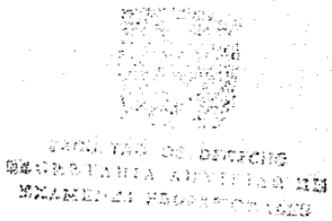


372
284

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



ANALISIS DOGMATICO DE LOS DELITOS PREVISTOS EN EL ARTICULO 91 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ALEJANDRO JIMENEZ MOLES

ASESOR: LIC. MARCOS CASTILLEJOS ESCOBAR
MEXICO, D. F. 1988



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

PRIMERA PARTE: GENERALIDADES.

	Pág.
Capítulo I. Prolegómenos.	6
a).- Concepto de Banca.	6
b).- Concepción de Derecho Público y Privado del Derecho Bancario.	8
c).- Derecho Penal Bancario.	16
Capítulo II. Antecedentes Históricos de la Banca.	19
a).- Extranjeros.	19
b).- Nacionales.	21
Capítulo III. Breve Consideración de la Nacionalización Bancaria en México.	29
Capítulo IV. El Sistema Bancario Mexicano.	37
a).- Autoridades que Ejercen Atribuciones en Materia de Banca en México.	37
b).- La Secretaría de Hacienda y Crédito Público.	40
c).- La Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.	43

SEGUNDA PARTE: ANALISIS DOGMATICO DE LOS DELITOS
PREVISTOS EN EL ARTICULO 91 DE LA LEY REGLAMENTARIA
DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO.

Capítulo V. La Dogmática del Delito.	46
Capítulo VI. La Conducta y su Ausencia.	60
a).- Conducta.	60
b).- Ausencia de Conducta.	82
Capítulo VII. Tipo, Tipicidad y Causas de Atipicidad.	84
a).- Tipicidad.	84
b).- Elementos del Tipo.	89
c).- Delitos de Resultado Cortado o Anticipado.	95
d).- Atipicidad.	96
Capítulo VIII. La Antijuridicidad y Causas de Justificación.	99
a).- Antijuridicidad.	99
b).- Causas de Justificación o de Licitud.	105
c).- La Antijuridicidad en el Delito Materia de Este Trabajo.	110
Capítulo IX. Imputabilidad, Culpabilidad y Ausencia de Culpabilidad.	113
a).- Imputabilidad.	113
b).- Causas de Inimputabilidad.	120
c).- Imputabilidad disminuida.	127
d).- La Culpabilidad; Dolo y Culpa.	128
e).- Clasificación y Clases de Dolo en Relación a los Delitos	

Bancarios Previstos en el Artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.. . . .	145
f).- La Culpa.	150
g).- Inculpabilidad.	152
1.- El Error.	152
2.- No Exigibilidad de Otra Conducta.	158
Capítulo X. Condiciones Objetivas de Punibilidad y su Ausencia.. . . .	161
(La Querrela en los Delitos Bancarios).	
Capítulo XI. Punibilidad y Excusas Absolutorias.	167
a).- Punibilidad.	167
b).- Especies de la Pena.	169
c).- Penas Privativas de Libertad.	169
d).- Penas Pecuniarias.	170
e).- Excusas Absolutorias.	173
Capítulo XII. Tentativa, Participación y Concurso de Delitos.	174
a).- Formas de Aparición del Delito. (Iter Criminis).	174
b).- Tentativa.	175
c).- Participación Delictuosa. (Concurso Eventual)	178
d).- Concurso de Delitos en los Delitos Previstos en el Artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.	182
CONCLUSIONES.	187
BIBLIOGRAFIA	192

CAPITULO I

PROLEGOMENOS.

a) **Concepto de Banca.**- Definir a la banca implica definir un complejo sistema financiero que conlleva una serie de figuras independientes con sendas normas.

Banca neta y lógicamente proviene de Banco, y es por todos conocido que el Banco forma parte de nuestra vida diaria ya que de una u otra forma hace posible que el peculio familiar sea administrado por dicha institución; esa administración se lleva mediante la guarda y custodia del capital, traducido este en bienes de capital, bajo las figuras de ahorro, fideicomiso y administración de bienes inmuebles y muebles, cajas de seguridad, inversiones en diferentes plazos y demás servicios conocidos.

Sin abarcar el campo histórico, es importante precisar que el origen de la banca deviene de la intensa actividad comercial que se generó en la Edad Media, en mayor medida en el

país de Italia, en especial en las ciudades de Florencia, Venecia y Nápoles, donde se organizaban las grandes ferias en las cuales nace con mayor solemnidad la figura mercantil perfeccionada del crédito bajo la letra de cambio, y aquéllos comerciantes conocidos como "banqueros" por el simple hecho de que acudían a las ferias con su "banco" y "silla", que cuando se veían imposibilitados para pagar, los jueces ordenaban de manera infamante, se quebrara públicamente la silla sobre la mesa del "banquero", surgiendo de ahí la costumbre expresiva de "quiebra y bancarrota".

Joaquín Rodríguez Rodríguez define a la materia bancaria como la actividad que incide "hasta los últimos rincones de la vida social, desde la economía doméstica hasta la economía del Estado; desde el ahorro familiar hasta el financiamiento de las grandes empresas" citando a Greco, el mismo autor sostiene que "los problemas monetarios, el curso de los cambios, la ejecución de pagos, las diversas operaciones de crédito, la recogida de capitales, en las más diversas fuentes, y su distribución, según las más variadas necesidades, están íntimamente conectados con la actividad bancaria." (1)

Como un mero intento por definir a la actividad bancaria diremos que es el comercio que principalmente consiste en operaciones de giro, cambio y descuentos; en abrir créditos y llevar cuentas corrientes y en comprar y vender efectos públicos especialmente en comisión; comercio este que se lleva a cabo por medio de instituciones a las que se denomina comúnmente bancos, que a su vez se entienden como establecimientos públicos de crédito constituidos en sociedades por acciones, bajo la figura legal de "Sociedades Nacionales de Crédito". En síntesis y como

1.- Joaquín Rodríguez Rodríguez, Derecho Bancario, Introducción, Parte General, Operaciones Pasivas. p. 1.

lo prevé la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito podemos afirmar que la materia bancaria en México, es aquella actividad reservada exclusivamente al Estado, por la que una Sociedad Nacional de Crédito se dedica a la captación de recursos del público en el mercado nacional, y su colocación rentable en el público, mediante la realización habitual por cuenta propia o ajena, de actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando obligada esa Sociedad Nacional de Crédito a cubrir el principal y en su caso, accesorios financieros de los recursos captados.

Así la actividad bancaria es aquella que comprende en todas sus formas actos tendientes a la intermediación en el crédito.

b) Concepción de Derecho Público y Privado del Derecho Bancario.- Tomando en consideración le premisa sentada por el maestro Fernando Castellanos Tena, en el sentido de que el Derecho integra un todo armónico, cuya misión única es la de proporcionar un *mínimum* de certeza y seguridad en la vida gregaria, y que sólo razones prácticas son las que han motivado su división, sin que exista una diferencia esencial entre sus diversas partes(2), y partiendo de la base del discutido tema de distinguir aspectos diferentes en las normas que integran el Derecho positivo de un país, surgido del antiquísimo principio sentado por Ulpiano en el Derecho romano "PUBLICUM IUS EST QUOD AD STATUM REI ROMANAE SPECTAT, PRIVATUM QUOD AD SINGULARUM UTILITATEM PERTINET; SUNT EXIM QUAE DAM PUBLICE UTILIA, QUAE DAM PRIVATUM" a la que en concepto del maestro Villoro Toranzo se ha

2.- Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*; pp. 17, 20 y 21.

dado una equivocada interpretación, porque en ese pasaje se ha pretendido hallar una oposición entre el interés público y el privado como si el bien público pudiera divorciarse del bien individual en las normas jurídicas, porque no sería Derecho una norma que atendiera al bien común, y porque el Estado protege intereses particulares, porque tiene dicha protección un interés público, con fines exclusivamente de mejor comprensión, abordaremos tanto la clasificación dicotómica como tricotómica del Derecho, para ubicar al Derecho Bancario.

Lógicamente el Derecho Bancario se ubica dentro del Derecho Mercantil en sus orígenes, pero no en la actualidad si tomamos en cuenta la nacionalización bancaria. Después del gran desarrollo mercantil que se dió en la Edad Media, atendiendo a que era más importante la naturaleza de la relación comercial que el sujeto comerciante, se empieza a "codificar" y aplicar ciertas normas jurídicas que se objetivaron en Ordenanzas que fueron el principio de los verdaderos Códigos mercantiles.

En México las Ordenanzas más conocidas lo fueron las de Comercio y Marítimas de los años de 1673 y 1682, que rigieron en nuestro país hasta antes de la Independencia. El Código de Napoleón fué la fuente de donde se inspiraron, y este contenía una serie de leyes especiales mercantiles que tuvieron aplicación en México hasta el año de 1889, sin dejar de apreciar que las Ordenanzas de Bilbao dieron lugar al famoso Código Mercantil denominado Código Lares. La Constitución de 1857 bajo un régimen confuso, implícitamente reservó la materia mercantil a las entidades federativas y algunas de estas llegaron a tener su propio Código(3). El 14 de Diciembre de 1863 se reformó la fracción X del Artículo 72 de la Constitución de 1857, dándole el

3.- Ello se explica si tomamos en cuenta que al aprobarse esa fracción no se suscitó debate alguno en el Congreso Constituyente de 1857.

carácter federal a la facultad de legislar en materia de comercio.

En concepto, el Derecho Mercantil se ha definido sobre actos de comercio en el conjunto de normas que rigen a los comerciantes, traducido también al desarrollo de la Sociedad en el derecho de empresa, considerado también de economía. En criterio existen múltiples definiciones de derecho mercantil, siendo la más adecuada a nuestro juicio la considerada por el Dr. Cervantes Ahumada quien afirma que "el Derecho Mercantil es un conjunto coordinado de construcciones ideales, pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicios destinados al mercado general".(4)

Los actos de comercio propiamente han nacido de operaciones entre personas, que surgieron de la necesidad de intercambio, que fueron regulándose hasta crear normas por el uso cotidiano de esas operaciones, emergió el derecho Mercantil como una rama autónoma que tuvo su origen en el derecho privado.

Dentro del Derecho Mercantil existen diversas ramas que realmente ya se han vuelto autónomas dada su especialidad; así, podemos señalar la de los títulos y operaciones de crédito, la de seguros, la de fianzas y desde luego entre otras la que nos ocupa: la del derecho bancario.

Al Derecho Bancario hay quienes lo consideran de derecho Privado, remontándose a sus orígenes como lo son el que nace del Derecho Mercantil, que a su vez surge del Derecho Civil,

4.- Cervantes Ahumada Raúl, Derecho Mercantil Primer Curso, p. 21.

porque en primer término las relaciones contractuales de los bancos con su clientela se regulaban por el Derecho Privado, porque esas relaciones se mantenían bajo el principio de la autonomía de la voluntad. Dado que en México la autonomía de la voluntad no opera en función de que las partes bajo el régimen de concesión de la banca como servicio público, no podían fijar los plazos, las tasas de interés, los instrumentos de captación del ahorro público, y los contratos en su mayor parte se encuentran preelaborados por las propias instituciones bancarias, desde 1941 y actualmente en mayor medida por la nacionalización bancaria de 1982 por la que el Estado se reserva para sí la prestación exclusiva de ese servicio, esta teoría no resulta aplicable.

La Ley Orgánica del Banco de México precisa en su artículo 14 que "las tasas de interés, comisiones, premios, descuentos u otros conceptos análogos, montos, plazos y demás características de las operaciones activas, pasivas y de servicios, que realicen las instituciones de crédito, con residentes en el país y en el extranjero, se ajustarán a las disposiciones que dicte el Banco de México.

Estas disposiciones tendrán carácter general, pero podrán aplicarse a determinado tipo de instituciones o a ciertas clases de operaciones".*

Por tanto, existen teorías que afirman que el Derecho Bancario tiene una doble naturaleza pública y privada.

La naturaleza pública se observa en la creciente in-

* Esta disposición también se encuentra contemplada en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985. La antigua Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares en el primer párrafo del artículo 107 bis determina que los préstamos y créditos así como los depósitos a plazo y aquellos con previo aviso que las instituciones de crédito puedan recibir conforme a esta ley, se ajustarán, conforme a su tasa de interés, monto, término y demás características a las reglas que dicte el Banco de México.

fluencia del Estado en la actividad económica del País, que llevó a la nacionalización bancaria de 1982, y por la que el Estado se reserva de manera exclusiva la prestación del servicio público de banca y crédito, de donde se desprende que los particulares no pueden modificar mediante la autonomía de su voluntad las condiciones en la prestación del servicio público de banca y crédito impuestas por el Estado, y de lo que se colige que los contratos que celebran con el público las instituciones bancarias surgen como lo que Salleiles denomina "contratos de adhesión", y el Maestro Ernesto Gutierrez y González llama "guiones administrativos"(5), así como muchos otros factores, entre ellos considerados la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y la Ley Orgánica del Banco de México, todas ellas reglamentarias del artículo 28 constitucional.

