo instiga para que este último llegue sólo al grado de tentativa, para que cuando se halle en esta etapa dicho sujeto pueda ser detenido y puesto a disposición de las autoridades. Esta conducta no puede ser punible, pues la instigación requiere una voluntad dirigida a la lesión del bien jurídicamente tutelado. Consecuentemente, si el agente provocador prevé la posibilidad de que la acción del provocado alcance la consumación e, inclusive, una irreparable lesión del bien jurídico, habrá que admitir la instigación punible del agente provocador.

⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal Parte General

Ed. Ediar. Buenos Aires, Argentina. 1982 p. 186.

Es importante aclarar que la instigación debe cometerse por un medio psíquico directo, pero no constituyen instigación los medios sutiles o la mera insinuación.

5.5.2 Complicidad

Complicidad es quien auxilia o coopera dolosamente en la comisión de un delito. En consecuencia, la complicidad por omisión no puede darse si se sostiene que el omitente no es casual respecto del resultado. El límite de la responsabilidad del partícipe está dado por el alcance del dolo; el cómplice responde hasta donde alcanza su voluntad, el hecho en el que el cómplice colabora debe ser doloso; no hay complicidad en los delitos culposos.

- Clases de complicidad

a) Complicidad primaria. Es la que resulta de limitaciones legales al principio del dolo del hecho, ya que sin dicha cooperación no se habría cometido el delito.

b) Complicidad secundaria. Es cualquier clase de cooperación a la ejecución del hecho llevada a cabo en cualquier momento desde la preparación hasta el agotamiento.⁵

La única distinción que corresponde hacer entre los cómplices es la relativa a su aporte al hecho principal y al momento de la participación, que son presupuestos para determinar la pena aplicable, pero en términos generales se puede decir que el concepto de complicidad es uno solo.

5.6 Participación en la fracción IV del artículo 90 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

En la citada fracción puede considerarse como cómplice a la

5

persona que realice el avalúo falso, ya que no corresponde al valor real de los bienes que se ofrecen en garantía, ya se aumentando los pasivos o los activos.

5.8 Concepto de concurso

La legislación y la teoría distinguen entre los casos en que una acción realiza más de un tipo penal y los que con varias acciones realizan más de un tipo penal, dando como resultado lo que teóricamente se conoce como "ausencia de unidad de acción" y "ausencia de lesión jurídica".

El concurso puede definirse en nuestro derecho positivo, así: Habrá concurso siempre que un solo hecho ejecutado en un solo acto o con una omisión, viola varias disposiciones que señalen diversas sanciones.

El tratamiento de las formas de concurso requiere previamente definir los criterios sobre la unidad y la pluralidad de acciones:

a) Unidad de acción. Ocurre cuando una conducta singular produce un solo ataque al orden jurídico; eminentemente el concurso está ausente.

b) Concurso ideal. Existe cuando se da una unidad de acción y pluralidad de encuadramientos típicos.

c) Concurso real. En él existe pluralidad de acciones y lesiones jurídicas.⁶

5.8.1 Formas de concurso

Estas son dos: Concurso ideal o formal, y concurso real, material.

⁶ Bacigalupo, Enrique. Manual de derecho penal. Editorial Temis, — Bogotá, 1985. p.p. 240 y 251.

5.8.2 Concurso ideal o formal

Esta forma de concurso se da cuando el agente con una sola acción u omisión viola dos ó mas tipos legales y, por lo mismo se producen varias lesiones jurídicas, con lo cual se afectan consecuentemente, varios intereses tutelados por el derecho. Esta forma de concurso tiene dos elementos: Unidad de acción y lesión de varias disposiciones legales.

La penalidad aplicable al concurso ideal o formal es la que merezca el delito mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta años (artículo 64 del Código Penal vigente en el Distrito Federal.)

5.8.3 Concurso real o material

Esta forma de concurso se da cuando un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes y logra diversos resultados, los cuales se traducen en varios delitos, por los cuales no se ha dictado sentencia.

Además de la pluralidad de acciones y resultados, el concurso real o material que da lugar a la acumulación de penas requiere - unidad de agente, distintas acciones y ausencia de sentencia firme sobre todas las infracciones acumulables, condición que subsiste - cuando alguno de los delitos cometidos antes de la condena por otro delito sea descubierto o se cometa durante el proceso que motiva éste.

La existencia de un concurso real presupone, en primer lugar, la presencia de una pluralidad de acciones. La comprobación de esta pluralidad tiene lugar en forma negativa: habrá pluralidad de acciones si se descarta la unidad de acción, en el segundo lugar,-

se requiere una pluralidad de lesiones de la ley penal, lo que como en el concurso ideal- presupone que los tipos penales realizados son también independientes.