Por lo que respecta a la naturaleza privada, sobre este punto, se tiene que reconocer que todavía hay normas del Código de Comercio y del Código Civil que se aplican a la actividad bancaria; como lo corrobora el artículo 5° de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito; y que se observa en la práctica jurídica incluso de primera instancia, como lo es que en Juzgados del Fuero Común en materia Civil, se ventilen muchas de las discrepancias entre las Sociedades Nacionales de Crédito y los usuarios del servicio público de banca y crédito.

En síntesis la legislación de Derecho público, que en principio regula la actividad bancaria prestada exclusivamente por el Estado, remite a normas de Derecho privado a falta de disposiciones expresas.

5.- Ernesto Gutierrez y González, Derecho de las Obligaciones; p. 366 y ss.

Podríamos concluir en primera instancia que esta teoría es adecuada a las condiciones que imperan en el sistema bancario actualmente. Resulta fácil darse cuenta que el Derecho bancario, es dinámico y tiene relación con las diversas ramas del derecho en cuanto a su especialidad; así el derecho bancario tiene relaciones con el Derecho Administrativo, Civil, Mercantil, del Trabajo, Penal, etc.

Sostenemos que el Derecho Bancario tiene una triple naturaleza; la que resulta de su carácter privado, público y social. Ello si consideramos que tiene estrecha relación con el Derecho Económico, al que se le ha dado el carácter de Derecho social.

Pero ¿Qué es el derecho económico? Al efecto, Farjat, afirma que el Derecho Económico es "una realidad jurídica que se encuentra en todas las sociedades industriales contemporáneas, así como también en las que aspiran a convertirse en tales y que por tal razón debe ser considerado como el Derecho del Desarrollo"; como un concepto inicial importante, Farjat se refiere al "orden público económico como un conjunto de medidas tomadas por los poderes públicos y tendientes a organizar las relaciones económicas, oponiéndolo al 'orden privado económico' y al 'orden mixto' que se integra con la economía concertada." Añade después que debido a la dualidad del orden público económico se pueden distinguir dos grandes categorías de normas que integrarán la política económica de conjunto que apliquen los poderes públicos:

"1.- Las que se proponen contribuir a una cierta organización de la economía nacional, eliminando de los contratos privados todo lo que contaría aquella y que pueden llamarse de dirección; y

2.- Las que pueden llamarse de protección y que tienden a proteger a ciertos contratantes modificando las obligaciones

que contraen, en beneficio de algunos de ellos".

Dice el autor en consulta que "la creación de empresas públicas no es fruto del azar, sino que las nacionalizaciones se hicieron en sectores clave de la economía: transportes, energía, instituciones financieras. El propósito es evidente y es el de permitir que el Estado refuerce todas sus posibilidades de acción sobre la economía".(6)

Estamos de acuerdo con el maestro Arturo Pueblita Pelisio quien afirma que "una sociedad como la nuestra, se rige por fenómenos económicos sujetos por un marco de Derecho, situación que obliga a integrar un Derecho Económico vigente, tan dinámico como se vayan sucediendo los cambios sociales, y tan formal, que impida el desconcierto entre los titulares de derechos subjetivos públicos".(7)

Al establecerse en el artículo 28 de nuestra Carta Magna que no constituirá monopolio la prestación del servicio público de banca y crédito en virtud de que este servicio será prestado exclusivamente por el Estado a través de instituciones en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria, es lógico que "constituye un medio socioeconómico de intervención del Estado en la economía, que consiste en disponer, normar y encauzar la actividad económica hacia el derrotero del desenvolvimiento. Se justifica desde el momento que va a proteger el interés social por encima del privado".(8)

Si; "el artículo 28 Constitucional precisa la idea de

6.- Farjat Gerard, Droit Economique; 443 pp., según reseña bibliográfica de Rangel Couto Hugo, en Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXVIII, núm. 109, pp. 272 a 296.

7.- Pueblita Pelisio Arturo, Elementos Económicos en las Constituciones de México; p. 13.

8.- Ibidem; pp. 127 y 128.

justicia social y conserva un contenido eminentemente económico, y de los principios fundamentales insertos en su texto coadyuvan en la normatividad de la vida económica del país. Sin duda alguna los preceptos consagrados en el artículo 28 de nuestra ley fundamental, conforman una muy importante sección o capítulo de regulación económica del país, evidenciando y reiterando la consolidación y el formato al aparato productivo de la industria mexicana.

Así el acto monopolístico del Estado, el monopolio legal y en general la intervención política deben tener como móvil el bienestar general y el desarrollo económico del país, sacrificando el interés económico particular por el interés nacional".(9)

De esta forma visto el Derecho Bancario, como un derecho regulador del principio constitucional analizado, conlleva normas de carácter público y privado en los términos ya explicados, y social en cuanto a las consideraciones que anteceden.

Las actividades públicas y privadas se cruzan e interpenetran de tal suerte que el Estado actúa continuamente bajo las técnicas de Derecho privado, en tanto que los particulares se ven aplicando, cada día más, reglas tradicionalmente consideradas como de Derecho Público; como afirma el maestro Alfonso Nava Negrete "el Derecho ha sufrido cambios importantes. Entre otros el preciado binomio Derecho Público-Derecho Privado, ha perdido totalmente su validez para dar paso a un Derecho Económico del Estado, que por igual asocia normas jurídicas de las dos ramas tradicionales del Derecho, públicas y privadas". Precisamente el Estado empresario es quien

9.- *Ibidem*; pp. 124 a 128.

rompe con esa clasificación, porque para ser empresario, el Estado tuvo y tiene que someterse a las normas jurídicas propias de toda empresa; utilizar su potestad como ente soberano, y justificar su participación en la economía, a fin de satisfacer el interés colectivo.

Por último, diremos que la intervención del Estado moderno en la actividad económica, ha contribuido a la privatización de su actividad y a la publicidad de la de los particulares, por lo que en nuestros días es difícil establecer un criterio válido de diferenciación del Derecho; de ahí que consideramos acertada la afirmación del maestro Castellanos Tena.

c) Derecho Penal Bancario.- Es de anotarse, que el Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas de Derecho Público interno que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del Orden Social; que Sebastián Soler llama Derecho Penal "a la parte del Derecho" que refiere al delito y a las consecuencias que este acarrea, ello es, generalmente a la pena"⁽¹⁰⁾; y que el titular del Derecho Penal es únicamente el Estado en razón de su soberanía que dicta las normas creadoras de los delitos y las penas o medidas de seguridad aplicables, tal como lo establece Celestino Porte Petit en sus apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, que por sus características como lo establece Francisco Pavón Vasconcelos es Público, Sancionador, Valorativo, Finalista y Personalísimo. Mezger afirma que la naturaleza jurídica pública del Derecho Penal se da en virtud de normar relaciones entre el individuo y la colectividad;

10.- Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, Parte General, Tomo I; p. 21.

y como se ha visto el Derecho Público es el conjunto de normas que regula las relaciones entre el Estado en el cual éste interviene como entidad soberana, perteneciendo a esta rama el Derecho Penal.

Hemos expuesto líneas arriba, que el Derecho Bancario es dinámico en cuanto mantiene relaciones con las diversas ramas del derecho, y que ese derecho es social, en este caso, es válido citar lo que afirma Farjat, en el sentido de que en las normas de dirección de un desarrollo económico, "existen algunos medios de coacción que incluso pueden hasta contar con sanciones penales para asegurar la realización de los objetivos del Plan".(11) (De desarrollo económico).

Precisa entonces, sentar desde este momento, que en un principio el Derecho Bancario se auxilia de muchas otras ramas del derecho, como lo es el derecho Penal; y que debido a la especialización de los delitos contemplados tanto en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, como en la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, hablamos de un Derecho Penal Bancario, sin intentar atribuirle el carácter de social al Derecho Penal, que es público por naturaleza, por confluir al Derecho Bancario. Se habla entonces de un Derecho Penal Especial.

En el orden jurídico vigente, observamos un fenómeno contrario al principio de concentración jurídica o codificación, porque cada rama del Derecho tiene sus características que le diferencian, de acuerdo a las circunstancias que inciden durante el proceso de su elaboración.

Estamos situados frente al problema de que se estable-

11.- Farjat Gerard, Loc. Cit. p.277.

cen verdaderos tipos delictivos fuera de la legislación penal común, en cuanto a su colocación, más no de fondo, por lo que a veces se ha llegado a designar Derecho Penal Fiscal, Administrativo, Bancario, etc.

En cuanto al fondo, esos tipos delictivos previstos en leyes diversas al Código Penal, efectivamente se rigen por los principios de la dogmática jurídico Penal, pues conservan elementos y características propias de un delito, como los que prevé el Código Punitivo.

El Derecho Penal ha trascendido sus fronteras y se ve inmerso en materias específicas, que si bien es cierto que concurren en un momento dado a tutelar un mismo bien jurídico, los tipos previstos por otras ramas del Derecho lo tutelan de una manera más técnica; específica.

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA BANCA.

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

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

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

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

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

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

Epoca moderna. En 1694 se funda el Banco de Inglaterra con el nombre de El Gobernador y Compañía del Banco de Inglaterra, con recursos de los comerciantes y del gobierno. Este banco ha ido a la vanguardia en relación a la utilización del cheque, notas de caja, pagarés, obligaciones, billetes de banco. En 1844 se transforma en el primer banco central; como tal, destacan entre sus funciones la emisión de billetes de banco, el control de la moneda circulante y del crédito.

b) **Nacionales.**- La legislación española que continuó rigiendo en México aún cuando éste ya había logrado su independencia, comprendía algunas disposiciones sobre "bancos públicos" a los que consideraba como "un oficio público consistente en un género de cambios a quien se le da la moneda en guarda, según les ordenaren los que se las dieren"; este tipo de empresas debían recabar para su ejercicio el permiso de la autoridad competente y el reconocimiento de la solvencia de quienes lo efectuaran; esa actividad no podía ser monopolizada pues debía quedar sujeta a la concurrencia en una misma plaza y sólo podía realizarse cuando estuviese formada por dos o más personas obligadas "in solidum"; quedaba excluida para los extranjeros y requería de una especialización que limitaba las operaciones a efectuar restringiéndolas a las propias de ese género de cambios.

Sin perjuicio de lo anterior, los mismos ordenamientos españoles establecían amplia libertad a los particulares para que realizaran funciones inherentes a los "bancos públicos", sin detentar ese carácter, y así recibieran depósitos irregulares de numerario documentándolos mediante vales, aún al portador, y colocaran capitales a rédito siempre que el monto de tal no excediera de ciertos límites, para no caer en las prohibiciones restrictivas de la usura.

En cuanto a instituciones organizadas se refiere, el único antecedente colonial, que feneció en los albores del México Independiente, lo fué el Banco de Avío y Minas que fuera creado por Carlos III en el siglo XVIII, con el objeto de promover la minería; "durante el siglo XVIII, la minería novohispánica sufrió una larga depresión, pero el siglo XVIII le era de nuevo favorable"(12). Las principales operaciones que ese banco efectua

12.-Margarita S. Quillemo, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano; p.76.

ba, eran las de el préstamo refaccionario, la admisión de capitales a rédito y la atención de las cuentas del Tribunal.

Otro intento fallido en cuanto a instituciones de crédito fué el Banco de Avío, cuya idea de fundación se atribuye a Lucas Alamán, por sus conocidas ideas de desarrollo industrial. Ese Banco de Avío fué creado por decreto del entonces Presidente Anastacio Bustamante, y sus funciones consistieron en la compra y distribución de maquinaria para el fomento de la industria así como el suministro de capitales suficientes a las compañías y particulares que se dedicaran fundamentalmente a la industrial textil. A causa de su exíguo capital, este banco apenas cumplió infimamente su cometido por lo que desapareció el 23 de Septiembre de 1842, por decreto del Presidente López de Santa Anna.

Las instituciones mencionadas, no son de gran relevancia en el tema que nos ocupa; pues al ser Bancos "de clase", es decir orientados a cierto sector del público no dejan de ser más que compañías orientadas a fomentar determinada actividad industrial.

"El agiotismo bloqueaba muchos capitales, que mejor hubieran ido a la industria o al comercio. A este respecto, la Iglesia, prestando al 4.5% constituía un punto luminoso. A su lado, ricos laicos estaban realizando operaciones crediticias con el gobierno, por tasas -visibles y ocultas- absolutamente escandalosas, mientras que los Montes de Piedad estaban explotando a las clases proletarias".(13)

Ese régimen fué modificado por el primer Código de Comercio Mexicano: La Ley Larcs de 1854 que tuvo una efímera

vigencia en toda la República. La legislación colonial experimentó aún más otros cambios respecto a su aplicabilidad en México, surgidos por la expedición de Códigos de Comercio locales que siguieron los lineamientos de la Ley Lares, no distinguiéndose la actividad bancaria del ejercicio general del comercio.

La Constitución Política de 1857, sólo facultó al Congreso de la Unión a establecer en toda la República, las bases de la legislación mercantil, lo que acarreó la duda sobre si las legislaturas locales estaban facultadas para expedir leyes de comercio. El régimen fué confuso y algunas legislaturas locales se abstuvieron de legislar sobre el particular y mantuvieron en vigor las normas emanadas de la legislación española sobre todo las de las Ordenanzas de Bilbao.

Hasta la primera mitad del siglo XIX el país careció de bancos propiamente dichos, pues como hemos apuntado, ciertas operaciones actualmente consideradas bancarias se llevaron a cabo con carácter accesorio a las actividades inherentes a su giro comercial por casas de comercio y otras empresas mercantiles. Ello sin perjuicio de que existieron paralelamente instituciones que recibieron el nombre de bancos por realizar en diferentes grados de periodicidad ciertas actividades financieras, aunque no ejercieron funciones de intermediación en el crédito, realizadas masivamente con el público; ejemplos de ellas fueron Gregorio Mier y Terán, Drusena y Compañía y Casa Jecker.

El 22 de Junio de 1864, se constituyó en la Ciudad de México el primer banco comercial: originalmente llamado London Bank of Mexico and South-America Limited que manejó en su etapa inicial un capital suscrito de \$ 1.5 millones y cuyos fundadores se acogieron a las disposiciones de Código Lares de 1854 que merced a su establecimiento por la Regencia del Segundo Imperio,

recobró su vigencia perdida en 1855, que fatalmente perdería en 1867 en el período de la República restaurada, durante el cual se aplicó de nueva cuenta la legislación colonial que regía en 1821.

Se constituía ese banco como una sucursal de la matriz que operaba desde Londres con un capital de cinco millones de libras esterlinas. Se sabe que en 1865 tenía diez agencias foráneas en las ciudades de Veracruz, Tampico, Guanajuato, Zacatecas, San Luis Potosí, Morelia, Matamoros, Puebla, Colima y Durango, y otras dos en la Habana y en la capital de Colombia Británica.

Se considera generalizadamente que tuvo el mérito de introducir en el país el uso del billete de banco, difundir ventajas de la organización del crédito a través de instituciones especializadas y demostrar a los capitales nacionales la forma de dirigir la banca.

Con el triunfo de la República sobre Maximiliano, estuvo a punto de perder la autorización para operar, pero logró acogerse a la ley de 20 de Agosto de 1867, que revalidó las actuaciones judiciales del período imperial.

Fué hasta la década de 1880 cuando se estableció la directriz que fijara el régimen a que se sujetaría de manera uniforme y general la actividad bancaria en México. El desarrollo económico iniciado años atras en ciertas regiones y el incremento del mercado de dinero implantado por las concesiones ferrocarrileras otorgadas en ese tiempo, crearon un clima más propicio para el establecimiento de nuevas empresas bancarias, las cuales empezaron a constituirse y operar de manera creciente.

Los interesados en la creación de estas empresas buscando una mayor seguridad jurídica celebraron con el gobierno

federal o con los gobiernos estatales según el lugar del domicilio de los bancos y el ámbito territorial al que pensaban enfocar sus operaciones, contratos-concesión para hacer funcionar a las instituciones respectivas, actos que las legislaturas sancionaban dándoles el carácter de ley. Ello originó una inconveniente diversidad de regímenes establecidos en forma individual para cada uno de los bancos que fueron existiendo.

En 1883 se reformó la fracción X del artículo 72 de la Constitución de 1857 estableciéndose la facultad del Congreso de la Unión "para expedir códigos obligatorios en toda la República, de minería y comercio, comprendiendo en este último las instituciones bancarias".

Con fundamento en esa disposición constitucional se expidieron los Códigos de Comercio de 1884 y 1889. El primero en sus artículos del 954 al 995 estableció un régimen particular para la banca; en la práctica no tuvo aplicación pues poco después fué suspendido, quedando años más tarde abrogado por el Código de 1889, debido a las objeciones que suscitó principalmente a causa de que confería, de hecho, el monopolio de la banca a una institución de carácter privado: el Banco de México S.A.

El 21 de Agosto de 1889, se le otorgaba el carácter exclusivo de banco de emisión y se sancionaba un supuesto traspaso de la sucursal del London Bank of Mexico and South-América a una nueva sociedad nacional que desde entonces se denominaría Banco de Londres y México, con lo cual dejó de ser una sucursal extranjera y se convirtió en banco mexicano.

El nuevo Código de 1889 siguiendo y perfeccionando al de 1884, estableció en su artículo 640 que "las instituciones de crédito se regirían por una ley especial y mientras ésta se

ANTECEDENTES HISTORICOS 26

expidiese, ninguna de dichas instituciones podría establecerse en la República sin previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y sin el contrato respectivo aprobado, en cada caso, por el Congreso de la Unión".

Para 1897 se expide la Ley General de Instituciones de Crédito que estructuró la actividad bancaria en un sistema. Tal ordenamiento siguió como criterios generales la especialización de funciones distinguiendo tres tipos de empresas bancarias: de emisión, hipotecarias y refaccionarias, sometiendo sus funciones a la vigilancia de la Secretaría de Hacienda, y la pluralidad de bancos emisores de billetes, entonces títulos de crédito.

En 1908 se reformó esa ley para resolver principalmente los problemas relacionados con la falta de liquidez de las instituciones bancarias, reforma que no pudo ser apreciada convenientemente por la modificación drástica de condiciones que experimentó el país con motivo de la Revolución.

La Constitución de 1917 en su artículo 28, al reservar al Estado de manera exclusiva el monopolio de expedición de billetes a través de un banco central controlado por el gobierno federal, cambió radicalmente el sistema seguido años atrás. En su artículo 73 fracción X mantuvo ese ordenamiento la facultad del Congreso de la Unión para legislar en toda la república sobre "comercio e instituciones de crédito", afirmando con ello el requisito de que estas últimas quedaran reguladas por un ordenamiento especial.*

Lo anterior dio pauta a un amplio y continuo proceso legislativo que a través de diversos ordenamientos crea el Banco

* Desgraciadamente en el Congreso Constituyente, no se suscitó debate alguno respecto a esta fracción.

de México y lo configura gradualmente como banco central de la nación; reestructura al sistema bancario mexicano para adecuarlo a los cambiantes requerimientos del país, y procura su evolución y fortalecimiento.

Este proceso tuvo lugar, básicamente, a través de las leyes bancarias de 1924, 1926, 1932 y 1941 todas ellas con diversas reformas, siendo las más destacadas las introducidas en el último de los ordenamientos mencionados, durante el lapso comprendido entre los años de 1975 y 1978, pues modificaron gradualmente al sistema para pasar de la banca especializada a la banca múltiple o general. Asimismo se complementa y fortalece con las leyes orgánicas del Banco de México, que se expidieron en los años de 1925, 1936 y 1941, también con diversas reformas, entre las que, por su importancia, se distingue la de 1932, que orienta ya a dicha institución como banco central del país, lo cual se afirma y consolida en la Ley Orgánica de 1936.

Al expropiarse, el 1° de Septiembre de 1982, la casi totalidad de las instituciones de crédito privadas, el orden normativo aplicable a la banca presentaba las características siguientes: sujeción de la actividad bancaria a un régimen de servicio público concesionable a los particulares; amplia regulación de tal servicio por las autoridades financieras; sistema estructurado primordialmente bajo el criterio, ya no de banca especializada, sino de banca múltiple; prevenciones que permitían la coexistencia de empresas bancarias tanto del sector público como del privado; amplias atribuciones de las citadas autoridades financieras para adecuar los términos de la intermediación en el crédito a las diversas coyunturas que fuera presentando el desempeño de la economía, y la existencia de disposiciones que aseguraban razonablemente la necesaria solvencia y liquidez de la banca para la debida protección de quienes le confían sus ahorros y el adecuado empleo de éstos en

apoyo a los diferentes sectores económicos.

No obstante lo anterior, ese orden normativo adolecía de ciertas deficiencias tanto en su estructura formal, como en el régimen de distribución de competencias entre las autoridades financieras y en la correlación de algunos preceptos referidos a materias comunes o estrechamente vinculadas entre sí. Tal situación se originaba en gran medida por las múltiples reformas y adiciones hechas a la Ley Bancaria de 1941, a lo largo de más de cuatro décadas, las cuales habían venido modificando en diversos aspectos la estructura general del sistema, como lo fué la transformación de éste para pasar de la banca especializada a la múltiple o general. Era necesario expedir un nuevo ordenamiento que estructurase con mayor claridad y congruencia al sistema bancario mexicano, atendiendo a las características que presentaba su operación y a los requerimientos previsibles en cuanto a su mejor desarrollo futuro.

CAPITULO III

BREVE CONSIDERACION DE LA NACIONALIZACION BANCARIA EN MEXICO

El 1° de Septiembre de 1982, el entonces Presidente de la República Don José López Portillo, al rendir su sexto y último Informe de Gobierno, tal como lo establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, expresa en la parte que él mismo considera como la más importante: "que ha expedido dos decretos uno que nacionaliza a los bancos privados; y otro, que establece el control generalizado de cambios".

El decreto que establece la nacionalización de la banca, no señala que se adquieren las acciones, se concreta a nacionalizar la banca privada a través de la expropiación del patrimonio de las instituciones de crédito, mediante el pago de una indemnización a sus accionistas la toma de posesión inmediata de las instituciones y de sus bienes, y la sustitución de los órganos de administración.

De acuerdo con lo anterior, podemos señalar que la nacionalización de la banca fué producto de un "decreto-ley"; en el que sin intervención, el Poder Legislativo no tuvo la deliberación necesaria, de igual manera como sucedió en los países de Costa Rica, República de el Salvador, Nicaragua, Austria, etc.

La nacionalización de la banca en México significó un paso trascendental para su historia. Se han suscitado dudas en relación a si es nacionalización, si es estatización, si es expropiación etc. Sin embargo nos adherimos a considerarla como nacionalización.

Ello porque la nacionalización es una institución jurídica que tiende a transformar en propiedad colectiva empresas que están en poder de los particulares, a fin de que sea el Estado directamente o a través de sus entidades especiales, el que se haga cargo de su gestión. Ahora que además, es un hecho muy significativo si nosotros recorremos brevemente el panorama donde se han realizado nacionalizaciones de la banca, que no se señala que sean estatificaciones, expropiaciones, estatizaciones, etc., se dice en todas las leyes nacionalización de la banca.

Aunque antes de la nacionalización, el Estado mexicano ya tenía un papel decisivo en el sistema financiero y bancario como lo eran una serie de regulaciones que desbordaron en mucho a las normas del derecho común y de los simples poderes de policía, esa nacionalización constituye uno de los más enérgicos y profundos ejemplos de la intervención del Estado en la actividad económica de los particulares, dando a dicho régimen legal un carácter restrictivo muy especial que lo describe típicamente como de derecho público.

En efecto, la nacionalización de la banca modificó sustancialmente las condiciones del sistema bancario, intentando dar a este una nueva estructuración jurídica en cuanto al carácter de servicio público correspondiente, la naturaleza de sus prestatarios, los tipos de instituciones que deben integrar el sistema, la forma en que sus integrantes participen en la planeación nacional del desarrollo, su ubicación dentro del orden normativo general aplicable al sistema financiero del país y las

modalidades con que la banca quedase incluida dentro del ámbito correspondiente a la administración pública federal.

Asimismo, la mencionada nacionalización incide en las características de la rectoría del Estado en materia económica -a la que fortalece-, y en las condiciones en que opera el régimen de economía mixta, dentro del cual, la banca pasa, de aquellas permitidas a los particulares, a las reservadas al sector público federal.

Para hacer frente a los requerimientos inmediatos originados por dicha nacionalización, se expidió en diciembre del propio año de 1982, la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Este ordenamiento se ocupa fundamentalmente de establecer la naturaleza jurídica de las instituciones, configurándolas con el carácter de Sociedades Nacionales de Crédito, como nuevas personas de derecho público con características particulares. Por otra parte, consignó un régimen que reguló la expedita transformación de las antiguas sociedades anónimas en las referidas instituciones Sociedades Nacionales de Crédito, facilitando por otra parte, la fusión de empresas bancarias para dar al sistema una estructura más equilibrada y congruente con sus condiciones actuales.

Las normas aplicables a la operación de la banca se mantuvieron sin cambios mayores; continuaron vigentes en esta materia las disposiciones que contenía sobre la banca múltiple, la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, que, como se ha señalado, ha sido objeto de múltiples reformas.

Entre otras razones para proceder a la nacionalización,

en el Sexto Informe de Gobierno se adujo el manejo de una banca concesionada sin solidaridad nacional y altamente especulativa; el de una banca que estaba creando fenómenos monopólicos con dinero aportado por el público; el de una banca por la que no llegaban a la población sus créditos; la crisis económica nacional etcétera.

La medida que adoptó el gobierno federal tuvo por objeto el facilitar salir de la crisis económica por la que atravesaba la nación y sobre todo para asegurar un desarrollo y equidad y alcanzar las metas señaladas en los planes de desarrollo.

En conclusión, podemos establecer que la nacionalización de los bancos en México, no fué por razones ideológicas: fué producto del estado económico en que se encontraba la nación y el abuso de los bancos en sus concesiones.