En cuanto a la penalidad aplicable al concurso real o material, nuestra legislación ha adoptado el sistema de pena progresiva única (Pena mayor con exasperatione),⁷ es decir, en el caso de la acumulación de penas, se atenderá a la pena del delito mayor, la cual se irá aumentando con la penalidad de cada delito, hasta integrar una penalidad única con las sumas de todas ellas, pero dicha penalidad única en ningún caso podrá exceder de cuarenta años. (Código Penal para el Distrito Federal).

- Reincidencia y concurso real o acumulación

La diferencia procesal entre la reincidencia y el concurso real consiste en que la primera ha recaído sentencia firme en relación con alguno de los delitos, y en el concurso real no la hay con respecto a ninguno de ellos.

Tampoco se debe confundir al concurso real con el delito continuado, porque en éste existe una pluralidad de acciones y un solo resultado, y los elementos del delito continuado son: pluralidad de actos, unidad de propósito y unidad de resultados. Respecto a la penalidad del delito continuado, esta se aumentara hasta una tercera parte de la pena correspondiente a la pena del delito cometido. (Artículo 64 del Código Penal para el Distrito Federal).

5.9 El concurso en la fracción IV del artículo 90 de la Ley Reglamentaria del servicio público de Banca y Crédito

En la fracción citada se admite tanto el concurso ideal o for

⁷Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. parte general. Editorial Porrúa., S.A. Decimoquinta edición, 1986. p. 702.

mal, como el concurso real o material.

Respecto al concurso ideal o formal, en el tipo que establece la fracción IV del artículo 90 puede haber concurso de documentos y cohecho. En relación con el concurso real o material, puede haber concurso con cualquier otro delito.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El movimiento más importante que ha ocurrido en materia bancaria es la nacionalización decretada en 1982, la cual se dió como una consecuencia lógica del estado de crisis económica por el que atravesaba México. Con todo ello fué más fácil el desarrollo del control financiero ya que el estado tiene la posibilidad de aumentar la concentración y centralización de capitales.

SEGUNDA.- Considero que la importancia de la banca radica en su intervención en el fenómeno económico de la intermediación del crédito ya que las instituciones nacionales de crédito se dedican en forma profesional y masiva a captar recursos del ahorro público o disponibilidad en efectivo de la población, para a su vez transmitirlos a aquellos sectores que necesitan apoyo económico y financiero para el desarrollo de sus actividades.

TERCERA.- Realizar aquí un análisis dogmático de la fracción IV del artículo 90 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito tuvo una finalidad esencialmente práctica, pues considero que la Legislación Bancaria en México contiene un gran número de figuras delic-

tivas muy interesantes. Después de analizar cada elemento positivo y negativo del delito, es justamente el elemento punibilidad al que justifica el objeto de esta tesis.

Considero que la crítica que se le pueda hacer al tipo que analizo; es la siguiente, si consideramos que dicho tipo se encuentra señalando que:

"Artículo 90.- serán sancionadas prisión de dos a diez años y multa hasta por la cantidad equivalente a cinco mil veces el salario-mínimo diario en el Distrito Federal:

I...

II...

III. Las personas que para obtener prestamos de una institución - de crédito presenten avalúos que no correspondan a la realidad, de manera que el valor real de los bienes que se ofrecen en garantía sea inferior al crédito, resultando quebranto patrimonial para la Institución y organización; y

IV. Los servidores públicos de la institución que, conociendo - los vicios que señala la fracción anterior, concedan el préstamo si - el monto de la alteración hubiera sido determinante para concederlo y produce quebranto patrimonial para la institución u organización".

La crítica es que si se toma en cuenta la calidad del agraviado, que es el patrimonio de la nación, es necesario que se aumente la penalidad y, además, que se establezca en dicha ley un tipo particular - que regule la fracción IV del artículo 90 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Lo anterior, con base en primer lugar a la peligrosidad del servidor público, independientemente de que el término "peligrosidad" - sea un juicio de probabilidad y no de certeza, que atiende principal-

mente a lo que la persona puede hacer y no a lo que hizo. No puede considerarse como una peligrosidad mínima la conducta del servidor consistente en conceder un préstamo conociendo que los avalúos que se presentan como garantía no corresponden al valor real de los bienes a los que se refieren. Si atendemos a lo establecido en los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal, pues para mí la peligrosidad del servidor público que realina la conducta arriba señalada oscila entre media y alta, dependiendo de los modos de ejecución.