Dieciseis días después de la nacionalización bancaria, el Ejecutivo Federal presentó al Congreso de la Unión una iniciativa para modificar el Código Fundamental. Ello, con los propósitos de elevar al rango constitucional la nacionalización de la banca y adecuar a ese principio ciertas disposiciones de la ley Suprema afines al mismo, estableciendo así la necesaria correlación en el texto de tal ordenamiento, y en cierta medida también, para aminorar el inminente problema surgido con motivo de la demanda de 22 de Septiembre de 1982, por la que representantes de 21 de las 54 instituciones bancarias nacionalizadas solicitaron el Amparo y Protección de la Justicia Federal, aduciendo que esa nacionalización les violaba derechos constitucionales; demanda que se consideró en un principio procedente por el entonces Juez Segundo de Distrito en Materia Administrativa David Delgadillo Guerrero, porque tal decreto de

nacionalización no había sido conforme con la Constitución Política de la Nación.*

El proceso legislativo puesto en marcha culminó por lo que a modificaciones constitucionales se refiere, el 18 de Noviembre de 1982; fecha en la que entraron en vigor: Una adición con el párrafo quinto al artículo 28; reformas al texto del artículo 73 fracción X; y una adición al artículo 123, apartado B, con la fracción XIII bis.

La adición al artículo 28 corresponde al principio de nacionalización de la banca. Las otras modificaciones se refieren a materias afines a este principio y estrechamente correlacionadas con el.

También se reformó el texto del artículo 73, en su fracción XVIII respecto al régimen para determinar el valor de la moneda extranjera, modificación que, por no estar referida directamente al tema del presente trabajo, se dejará sin comentarios.

Meses más tarde, el 4 de febrero de 1983, fueron incorporadas al texto constitucional prevenciones concernientes a la rectoría del Estado y al régimen de economía mixta, mediante la modificación de los artículos del 25 al 28 del mencionado ordenamiento.

Dado que el ámbito de aplicación correspondiente a las modificaciones mencionadas en primer término se encuentra comprendido en la materia de carácter general a que las segundas se refieren, la determinación y alcance de aquéllas debe

* Sobre el particular, véase: Presidencia de la República, Unidad de la Crónica Presidencial, Las Razones y las Ouras, Gobierno de Miguel de la Madrid. pp. 45 y 46.

considerarse analizando ambas en su conjunto. Con ello se procura una interpretación que dé la debida congruencia al derecho económico que la Constitución fundamenta.

El régimen jurídico establecido en nuestro código fundamental para configurar la actividad bancaria presenta como características las siguientes:

1.- Reconoce a la prestación del servicio público de banca y de crédito el carácter de actividad monopólica.

2.- Sujeta el ejercicio de la banca a un régimen de servicio público cuya prestación corresponde exclusivamente al Estado.

Estas características se encuentran señaladas de manera expresa en el párrafo quinto del artículo 28 Constitucional. Dicho párrafo prevé además que el Estado realizará la referida prestación a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria, reiterando que el servicio público de banca y crédito "no será objeto de concesión a particulares.

La prevención constitucional en el sentido de que el servicio público de banca y crédito "será prestado exclusivamente por el Estado a través de instituciones", no obliga necesariamente a que éstas sean de la absoluta propiedad del gobierno federal, ya que, como más adelante se señala, la actividad bancaria queda incluida en las áreas prioritarias y no en las estratégicas, siendo sólo para estas últimas que la Constitución, en su artículo 25, párrafo cuarto, establece el régimen de propiedad señalado.

3.- Deja a la legislación secundaria determinar los ele

mentos definitorios del servicio público de banca y crédito. Ello se infiere del párrafo quinto del artículo 28 que refiere a su ley reglamentaria los términos en que deba prestarse ese servicio, reserva a tal ordenamiento, señalar el ámbito que corresponda. Para tal efecto, la Ley Reglamentaria del servicio público de Banca y Crédito de 15 de Enero establece en sus artículos 82 y 146, que "sólo las sociedades nacionales de crédito podrán dedicarse a la captación de recursos del público en el mercado nacional y su colocación rentable en el público mediante la realización habitual, por cuenta propia o ajena, de actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, accesorios financieros de los recursos captados". La determinación de esos elementos definitorios mejora considerablemente a la contenida con anterioridad en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, que refería la actividad bancaria a "la realización de actos de intermediación habitual en mercados financieros, mediante los cuales quienes los efectúen obtengan recursos del público destinados a su colocación lucrativa, ya sea por cuenta propia o ajena.

Esta connotación era, en su texto, excesivamente amplia y no correspondía a las características propias de la banca, ya que al referirse en términos genéricos, a cualquier acto de intermediación habitual en mercados financieros, incluía en ella a diversos agentes distintos de la banca, como compañías de seguros y de fianzas, casas de bolsa y arrendadoras financieras. Esa redacción no suscitó mayores problemas debido a que la distinción entre la banca y otros agentes financieros se hacía en las leyes especiales que regían a estos últimos.

4.- Ubica la actividad bancaria dentro de aquellas correspondientes a las áreas prioritarias del desarrollo.

5.- Señala que la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito debe determinar las garantías que protejan los intereses del público.

6.- Orienta el financiamiento de la banca, de forma que apoye a las políticas de desarrollo nacional.

7.- Incluye a los empleados bancarios en el régimen constitucional aplicable, en materia laboral, a los trabajadores al servicio del Estado.

CAPITULO IV

EL SISTEMA BANCARIO MEXICANO

a) **Autoridades que ejercen atribuciones en materia de banca en México.**- Miguel Acosta Romero, define al sistema bancario como "aquél que está formado por las instituciones de crédito, y por las autoridades de vigilancia", y señala que así considerado, "está constituido por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México, la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, la Comisión Nacional de Valores y los Bancos Sociedades Nacionales de Crédito, de Desarrollo Banco Obrero S.A. y Citybank". (14)

Podemos distinguir entre los entes que conforman el sistema bancario, aquéllos de inspección y vigilancia, los que realizan funciones de intermediación en el crédito (los bancos

14.- Acosta Romero Miguel, Derecho Bancario, p. 35 .

propiamente dichos), y las organizaciones auxiliares del crédito. En la parte que nos interesa, la de banca y crédito, dos son los organismos que realizan funciones de inspección y vigilancia específicamente en materia bancaria : la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

Es necesario definir lo que se entiende por "autoridad". El vocablo "autoridad", deriva del latín auctoritas, sinónimo de poder. Según el Diccionario de la Real Academia Española, autoridad significa "poder que tiene una persona sobre otra, que le está subordinada", potestad que en cada pueblo ha establecido en su constitución para que le rija y gobierne, ya dictando leyes, ya haciéndolas observar, ya administrando justicia".

Cotidianamente, se llega a la utilización del vocablo "autoridad", para designar al órgano o poder público del Estado.

El Estado es una comunidad asentada en un territorio, con un gobierno soberano. De lo anterior se desprende que tal concepto está formado por tres elementos a saber: el grupo humano, el territorio y el poder del Estado. Toda colectividad u organización de los hombres requiere necesariamente para su existencia y desarrollo, así como para la conservación de los fines que se proponga, una voluntad directriz, que, lógicamente, debe ser superior a las voluntades de sus miembros. Esta voluntad superior que ha de cuidar de los fines comunes de la asociación y que ha de dirigir la ejecución de sus determinaciones, constituye precisamente el poder de la agrupación, el cual es diferente al poder de cada uno de sus integrantes.

La doctrina ha distinguido en su evolución, dos tipos de poder: "poder dominante" y "poder no dominante". El no dominante, se caracteriza porque las órdenes que da a sus

miembros no tienen la fuerza suficiente para obligarlos a cumplir con ellos; porque los miembros en el momento en que lo estimen pertinente, pueden abandonar la asociación, en virtud de que ese poder no dominante, no es lo suficientemente fuerte para obligar o constreñir a sus miembros de modo dominante. En cambio, el poder dominante, es un poder autoritario, posee la fuerza y los medios suficientes para obligar al cumplimiento de sus órdenes; dispone de todo un sistema de principios jurídicos que le permiten constreñir a sus miembros a que cumplan con sus mandatos; sobre la voluntad individual, permanece el imperium de la organización llamada Estado.

Este poder de dominación del Estado, se resuelve en la voluntad que ha de vigilar y proveer sus propios fines y como no puede actuar permanentemente mediante órdenes particulares, precisa, como fundamento de su actividad, de actos permanentes de voluntad que se traducen en reglas fijas de orden jurídico.

Esa facultad del Estado de autodeterminarse, de gobernarse a sí mismo, con exclusión absoluta de cualquier otra voluntad, es lo que se conoce como "soberanía del Estado". Lo que quiere decir que un Estado soberano posee una potestad que no depende de ninguna otra autoridad, que es libre para autodeterminarse, que es superior a los elementos que lo integran e igual a otros Estados semejantes.

De los elementos expuestos, podemos concluir que "autoridad" objetivamente entendida, es el conjunto de acciones efectuadas por un órgano del poder público que expresamente legitimado, tiende a inferir al particular la realización de determinada conducta necesaria para que el Estado cumpla sus fines. El modo de ejecutar esas acciones, constituye una función misma que se manifiesta a través del órgano del Estado que es competente para realizarla. Subjetivamente, autoridad es la

facultad o privilegio que tiene el órgano del Estado, en virtud del cual el particular le debe respeto y cumplimiento de las medidas que le sean aplicables.

En nuestro país, existen tres tipos de funciones representadas en sendos poderes: a) administrativa representada por el Poder Ejecutivo; b) judicial representada por el Poder Judicial; y c) legislativa representada por el Poder Legislativo.

En la parte que nos interesa, el Poder Ejecutivo se encuentra representado por el Presidente de la República, quien para el cumplimiento de las múltiples funciones que desempeña, fundamentalmente las de administración, se auxilia por órganos que le están subordinados, denominados Secretarías de Estado.

b) La Secretaría de Hacienda y Crédito Público (Facultad exclusiva de querrela).- Por Secretaría de Estado entendemos, -según lo enseña el maestro Acosta Romero-, aquél "órgano superior administrativo que auxilia al Presidente de la República en el despacho de los asuntos de una rama de la actividad del Estado".(15) Por su parte, Andrés Serra Rojas la define como "cada una de las ramas de la administración pública constituida por el conjunto de servicios y demás actividades confiadas a las dependencias, que bajo la autoridad inmediata y suprema del Presidente de la República, aseguran la acción del gobierno en la ejecución de la ley". (16)

"La Secretaría de Hacienda y Crédito Público fué creada el 4 de Octubre de 1821 a raíz de la consumación de la

15.- Acosta Romero Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo; p. 89.

16.- Serra Rojas Andrés, Derecho Administrativo, Tomo II, p. 525.

Independencia; su denominación cambió posteriormente por la de Secretaría de Hacienda y Crédito Público y Comercio; la última palabra fué suprimida con posterioridad y desde fines del siglo pasado se le conoce con el nombre de Secretaría de Hacienda y Crédito Público".

"La Secretaría de Hacienda y Crédito Público es el órgano más importante del Gobierno Federal en materia de banca y crédito; a ella corresponde aplicar, ejecutar e interpretar a efectos administrativos los diferentes ordenamientos que sobre la materia existen". "Asimismo, le corresponde dar la orientación de la política financiera y crediticia a todas las instituciones y organizaciones auxiliares, acorde con los lineamientos que en esas materias señale el Ejecutivo Federal".(17)

"Internamente, cada Secretaría está estructurada en una serie de órganos inferiores, de acuerdo a una división lógica del trabajo, a partir del Secretario de Estado. En cada Secretaría existen varios subsecretarios".(18)

En materia bancaria, existe en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público una Subsecretaría de la Banca Nacionalizada que comprende las Direcciones de Política Bancaria, Planeación Bancaria y de Información y Estadística Bancaria. Además cuenta con un órgano desconcentrado que es la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

Las atribuciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, las establece el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. En opinión del maestro Acosta Romero, dicha Secretaría se encarga de realizar las siguientes

17.- Acosta Romero Miguel, Derecho Bancario; p.38.

18.- Acosta Romero Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo; pp. 132 y 133.

actividades: "1. Planear, coordinar, evaluar y vigilar el Sistema Bancario del País, que comprende: al Banco Central, a las Sociedades Nacionales de Banca de Desarrollo y a las Sociedades Nacionales de Banca Múltiple. 2. Manejar la deuda pública de la Federación y del Departamento del Distrito Federal. 3. Dirigir la política monetaria y crediticia. 4. Administrar las casas de moneda y ensaye. 5. Ejercer todas aquellas atribuciones que señalen las leyes en materia de seguros, fianzas, valores y de organizaciones auxiliares de crédito; por lo que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se constituye como cabeza de sector financiero".(19)

Entre las múltiples funciones que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público realiza, entre las que se encuentran el establecimiento de disposiciones técnico contables y de políticas que deben seguir los bancos, específicamente relacionada con nuestro tema, la Secretaría mencionada tiene la facultad exclusiva de pedir que se proceda penalmente en los casos previstos en los artículos 89, 90 y 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, y para ello, deberá recabar la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros; esto último porque ejerciendo el mencionado órgano desconcentrado funciones específicas y permanentes de inspección y vigilancia sobre las Sociedades Nacionales de Crédito, es el más autorizado para determinar los casos en que alguna institución de crédito haya sufrido un quebranto patrimonial, o por las facultades de detección e intervención administrativa, concluir que una persona física o moral practica habitualmente operaciones bancarias o de crédito sin estar autorizada debidamente para ello, en contravención a lo dispuesto por el artículo 82 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

19.- Acosta Romero Miguel, Derecho Bancario; pp. 39 y 40.

c) La Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.- "En el siglo pasado, no existen antecedentes precisos de un organismo que pueda considerarse desarrollara las funciones que lleva a cabo la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros. La Secretaría de Hacienda antes de 1889, estableció un sistema de interventores de bancos, pero no tenían responsabilidad y poco hacían por vigilar la actividad de los bancos. Fué hasta el 3 de noviembre de 1889 que don Manuel Dublán, que en esa época fungía como Secretario de Hacienda, encomendó al Licenciado Luis G. Labastida la realización de un estudio que vió la luz pública con el nombre de 'Estudio Histórico y Filosófico sobre la Legislación de Bancos', mismo al que algunas opiniones atribuyen el mérito de ser el antecedente más remoto desde el punto de vista teórico doctrinario, de las funciones que posteriormente asumiría la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, pues en el capítulo XLIX de dicho estudio, se proponía que en lugar del sistema de interventores sin responsabilidad, sin armonía y sin coordinación, que funcionaba hasta esa fecha, se creara una sección de interventoría en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que centralizara las funciones de intervención y vigilancia de los bancos."(20)

En 1897, la Ley General de Instituciones de Crédito, atribuyó la vigilancia de todas las instituciones de crédito a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por medio de interventores que tendrían igual función que los comisarios de las sociedades en los balances de los bancos. El 1º de octubre de 1904 la Secretaría de Hacienda, creó la Inspección General de Instituciones de Crédito y Compañías de Seguros, que ejercía sus funciones a través de un inspector general y de varios interventores a sus órdenes. La Comisión Nacional Bancaria y de

20.- Ibidem; pp. 47 y 48.

Seguros se crea por decreto de 24 de Diciembre de 1924, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 31 de Diciembre de ese mismo año.

El artículo 99 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, establece que la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

El maestro Acosta Romero, nos enseña que la desconcentración "consiste en una forma de organización administrativa en la cual se otorgan al órgano desconcentrado determinadas facultades de decisión y ejecución, limitadas por medio de diferentes normas legales que le permite actuar con mayor rapidez, eficacia y flexibilidad, así como el tener un manejo autónomo de su presupuesto o de su patrimonio, sin dejar de existir el nexo de jerarquía"(21)

Por lo que respecta a las funciones de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, las más relevantes lo son las de inspección y vigilancia de las Sociedades Nacionales de Crédito, mismas que el órgano desconcentrado realiza "mediante la práctica de visitas de inspección en sus tres diferentes modalidades: Ordinarias, Iniciales o Especiales, así como el aporte de una serie de datos, informes, estados o documentos de carácter legal, contable, estadístico, etc., proporcionados por dichas instituciones; a efecto de controlar su constitución, desarrollo y funcionamiento y conocer, con toda amplitud y en cualquier momento, la situación de las mismas en sus diferentes aspectos: legal, técnico-contable; social y económico"(22).

21.- *Ibidem*; p. 49.

22.- Ruiz de Chávez Barrón Héctor, *La Inspección y Vigilancia Oficial de la Banca Mexicana como Actividad Profesional del Contador Público*. Tesis. Facultad de Comercio y Administración, UNAM, México 1972, págs 51 a 55, según cita de Acosta Romero Miguel, *Derecho Bancario*; p. 56.

Los artículos 99 y 105 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito establecen algunas atribuciones de la Comisión Nacional Bancaria y de su Presidente.

De las atribuciones de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, las que más interesan a nuestro tema son: la facultad que tiene para decretar la intervención administrativa de las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares en caso de irregularidades graves. la vigilancia que ejerce para que las instituciones y organizaciones auxiliares de crédito recaben los documentos necesarios para acreditar la solvencia de los solicitantes, y proponer a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que se proceda a la denuncia de delitos bancarios; funciones todas que ligadas a la facultad de revisión de los balances y estados de contabilidad de las Sociedades Nacionales de Crédito, constituyen la clave para la detección de irregularidades tipificadas como delitos en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

CAPITULO V

LA DOGMATICA DEL DELITO.

Dadas las limitaciones de este trabajo, sólo nos proponemos analizar el artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito que contiene varios supuestos criminosos, lo cual haremos a la luz de la dogmática jurídica penal.

"El Derecho Penal comprende dos partes: la general referente a la ley, al delito, a las penas en general y medidas de seguridad, -enseña Porte Petit- y la parte especial que se ocupa de los delitos en particular y de sus penas respectivas."(23)

"La Ciencia Penal estudia la realidad jurídico penal y mina a la construcción, elaboración y organización de los conceptos deducidos de las normas penales, para comprenderla, valorarla e iluminarla, a los fines de dirigir la actividad humana, indicando los hechos que no deben ser ejecutados porque constituyen delitos y amenazando con penas a los autores de tales delitos".(24)

23.- Porte Petit Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal; p. 19.

24.- Cavallo, Diritto Penale, I, p. 37, según cita de Porte Petit Celestino; Loc. Cit.

La Ciencia del Derecho Penal estudia lisa y llanamente "las normas jurídico-penales, o sea, la dogmática jurídico penal." El autor en consulta al concluir precisa, que el Derecho Penal en síntesis estudia el conjunto de normas jurídico-penales, en su parte general y en especial la Ciencia Penal al decir de Del Rosal "pregunta las razones últimas del carácter positivo e histórico del Derecho Penal, con lo que "la Ciencia Penal es de naturaleza filosófica."(25)

Es, a través de Maggiore, que el maestro Porte Petit expresa, "dogmática significa ciencia de los dogmas, o sea, de las normas jurídicas dadas dogmáticamente, como verdades ciertas e indiscutibles", Crispigni sostiene por su parte -explica nuestro maestro- que "la norma debe ser captada tal como es, como un dogma... y precisamente por esto la disciplina se llama dogmática jurídica". Y Soler, -añade el mismo autor-"subraya que el estudio del Derecho Penal se llama dogmático, porque presupone la existencia de una ley".(26)

"La ley tiene, pues, el carácter de dogma y como este no es sino una proposición firme y cierta, principio básico de una ciencia, resulta que aquélla será la premisa de toda sistematización jurídico-penal...En realidad la ley es como un dogma, porque es el instrumento con que trabaja el juzgador, pero no entendida como un "fetiche", sino como una norma de la cual hay que descubrir su voluntad."(27)

Así como existe una Teoría General del Derecho, existe la Teoría del delito, naturalmente comprendida en aquélla. "la teoría del delito comprende el estudio de sus elementos, su

25.- Porte Petit Celestino, *Apartamientos de la Parte General de Derecho Penal*, p. 25.

26.- *Ibidem*.

27.- *Ibidem*.

aspecto negativo y las formas de manifestarse el mismo".(28)

La teoría general del delito se identifica con la dogmática jurídico penal.

La teoría del delito estudia "aquellos componentes del concepto del delito que son comunes a todo hecho punible".(29)

"En síntesis, y dejando de lado otros caracteres del delito-, enseña Jiménez de Asúa- podemos decir que los esenciales y permanentemente reconocidos son los que lo definen como acción típica, antijurídica y culpable. A caso la acción es uno de los que se elaboran más tardíamente. Berner que, como buen Hegeliano abarca en ella la imputabilidad, fué el primero en trabajar su doctrina en 1857; pero a Franz Von Litz le pertenece el mérito de enseñar claramente en ella el movimiento corporal y la causalidad del resultado. La condición típica se indica por Stübel en 1805 y por Luden en 1840, pero es Beling quien le da máxima trascendencia.

La antijuridicidad, que se atisba entre otros por Bohemero, cobra sentido en las "normas" de Binding. Y la culpabilidad debe su origen científico a A. Merkel".(30)

Dadas las citas de los maestros en este trabajo y de que se eligió el análisis dogmático del delito que se estudia, aún cuando no con la exhaustividad que por propias limitaciones deseara, precisa señalar la evolución de la dogmática jurídico-penal a la luz del Derecho Penal moderno y contemporáneo.

28.- *Ibidem*; p. 195.

29.- Jeschek Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal, T. I; p. 263.

30.- Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, T. III; p. 315.

La teoría del delito, hasta el siglo pasado y después de los dos primeros movimientos de la literatura penal: "De los Delitos y de las Penas" de Cesar Bonesana, Marqués de Beccaria publicado en 1764 y del "Programa de Derecho Criminal" emanado del luminoso pensamiento del insigne Carrara, publicado en 1859, conoció la distinción entre imputación objetiva y subjetiva (imputatio facti e imputatio iuris). La idea del delito, concretó Carrara en el párrafo 35 de su magna obra, no es sino "una idea de relación, es a saber, la relación de contradicción entre el hecho del hombre y la ley. Sólo en esto consiste el ente jurídico al cual se da el nombre de delito, u otro sinónimo. Es un ente jurídico que para existir tiene necesidad de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales, cuyo conjunto constituye su unidad. Pero lo que completa su ser es la contradicción de esos antecedentes con la ley jurídica". Sin embargo Vela Treviño con Jiménez Huerta, advierten en la última frase del maestro de Pisa, ya desde entonces el tercer elemento esencial del delito, la antijuridicidad o antijuricidad sin que este se hubiese referido específicamente por el propio Carrara pero que desde entonces "se hallaba latente"(31), agregando Vela Treviño, que en 1931 Mezger diría, "actúa antijurídicamente el que contradice las normas objetivas del Derecho. La acción sólo es punible si es antijurídica."(32)

La moderna concepción cuatripartita del delito, indica Jeschek(33), al que resumimos, como acción típica, antijurídica y culpable, ha surgido, hace sólo pocos años, de la constitución en distintas etapas, de diferentes sistemas dogmáticos.

31.- Carrara Francisco, Programa de Derecho Criminal, Vol I; pp. 50 y 51.

32.- Vela Treviño Sergio, Antijuridicidad y Justificación; p. 19.

33.- Jeschek Hans Heinrich, Op. Cit., pp. 272 y ss. de donde resumimos o transcribimos el desarrollo dogmático evolutivo expuesto por el autor.

Ihering en 1867 desarrolla el concepto de antijuridicidad objetiva al demostrar que la culpabilidad es irrelevante en ciertas infracciones que determinan consecuencias jurídicas. Litz y Beling siguiendo al connotado civilista introducen al Derecho Penal el concepto de antijuridicidad objetiva que introducen a la estructura del delito. Binding con su teoría de las normas independiza a la antijuridicidad al precisar que la acción punible no vulnera propiamente la ley penal, pues ésta no sólo prevé la sanción, sino los mandatos y prohibiciones de ordenamientos jurídicos (las normas) que conceptualmente le preceden, de modo que toda la teoría del injusto puede aprehenderse por sí sola a partir del contenido de esas normas. Los inicios del concepto de culpabilidad se atribuyen a A Merkel, que pese a seguir la teoría tradicional de la imputación, fué el primero en reunir el dolo y la imprudencia bajo el concepto superior de determinación de la voluntad contraria al deber. Berner fué quien citó en la base de la estructura del delito el concepto de acción. Fue Beling quien aporta el último elemento a la teoría del delito al definir el tipo como conjunto de elementos que permiten decidir, cuál es el delito de que se trata, haciendo del tipo punto de referencia de la antijuridicidad y de la culpabilidad, amén de constituir el soporte más importante de la función de garantía de la ley penal.

El concepto clásico del delito es desarrollado a fines del año pasado por Ernest Von Beling y por Von Litz descubriendo éste que la esencia de la omisión no reside en una forma de comportamiento corporal, como lo entendía la teoría de la conducta naturalísticamente comprendida, sino reside en el terreno del espíritu. Se distinguió entre componentes objetivos y subjetivos del delito. La parte objetiva del hecho debía reflejarse en los elementos de tipicidad y antijuridicidad en tanto la parte subjetiva correspondía al elemento de culpabilidad. Ritter en Austria y Hamer en Suiza mantuvieron

hasta hace poco esta posición sistemática.

El tipo como descripción de la acción estaba desprovisto de valor lo cual no podía tener lugar hasta el momento de la antijuridicidad, y ello, desde una perspectiva objetiva. La relación entre tipicidad y antijuridicidad se agotaba en ser la primera un indicio "de la presencia de una norma prohibitiva". Ejemplo: "La muerte de una persona, que al someter a prueba la antijuridicidad puede resultar justificada como acción de guerra de un soldado."