En segundo lugar, considero que es más justo imponer la sanción atendiendo al monto del quebranto patrimonial causado a la institución de crédito.

CUARTA.— Por lo que propongo la creación de un tipo particular en la Ley Reglamentaria del Servidor Público de Banca y Crédito: Los servidores públicos —dirá— de una institución de crédito, que conociendo la falsedad de los avalúos que se presentan como garantía para la obtención de un préstamo, causando quebranto patrimonial a la institución, serán objeto de la siguiente pena:

I. Se impondrá prisión de tres a ocho años y multa por la cantidad equivalente a tres mil quinientas veces el salario mínimo general diario en el Distrito Federal cuando el monto del quebranto que se cause a la institución no exceda de diez millones de pesos.

II. Se impondrá de cuatro a nueve años de prisión y multa por cantidad equivalente a cuatro mil trescientas veces el salario mínimo general diario en el Distrito Federal cuando el quebranto que se cause a la institución no exceda de quince millones de pesos.

III. Se impondrá prisión de seis a doce años y multa por cantidad equivalente a seis mil veces el salario mínimo general vigente

en el Distrito Federal cuando el monto del quebranto que se cause a la institución, sea mayor de veinte millones de pesos."

QUINTA. Obviamente, para la individualización de la pena se tendrá que tomar en cuenta si el servidor de confianza, su antigüedad en el empleo, sus antecedentes en él, sus percepciones, su grado de instrucción, la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por la conducta ilícita y las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito. Sin perjuicio de lo anterior, del categoría del empleado de confianza sería una circunstancia — que podría dar lugar a un agravamiento de la pena, lo cual podría consistir en el aumento de la penalidad de tres años de prisión y destitución del empleo. Lógicamente, esta situación tendría que ser prevista por un tipo particular dentro de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

BIBLIOGRAFIA

- 1 Acosta Romero, Miguel. Derecho bancario. Editorial Porrúa, -- S.A. Segunda edición México 1983.
- 2 Acosta Romero, Miguel. Legislación bancaria. Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.
- 3 Acosta Romero, Miguel. Teoría general de derecho administrativo. Editorial Porrúa, S.A., Quinta edición. México 1983.
- 4 Aldrigentti, Angelo. Técnica bancaria. Editorial fondo de Cultura Económica. México, 1973.
- 5 Bacigalupo, Enrique. Manual de derecho penal. Editorial Temis, Bogotá, 1985.
- 6 Buzón Domingo, Manuel. Derecho penal del Tribunal Supremo. Editorial Hispanoeuropea. Barcelona, España, 1964. Tomo I.
- 7 Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. parte general. Editorial Porrúa, S.A.
- 8 Castellano Tena, Fernando. Líneas elementales de derecho penal. Editorial Porrúa, S.A. Decimoquinta edición México, -- 1983.
- 9 Colín Sánchez, Guillermo. Derecho mexicano de procedimientos penales. Editorial Porrúa, S.A., Séptima edición. México
- 10 Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal. Parte general. Tomo I, volumen II. Editorial Bosch. Barcelona, España, 1975.

- 11 Fortalez Arellano, Juan Luis. La banca nacional en México. Tesis para obtener el grado de licenciado en Economía. UNAM, México, 1984.
- 12 Iturbide, Anibal. Breve ojeada histórica de la banca. Ediciones del Banco de México, México, 1980.
- 13 Jiménez de Azúa, Luis. La Ley y el delito. Editorial Hermes - Sudamericana, S.A., México 1986.
- 14 Muñoz, Luis. Derecho bancario. Editorial Cárdenas editor y distribuidor. México, 1974.
- 15 Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para juristas. Editorial Mayo, México, 1981.
- 16 Favón Vasconcelos, Francisco. Breve ensayo sobre la tentativa.- Editorial Porrúa, S.A. Tercera edición, México, 1982.
- 17 Quijano, José Manuel. La banca, pasado y presente. Centro de Investigación y Docencia Económica, A.C. México, 1983.
- 18 Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de sociedades mercantiles. Editorial Porrúa, S.A. Quinta edición, México, 1981.
- 19 Tello, Carlos. La nacionalización de la banca en México. Editorial Siglo Veintiuno. Segunda edición, México, 1984.
- 20 Welzel, Hans. Derecho penal alemán. Traducción de Bustos y -- Yañez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1970.

- 21 Wessels, Johannes. Derecho penal. Parte general. Editorial-
de Palma, Buenos Aires, 1980.
- 22 Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal. Parte ge-
neral. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina, 1982.