El concepto de culpabilidad reunía la totalidad de procesos espirituales y psíquicos que en el hecho se desarrollan en el interior del autor. La imputabilidad se concibió -desde entonces- como presupuesto de la culpabilidad; y el dolo y la imprudencia se entendieron como "formas" o especies de la culpabilidad. La conciencia de la antijuridicidad se reclamó como elemento de la culpabilidad la cual enfatizó Beling con la misma decisión que la rechazó Von Litz. No se precisó el concepto de culpabilidad materialmente determinado quedando enumerada "bajo el rótulo de lo subjetivo (concepto psicológico de culpabilidad)".

El concepto clásico de delito fué un producto del pensamiento jurídico característico del positivismo científico (concepción limitada al Derecho Positivo y a su interpretación), y se obtuvo por ello una imagen formal de las características del comportamiento humano que debían contemplarse en la estructura del propio concepto del delito.

Se distinguió entre la acción de forma naturalística, el tipo concebido objetivo-descriptivamente, la antijuridicidad delimitada objetivo-normativamente y la culpabilidad entendida subjetivo-descriptivamente.

Este sistema jurídico penal clásico debía garantizar con todo ello, mediante el objetivismo y el formalismo de los presupuestos de la pena, un máximo de seguridad jurídica y, por la otra parte, un máximo de eficacia en la vía de su sistema sancionatorio orientado hacia el delincuente.

Son autores que conforman el concepto neoclásico del delito, citados por Jeschek, Frank-Festgabe, E. Wolf, Schwinge, Welzel, Baratta, Mittasch (quien seducía el Derecho Penal a la "idea del Estado" como supremo valor), Radbruch (quien defendía en contraposición una teoría de los valores aunque relativista), Mayer, Mezger, Fischer, Hegler, Graf Zu Dohna, Kern, Saner; Bettiol y Delitala en Italia, Rodríguez Devesa en España así como Jiménez de Asúa, si bien, los que antes acogieron el concepto neoclásico del delito se han pasado últimamente, cita nuestro autor, a la estructura finalista.

El concepto neoclásico del delito, no abandona los principios precedentes aún cuando procede profundamente a reformarlos. En lugar de la coherencia formal limitada al Derecho Positivo, se busca construir el concepto del delito a partir de los fines perseguidos por el Derecho Penal y de las perspectivas valorativas que le sirven de base (teoría teleológica del delito).

Esta etapa está determinada por el neokantismo emanado de Stammler, Rickert y Lask quienes junto al método científico -naturalismo del observar y describir- colocan una metodología propia de las ciencias del espíritu caracterizadas por el comprender y el valorar.

La reforma comienza con el concepto de la acción que entendido naturalísticamente, era el que en menor medida se avenía con un sistema referido a valores. La insuficiencia de la

acción se mostró como ejemplo en el delito de injurias en el que es determinante la intención sin que importe el fenómeno físico y psicológico implicados. En los delitos de omisión la inactividad mediante la suposición de una voluntaria contención de los nervios motores, había de fracasar, en la culpa inconsciente quedando atrás el pensamiento de Beling. Por ello, se debilitó el concepto de acción mediante el recurso al concepto de comportamiento, que se estudió como actuación de la voluntad humana en el mundo exterior. La acción pasó a ser así comportamiento voluntario, realización de la voluntad, comportamiento espontáneo o comportamiento sencillamente humano (concepto causal de acción). La acción, se llegó a pensar, es "fenómeno social en su sentido de actuación en la realidad social".

Se creyó, por otra parte, iniciar la estructura del delito por la tipicidad.

La concepción puramente dispositiva y libre de valor del tipo, resultó afectada por el descubrimiento de los elementos normativos, que requieren la atribución de un contenido de valor para alcanzar un sentido susceptible de aplicación (por ejemplo: acto ultrajante, documento, móviles bajos, ejecución forzosa inminente)".

En cuanto a la antijuridicidad que sólo se había contemplado como oposición formal a una norma jurídica, se dedujo ahora de la finalidad de los preceptos penales, que era preciso concebir el injusto de forma material como "dañosidad social". El punto de vista material abrió la posibilidad de graduar el injusto según la gravedad de la lesión de intereses: El hecho no podía ser antijurídico al faltar toda lesión de intereses. Merced a esta teoría de los intereses lograron desarrollarse nuevas causas de justificación más allá de los supuestos legalmente pre-

vistos. Como por ejemplo el supuesto supra-legal del estado de necesidad excluyéndose la responsabilidad penal, en los casos de salvar un bien jurídico de superior valor a costa de otro menos valioso, ante la inexistencia de otro remedio (comerse a otro semejante ante la falta de alimentación).

Bajo este sistema de la concepción teleológica del delito, la teoría de la culpabilidad sufrió grandes modificaciones. Se debe a Frank, sostiene Jeschek, el descubrimiento decisivo. Observó la culpabilidad en aquella formación de la voluntad contraria al deber, que puede reprocharse al autor. "Un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprochársele haberlo efectuado" (concepto normativo de culpabilidad).

El concepto psicológico de culpabilidad no había resuelto varias cuestiones. Así, pese a la presencia de un hecho doloso, el reproche de culpabilidad desaparece en caso de incapacidad de culpabilidad, pues no puede exigirse al enfermo mental una formación de su voluntad ajustada a Derecho.

Pese a la presencia de capacidad de culpabilidad y dolo, debe negarse el reproche de culpabilidad en el estado de necesidad, puesto que el orden jurídico no requiere un comportamiento heroico cuando la vida se halla en peligro actual no conjurable de otro modo. En la imprudencia, el reproche de culpabilidad no se dirige contra el concepto negativo de falta de representación del resultado, sino contra la falta de atención demostrada por el autor, en el cumplimiento de un deber de cuidado.

Los problemas sociales de la época industrial y la posición de la ciencia en su confrontación con la ideología del Estado totalitario, en los años veinte en que apareció este

sistema, da lugar a las deficiencias que podrían observarse y al divorcio entre la dogmática y la política criminal. En efecto, el concepto de acción se había relajado en contenido y precisada una nueva concepción. El dolo como forma de culpabilidad se hizo insostenible tras el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y el triunfo del concepto normativo de culpabilidad. Precisaba un tratamiento conveniente del error sobre la antijuridicidad una vez que Frank había deducido el contenido de culpabilidad propio del error de prohibición vencible del concepto normativo de culpabilidad. Finalmente, junto a la parte del hecho imprudente correspondiente a la culpabilidad, debía determinarse también con independencia su específico contenido del injusto.

Estas modificaciones fueron solucionadas en la sistemática del finalismo.

El concepto del delito del finalismo debe a Welzel la base de sus razonamientos, por éste erigir el ser real de la acción humana en concepto central de la teoría de delito. Sin embargo, partiendo el sistema anterior de la teoría del injusto no hubo enfrentamiento con el finalismo a pesar de la distinta base de sustentación de ambas teorías y aún de que en cuanto al método, se abandonaba "el pensamiento logicista y abstracto de la época precedente". "Los progresos dogmáticos decisivos pueden fundarse también de forma convincente en la doctrina tradicional, -sostiene Jeschek textualmente- con sólo llevar hasta el final con coherencia, las ideas sistemáticas por ella desarrolladas."

"El planteamiento del finalismo vino determinado por el paso de la tajante separación entre mundo real y Derecho, propia del neokantismo, a la realidad del ser social. Por eso se esforzó en elaborar las estructuras lógico objetivas previas a toda regulación jurídica y en edificar el Derecho sobre la base de la

"naturaleza de las cosas". Es así como la teoría del finalismo de la acción se apoyó en observaciones de la moderna psicología sobre el comportamiento de los actos psíquicos.

En el conocimiento de los valores, el finalismo acudió a la nueva teoría: "el deber ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del actuar ético-social y la concordancia de los órdenes ético-sociales" Se intentó así una verdadera fundamentación ético-social del Derecho Penal que se plasmó en la concepción personal de la antijuridicidad, en el postulado de la responsabilidad del hombre por la objetiva conexión de sus decisiones voluntarias y en el redescubrimiento del pensamiento retribucionista como sentido de la pena.

El concepto final de acción es la base de la estructura del delito.

El actuar humano es ejercicio de actividad final. Con la ayuda de su conocimiento causal, el hombre es capaz de dominar dentro de ciertos límites el suceder y de conducir su actuar a la consecución de una meta con arreglo a un plan. La conducción final de la acción tiene lugar a través de la anticipación mental de la meta, la elección de los medios necesarios de la acción y la realización de la acción en el mundo real. (Esta teoría de la acción final tuvo como precursores a Weber, Wolf y Graf Zu Dohna).

La finalidad de la acción típica se equiparó al dolo en el nuevo sistema del delito. De esta tesis derivó que el dolo debe pertenecer al tipo de la misma forma que los demás elementos subjetivos del injusto, pues la misión del tipo es, precisamente, la caracterización de la acción en todos sus elementos del injusto esenciales para la punibilidad.

De lo anterior surgieron tres modificaciones fundamentales en la estructura del delito:

1).- La conciencia de la antijuridicidad se separó del dolo (entendido este como pura realización de la voluntad) y se convirtió en factor central del concepto de la culpabilidad.

2).- Al separarse el dolo y la conciencia de la antijuridicidad hubo que distinguir los supuestos de error en forma distinta a como se hizo con antelación, es decir, sólo se hablaba de error de hecho y de Derecho. Para el finalismo existe ahora el error de tipo que excluye el dolo; y por otra parte el error de prohibición que excluye la conciencia de la antijuridicidad.(34)

3).- Sólo cabe participación en un hecho principal doloso, puesto que sin el dolo falta ya el tipo del hecho principal.

La subjetivización de la antijuridicidad -sigue Jeschek-, que resultó del cambio de situación del dolo, condujo a la modificación del concepto material del injusto. Los elementos subjetivos del tipo se reunieron bajo el concepto superior de "elementos pasionales del injusto" y se contrapusieron al "desvalor del resultado como desvalor de la acción. La doble consideración de la antijuridicidad bajo los dos aspectos de voluntad de la acción antijurídica y de cesión del objeto, puso de manifiesto que el injusto no se agota en el daño social del hecho, sino que constituye una ejecución defectuosa socialmente relevante del hombre, un concepto donde se mezclan la voluntad criminal de la acción y el resultado del hecho.

34.- Es de loar, prologa Jiménez de Asúa a Franco Guzmán, que éste en su brillante trabajo "La Subjetividad en la Ilícitud, "proclama la urgencia de no confundir lo antijurídico y lo culpable"

La imprudencia, por otro lado, forma parte del tipo del injusto a la vez que constituye un elemento de culpabilidad en cuanto a la reprochabilidad personal de la falta de cuidado. Así, los delitos dolosos y culposos o imprudenciales no sólo son distintos en cuanto formas de culpabilidad, sino en el tipo de injusto.

El concepto del delito del finalismo se completó con la nueva teoría de los delitos de omisión debida a Armin Kaufmann que los concibe como tercera forma general de aparición del hecho punible, junto a los delitos dolosos e imprudentes de comisión.

El delito de omisión constituye una forma especial de hecho punible por no estar abarcado por el concepto final de la acción y "cuya comprensión exige en todos sus aspectos la inversión de los principios sistemáticos desarrollados para el delito de comisión".

Es sólo un sector de la doctrina alemana del finalismo quien ha aceptado este sistema contándose entre ellos a Maurach Festschrift, y fuera de Alemania el concepto final de la acción ha sido rechazado en forma mayoritaria. Sin embargo Jeschek indica que ha de contarse con los principios sistemáticos que sirvan de base al concepto de delito del finalismo, "pues resultan corrientes aún con independencia de la teoría final de la acción. Con esta disección apuntan casi todos los nuevos tratados y comentarios".

Dos nuevos aspectos de la estructura de la teoría del delito se encuentran en: a).- Schmidhäuser con una sistemática teleológica de los elementos del hecho punible que parte de la conexión hecho, pena, con un amplio ámbito de libertad mediante la distinción de tipo literal y tipo de interpretación; y, b).- Roxin cuya sistemática consiste en que los elementos del delito

han de hacerse corresponder a las finalidades político-criminales; según lo cual, el tipo responde al motivo de la certeza de la ley, en las causas de justificación se persigue la solución de conflictos según un número ilimitado de principios ordenadores materiales; y la culpabilidad viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena.

A la luz de la dogmática jurídico-penal y basados en los elementos del cuadro de los caracteres del delito en sus aspectos positivo y negativo que proporciona Jiménez de Asúa(35), aún cuando sólo en relación al delito materia de nuestro trabajo, procedemos al desarrollo de los capítulos siguientes.

He aquí el cuadro de referencia:

Aspecto Positivo	Aspecto negativo
a) Actividad (conducta o hecho)	a) Falta de acción (ausencia de conducta).
b) Tipicidad	b) Atipicidad (ausencia de <u>ti</u> po).
c) Antijuridicidad	c) Causas de justificación.
d) Imputabilidad	d) Causas de inimputabilidad.
e) Culpabilidad	e) Causas de inculpabilidad.
f) Condicionalidad objetiva	f) Falta de condición objetiva.
h) Punibilidad	g) Excusas absolutorias.

En función de la misma dogmática añadimos a tal desarrollo heptatómico del delito los capítulos relativos al iter-criminis del delito, tendientes sobre todo a resolver el problema de la tentativa, la participación y el concurso de delitos.

35.- Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, T. III; p. 320.

CAPITULO VI.

LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

a) Conducta.- La debida ordenación metodológica del delito que nos hemos propuesto estudiar, exige la definición de conducta, como primer elemento del delito.

La conducta constituye el elemento objetivo del delito, por exteriorizarse a través de un cambio en el mundo exterior. Es por ello que en el campo del Derecho Penal se identifica el término "hecho" con el delito mismo.

Francisco Pavón Vasconcelos, destaca la diferencia esencial "entre 'hecho' considerado como delito y el propio

hecho como elemento objetivo del delito".(36) Antolisei al expresar que el delito es un hecho realizable en el mundo exterior, afirma que "en el delito, por consiguiente, existe indefectiblemente un elemento material o físico (objetivo), sin el cual, por lo menos en la fase actual de la evolución del Derecho, aquél no es concebible".(37)

Sin embargo, distinguido el hecho genéricamente entendido como delito y hecho específicamente determinado como elemento de delito; procede señalar que la doctrina no es acorde terminológicamente al denominar al hecho como elemento objetivo substancial al delito. Pavón Vasconcelos a quien seguimos en el tema que nos ocupa, enseña que la palabra acción, "término genérico comprensivo de la acción en sentido estricto y de la omisión; es usada entre otros, por Cuello Calón, Antolisei y Maggiore".(38) Consultando directamente uno de dichos autores, manifiesta: " la expresión acción en amplio sentido comprende: a) la conducta activa, el hacer positivo, la acción en estricto sentido; b) la conducta pasiva, la omisión".(39)

El propio Pavón Vasconcelos, indica que la denominación "hecho" tiene preferencia en el léxico de León Cavallo, Julio Klein y Franco Guzmán. Jiménez de Asúa prefiere la expresión "acto", por considerar que el término "hecho" resulta "demasiado genérico".(40) Es conveniente desde ahora precisar que Jiménez de Asúa define al "acto" como "la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja sin modificar

36.- Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; p.156.

37.- Antolisei Francisco, La Acción y el Resultado en el Delito; p. 9.

38.- Pavón Vasconcelos Francisco, Derecho Penal Mexicano; pp. 182 a 184.

39.- Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal, Parte General I; p. 345.

40.- Pavón Vasconcelos Francisco, Derecho Penal Mexicano, p. 183.

ese mundo externo, cuya mutación se aguarda".(41) El propio autor al señalar los elementos del acto indica que son tres: "a) manifestación de voluntad ; b) resultado; y c) nexo causal entre aquella y este".

Continúa enseñando Pavón Vasconcelos, que el término conducta es adoptado por Castellanos Tena y Jiménez Huerta, afirmando este último su preferencia "no solamente por ser un término más adecuado para recoger en su contenido conceptual las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior sino por reflejar también el sentido finalista, que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder afirmar que integran un comportamiento dado".(42)

Pavón Vasconcelos, citando a Porte Petit, indica que este prefiere hablar de conducta o hecho afirmando que "no es la conducta unicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, originándose los delitos de mera conducta y los de resultado material. Nadie puede negar que el delito lo constituye una conducta o un hecho humano". Termina Pavón Vasconcelos considerando acertada la opinión de Porte Petit cuando hace valer que los términos adecuados son conducta o hecho según la hipótesis que se presente, pues "se hablará de conducta cuando el tipo no requiere sino de una mera actividad del sujeto y de hecho cuando el propio tipo exija no sólo una conducta, sino además, un resultado de carácter material que sea consecuencia de aquella".(43)

41.- Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, III; pp. 331 a 334.

42.- Jiménez Huerta, Panorama del Delito, nullum crimen sine conducta; pp. 7 y ss. referido pro Pavón Vasconcelos, Op. Cit., p. cit.

43.- Porte Petit C., Apuntes de la Parte General de Derecho Penal; p.153.

CONDUCTA Y SU AUSENCIA 63

En base a lo anterior, al definir la conducta como elemento del hecho genéricamente entendido, advertimos que la conducta consiste en un comportamiento traducido exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria. En síntesis acción u omisión. Actividad o movimiento corporal; inactividad o abstención, y ambas voluntarias por llevar inmerso en la actuación corporal el factor psíquico de la conducta que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la acción esperada.

Por ello, son formas de conducta la acción y la omisión, subdividida esta última en omisión simple por violación de una norma preceptiva y omisión impropia o comisión por omisión cuando con violación de una norma preceptiva existe además la violación a una norma prohibitiva, como puede serlo la omisión de un deber de cuidado que la Ley impone infringiendo además un precepto reglamentario, en el supuesto de un delito imprudencial con motivo del tránsito de vehículos, que impone la obligación de guiar con cuidado infringiendo el artículo relativo a respetar las señales de circulación.

Por lo tanto y teniendo al hecho como género en los delitos que con relación al tipo requieren un resultado material puede definirse como acción u omisión que mediante un nexo de causalidad da lugar a un resultado; sin que esta definición comprenda a la conducta como género cuando por sí misma integra el elemento del delito o nexo causal.

Todos los seres vivos racionales del mundo circundante hállanse-indica Jiménez Huerta- comprendidos en el concepto de sujeto activo a que hacen referencia los tipos penales. La premisa anterior sufre empero una derogación cuando el tipo exige, de manera especial, una determinada cualidad o condición en el sujeto activo. Restríngese en estos casos la posibilidad de

ser sujeto activo del tipo al círculo de personas en quienes concurre la mencionada condición o circunstancia personal, hasta el extremo de que la persona desposeída de tal cualidad, no puede ser sujeto activo primario (autor de delito). Surgen así, -añade Jiménez Huerta- los llamados delitos propios o especiales, conocidos también con el nombre de delitos particulares o exclusivos, que sólo pueden ser cometidos por determinada categoría de personas, en contraposición a los delitos comunes, los cuales pueden ser realizados por cualquiera.(44)

Otras personas diversas a las investidas de la especial cualidad subjetiva, no pueden ser sino sólo partícipes en los términos del artículo 13 del Código Penal en el delito materia de este trabajo.

El artículo 19 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, encarga la administración de las Sociedades Nacionales de Crédito al Consejo Directivo y a un Director General. El artículo 20 precisa que el Consejo dirigirá la sociedad con base en las políticas, lineamientos y prioridades que conforme a la Ley, establezca el Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público e instruirá al Director General para la ejecución y realización de los mismos. El artículo 21 precisa entre nueve y quince el mínimo de consejeros propietarios y sus representantes suplentes, y tienen entre otras, la indelegable facultad de nombrar y remover, a propuesta del Director General, a los servidores públicos de la institución que ocupen cargos con las dos jerarquías administrativas inferiores a la de aquél. Toca a los comisarios el desempeño de órgano de vigilancia que por lo menos se integrará por dos de ellos (artículo 26 de la Ley en Cita), quienes dado su carácter, como la comisión consultiva con facultades de asesoría, deben ser

44.- Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano; pp. 96 a 98.

excluidos en la comisión del delito a comento.

Por lo demás, toca a los funcionarios realizar las funciones inherentes a las instituciones de crédito, con los empleados integrando los primeros, además de los citados, a los Directores auxiliares, Gerentes, Sub Gerentes, y otros que con su firma pueden obligar a la institución.

No existen sin embargo, distingos en la Ley entre funcionarios y empleados en tanto sujetos activos del delito que se analiza.

El artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, materia de este trabajo, precisa del autor del delito la calidad de servidor público de la institución de crédito ofendida, categoría esta que pueden tener los funcionarios o empleados bancarios; sin que como se reiterará posteriormente, puedan excluirse en la participación, a las demás personas, que bien pueden ser cómplices o encubridores, además de quienes con su conducta desplieguen acciones u omisiones trascendentes en orden a la comisión del delito.

De esta suerte, pudiéndose cometer el ilícito por una sola persona, tiene el carácter de monosubjetivo, sin que ello excluya la participación. Es de recordarse que hay delitos de necesaria coautoría, como el adulterio o el incesto, recibiendo éstos el carácter de plurisubjetivos.

En orden a la clasificación, por otra parte, de delitos que requieren una sucesión de actos para su integración y que la doctrina denomina plurisubsistentes, es de anotarse que nosotros por considerar que en la mayoría de los casos puede cometerse el ilícito con un sólo acto, clasificamos el delito a comento como unisubsistente y no como plurisubsistente, pero sin desconocer

que puede darse también la comisión del delito en varios actos.

En orden a la duración del ilícito y sin perder de vista que los delitos por ello se clasifican en instantáneos, continuados, permanentes o instantáneos con efectos permanentes, consideramos que a esta última clase pertenecen los ilícitos bancarios porque su consumación y agotamiento se realizan súbitamente, más sus consecuencias subsisten, siendo de destacarse que encontramos un delito continuado en la hipótesis a que se contrae en la ley en cita, el inciso d) de la fracción II del artículo 91 pues de su lectura se advierte que en este delito necesariamente habrán de concurrir varias acciones para integrarlo, con unidad de propósito delictivo (artículo 7° fracción III del Código Penal).

Ninguna hipótesis de delito instantáneo se contempla en los delitos a estudio que precise consumación y agotamiento "ipso facto", como el homicidio. Tampoco se advierte por su duración ningún delito permanente, ya que este tipo de delitos se distingue por su consumación en forma prolongada, de modo tal que el estado antijurídico puede ser interrumpido por el sujeto activo, como el ilícito de despojo.

La fracción I del artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito que precisa relacionar con el artículo 78 de la propia ley, tipifica como conducta la omisión de registro de las operaciones efectuadas de la institución de que se trate. La misma fracción alternativamente tipifica como ilícita conducta, proceder a realizar maniobras que alteren los registros, ocultándose con ello la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas.

Dicha omisión o acción que para tipificar el ilícito tendría que desplegar el agente, requiere como resultado de la

conducta la afectación de la composición de activos, pasivos, cuentas contingentes o resultados.

Dicho de otra manera, la conducta criminosa en la fracción a comento se integra de la siguiente manera: mediante una omisión consistente en la transgresión al artículo 78 de la ley en mención, que previene a los servidores públicos de las instituciones de crédito, la obligación en la contabilidad de la institución de registrar todo acto o contrato que signifique variación en el activo o pasivo de la institución de crédito de que se trate o que implique una obligación directa que surja del cumplimiento a los convenios o contratos por el banco celebrados, o que implique una obligación contingente que surge precisamente de la falta de cumplimiento de esos actos jurídicos.

En síntesis, la conducta o hecho que sanciona el artículo 91, resulta en cuanto a la fracción I por omisión de registro de contabilidad o de maniobras que den lugar a la alteración de registro de contabilidad por ocultarse la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas. En tanto que la fracción II sanciona la falta de fidelidad del Servidor Público Bancario por operaciones ruinosas a la institución de crédito en función de la falsificación, alteración, simulación u otras operaciones de intención dolosa desplegadas por el activo.

El ilícito a comento precisa conductas que constituyen la causa eficiente del hecho, como son: falsificar (falsear, adulterar, o contrahacer), o alterar, (cambiar la esencia o forma de una cosa), simular, (representar una cosa fingiendo o imitando lo que no es), o a sabiendas realizar operaciones, todo ello comprendiendo en general alteraciones de carácter material por cualquier procedimiento (como raspar o borrar una palabra o cifra o intercalar cláusulas falsas o simplemente palabras, letras o guarismos); todo ello que de lugar al quebranto del patrimonio de

CONDUCTA Y SU AUSENCIA 68

la institución en la que los autores especiales o servidores públicos de las instituciones de crédito prestan sus servicios.

La fracción I presenta una diferencia esencial en la conducta típica con la segunda fracción del artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito que se analiza. En la fracción I la mera conducta activa y omisiva da lugar a la afectación de la institución. Ello es constitutivo de un delito instantáneo y formal por ser de mera conducta, desterrándose así toda tentativa en la consumación del delito. Se trata de un delito de peligro presunto reflejado simplemente en el estado mentiroso que presenta la contabilidad de la institución.

En cambio la fracción II que se resuelve en las citadas conductas de falsificación, alteración, simulación o cualesquier otro tipo de operaciones consabidas por el agente, han de dar lugar al quebranto patrimonial de la institución en la que el activo preste sus servicios. Trátase en este caso de un delito de resultado material, en el que el bien jurídico protegido, o sea el patrimonio de la institución bancaria, habrá de ser menoscabado. La conducta o hecho del ilícito se traduce por designio legislativo en el despliegue de las actividades alternativamente señaladas, y nexa causal relativo tendiente al quebranto patrimonial de la institución ofendida.

Es menester entonces, precisar lo que debamos entender por patrimonio, dado el interés jurídico protegido en la figura que analizamos.

Para los civilistas el patrimonio es una universalidad de derecho. Todos los derechos pecuniarios de la persona se encuentran contenidos en ella, por eso es que también entienden por patrimonio un atributo de la personalidad, como lo son el

nombre, el domicilio o el estado civil o político.

En la doctrina clásica, ya Planiol decía que "el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones de una persona apreciables en dinero, considerados como formando una universalidad de derecho"(45). Esto quiere decir, que el patrimonio constituye una entidad abstracta, distinta de los bienes y las obligaciones que lo integran. Estos pueden cambiar, disminuir, desaparecer enteramente, pero no el patrimonio, mismo que permanece durante toda la vida de la persona.

En Derecho Penal no es posible concebir al patrimonio como universalidad. En el terreno privatístico el patrimonio se considera como un todo. Acertadamente Raúl F. Cárdenas reflexiona que "los actos de ofensa a sus partes, no constituyen propiamente un ataque al mismo, ya que pueden salir de este (patrimonio) bienes y derechos, sin que ello afecte al patrimonio propiamente dicho, considerado como un todo y ligado a una persona humana y jurídica".(46)

"El patrimonio para los efectos del Derecho Penal no puede nutrirse en su integridad, de los conceptos del privado; sigue diciendo tal autor -(el interés jurídico que se protege no es la unidad orgánica, la universalidad, la afectación, sino los derechos, las cosas individualmente consideradas, agredidas por las distintas conductas que se describen en la ley y que lesionan uno o varios de los bienes o derechos individuales que forman el activo del patrimonio)-".(47)

El Derecho Penal, tutela intereses legalmente protegidos

45.- Planiol y Rippert, Derecho Civil Francés, T. III, Los Bienes; p. 23.

46.- Cárdenas Raúl F., Derecho Penal Mexicano del Robo; p. 14

47.- Ibidem; p. 18.

dos.

No sin razón define en Derecho Penal Alfredo D'Marsico por patrimonio "el complejo de las cosas que interesan a un sujeto de derecho para la actuación de sus necesidades económicamente valuales, o de los bienes pertenecientes a un sujeto, comprendidos entre ellos, los derechos de contenido económico".(48) Definición esta que no sólo comprende los bienes que podríamos encontrar tutelados como delitos en el Código Penal, sino aquellos otros que recoge el Derecho especial en la Ley de Derechos de Autor, en la Ley de Propiedad Industrial, en el Código Fiscal de la Federación, o en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, comprendiéndose inclusive, bienes de valor afectivo.

De la misma fracción II de la ley bancaria en cita, se desprenden otras operaciones que en ejercicio abusivo de sus funciones descritas en deberes en los manuales de organización y procedimientos de los Bancos, sirven de guía al debido desempeño de los servidores públicos de las instituciones de crédito. Así por ejemplo, se establecen diversas obligaciones a los Gerentes de los bancos, en tratándose de divisas.(49)

Sin embargo, la propia fracción II en sus incisos a), b), c), d) y e), configura conductas o hechos típicos equiparables al quebranto patrimonial de la institución bancaria, mediante falsificaciones, alteraciones o simulaciones u otras operaciones del activo a sabiendas de que estas producirán dicho quebranto patrimonial y para tal efecto de equiparación ahora ya en forma casuística señala, que:

48.- D'Marsico Alfredo, Delitti contra el patrimonio. Casa Editrice Datil. Eugenio Jovene Napoli 1950, según cita de Cárdenas F. Raúl, Op. Cit., p. 20.

49.- Véase: Manual de Operación y Procedimientos existente en cada Banco.

Los servidores públicos de Instituciones de Crédito, que en quebranto patrimonial de estas, a).- otorguen préstamos o financiamientos a sociedades constituidas, a sabiendas que las mismas no han integrado el capital que registren las actas constitutivas correspondientes.

Desde luego, hay que entender que se trata de capital pagado y no sólo suscrito de la sociedad de que se trate, pues por designio legislativo se trata de la objetivación que como garantía de solvencia ha de reflejar la sociedad en su capital "integrado" y que aparezca registrado en las actas constitutivas correspondientes. El ilícito a comento, precisa en el hecho de la conducta la concesión de un préstamo a semejante sociedad sin capital integrado o pagado, surgiendo en consecuencia el consiguiente quebranto patrimonial para la institución de crédito.

En efecto, los préstamos o financiamientos que otorgan las instituciones de crédito, pueden darse bajo la forma de simples contratos de apertura de crédito, mediante la cual el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado o a contraer por cuenta de éste una obligación para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga o a cubrirle oportunamente el importe de las obligaciones que contrajo, y en todo caso, a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.(50)

Es de comentarse que el contrato que permite la instrumentación de la mayoría de los créditos bancarios es el de la apertura de crédito con motivo de un crédito hipotecario, del

50.- Artículo 231 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

descuento de un título de crédito, de un crédito documentario o del simple préstamo para adquirir un bien mueble de consumo, comprendiéndose también otros préstamos de cualquier clase en apoyo a la producción, ya sea de artículos básicos, para la industria, de habilitación o avío, amén de los refaccionarios o préstamos agroindustriales para la pesca u otros, como también préstamos a agentes de valores, obligaciones y acciones de circulación significativa o préstamos de apoyo a la vivienda, a través todo ello de créditos quirografarios (en los que no existe más garantía que la firma del cliente a quien se exigirá además de excelente reputación, cualidades de solvencia moral y económica); de créditos prendarios o pignoratícios o hipotecarios y de interés social; créditos por descuento de artículos de crédito y de créditos en libros u otros documentarios, amén de otros francamente inominados a los que se añaden los que podrían calificarse de créditos especializados como aquéllos que se otorgan para la exportación o a otras actividades del comercio.

El inciso b) de la fracción II del artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito a comento, describe como conducta típica el otorgamiento de préstamos a personas físicas o morales cuyo estado de insolvencia sea conocido por los servidores públicos de las instituciones de crédito, si para estos resulta previsible al realizar la operación, que carecen de capacidad económica para pagar o responder por el importe de las sumas acreditadas, produciendo quebranto patrimonial a la institución.

Con los datos hasta aquí anotados, sería ocioso insistir en el mutuo bancario que otorgado a insolventes, refleja ya no sólo una inseguridad de recuperación patrimonial desde el principio para la ofendida, sino auténticamente un quebranto patrimonial para la institución, dada la falta de garantía respectiva por carecer los deudores de capacidad económica para

pagar o responder por el importe del crédito.

El inciso c), configura como conducta o hecho la renovación de créditos vencidos parcial o totalmente a las personas físicas o morales a que se refiere el inciso b) anterior, siendo así que el elemento objetivo de esta hipótesis da lugar al mismo resultado dañoso traducido en quebranto patrimonial a la institución por la conducta ilícita de los activos a despliegue, siendo sólo de agregarse que en la especie, específicamente se tipifica la novación de un contrato ruinoso para la institución.

No debe perderse de vista que hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente, substituyendo una obligación nueva a la antigua. (51)

Otra forma de conducta realizada por los servidores que contraviene funciones que pueden resultar en quebranto patrimonial de la institución de crédito, se encuentra casuísticamente sentada en el inciso d) de la fracción II del artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, y consiste en que para liberar un deudor, se otorguen créditos a una o varias personas físicas o morales que se encuentren en estado de insolvencia, substituyendo en los registros de la institución respectiva, unos activos por otros.

La conducta típica de este apartado, exige precisar conceptos en relación a la novación que se clasifica en objetiva y subjetiva. No es caso de subrogación, pues el efecto del pago subrogatorio es desinteresar al acreedor original y substituirlo por un tercero y tampoco se trata de una asunción o cesión de deuda porque en esta "el transmisionario asume ante el acreedor

51.- Artículos 2213, 2214 y 2220 del Código Civil para el Distrito Federal.

las mismas obligaciones que tenía el cedente, pues la asunción introduce en relación obligacional, exclusivamente un cambio en la persona del deudor pero sin alterar las obligaciones de este".(52)

"Cuando entre la primera y segunda obligación difieren los sujetos, surge la novación objetiva si entre la primera y la segunda obligación difiere el objeto del convenio. También se habla de novación objetiva si entre la primera y segunda obligación difiere la relación jurídica. Se habla de novación subjetiva cuando entre la primera y segunda obligación difieren los sujetos; en este caso cuando existe cambio de acreedor, el nuevo acreedor y el acreedor original habrán de ponerse de acuerdo con el consentimiento del deudor, pues cuando este existe no habrá novación sino cesión de derechos. Son elementos de la novación subjetiva por cambio de acreedor: la substitución de un acreedor por otro, el consentimiento del deudor y la forma que debe ser solemne por cuanto debe hacerse en forma expresa indicándose en el convenio respectivo, que se celebra un convenio novatorio u otras palabras equivalentes, pero si no se hace así, no hay novación; esta no existe".(53)

La novación subjetiva existe también por cambio de deudor, lo cual conlleva bien a la delegación novatoria que en razón del consentimiento puede ser perfecta o imperfecta y en función del efecto de la obligación novada en razón del sujeto puede dar lugar a la expromisión o a la adpromisión, dependiendo ello de la subsistencia del cumplimiento por parte del primer obligado.

52.- Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones; p. 784.

53.- *Ibidem*; pp. 846 y ss.

Joaquín Escriche, al tratar la locución "delegación de deuda", conceptúa ésta como "la substitución de un nuevo deudor en lugar del antiguo con consentimiento del acreedor; o bien un acto por el cual un deudor da a su acreedor otro deudor que se encarga de pagar la deuda. Si el segundo deudor toma sobre sí la obligación del primero con intención expresa de descargar a este de ella, queda con efecto extinguida la obligación del primer deudor y sólo subsiste la del segundo".(54) (Lo que de acuerdo al maestro Gutiérrez y González, constituye la "expromisión").(55). De manera que aunque el segundo se hiciese insolvente, no podría el deudor pedir la deuda al primero. Pero si el segundo deudor dijese simplemente que se obligaba a pagar la deuda del primero, sin expresar ser su intención que este quedase libre, ambos quedarían obligados; bien, que pagando cualquiera de ellos, se extinguiría para los dos la obligación (lo cual recibe el nombre de "adpromisión" como lo enseña igualmente el maestro Gutiérrez y González (56)).

Si la delegación se hiciese con condición y esta se cumpliera, quedará libre el primer deudor y obligado el segundo substituido; más no cumpliéndose, continuará el primero obligado sin el segundo.

El Código de Napoleón, expresa sobre el particular: "Ce changement se norme novation. Par l'effet de ce contrat, l'ancienne obligation cesse, et la nouvelle commence immédiatement".(57)

Por su parte el proyecto García Goyena expresa que "hay

54.- Escriche Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, T. I; p. 533.

55.- Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones; pp. 839 y ss.

56.- Ibidem.

57.- Code Civil des Français; Artículo 1271.

novación de contrato cuando las partes en el interesadas lo alteran, sujetándolo a distintas condiciones o plazos substituyendo una nueva deuda a la antigua, o persona distinta en el lugar de la que antes era deudor, o haciendo cualquier otra alteración substancial que demuestre claramente la intención de novar. Cuando la substitución de un nuevo deudor se hace por el primitivo se llama delegación".(58)

El Código Civil de 1870 precisa que "hay novación de contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente sujetándolo a distintas condiciones; substituyendo una deuda nueva a la antigua o haciendo cualquiera otra alteración que afecte la esencia del contrato, y que demuestre la intención de cambiar por otra la obligación primitiva".(59) Por su parte, el Código Civil de 1884 indica que hay novación de contrato, cuando las partes en el interesadas lo alteran, sujetándolo a distintas condiciones o plazos; substituyendo una nueva deuda a la antigua o haciendo cualquier otra alteración substancial, que demuestre claramente la intención de variar la obligación primitiva".(60)

El inciso d) de la fracción II del artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, supone los siguientes elementos: a) la finalidad del agente de liberar a un deudor, b) el otorgamiento de créditos a personas físicas o morales insolventes y c) la substitución en los registros de la institución bancaria de unos activos (créditos a favor de la sociedad), por otros.

Se trata entonces de una novación subjetiva, en la que

58.- Artículo 1134.

59.- Artículo 1606.

60.- Artículo 1721.

el deudor primitivo queda liberado de su adeudo (delegación-expromisión), por asumir su calidad otras personas insolventes (lo que indudablemente se realiza en quebranto al patrimonio del Banco), con la consiguiente substitución de los registros de los activos en la contabilidad.

¿Qué es -toca preguntar- un estado de insolvencia? Es aquel en el que existe "incapacidad en que uno se halle de pagar una deuda".(61) Dicho de otra manera, existe insolvencia cuando el monto patrimonial respectivo arroja mayor cantidad en el pasivo que en el activo. Monto de activos o pasivos de una entidad, persona física o jurídica, es la diferencia de activos y pasivos. Los primeros son los derechos pecuniarios de una persona; los segundos las obligaciones pecuniarias de la misma. la solvencia económica consiste, entonces, en la disposición o tenencia de bienes y la capacidad de pago es la posibilidad de liquidar el préstamo a su vencimiento. Si el monto del patrimonio es negativo, es de prohibirse y está prohibida cualesquiera autorización de préstamo por esta causa.

El resultado de la conducta de indebida delegación de deudor a quien se libera por deudor insolvente, se traduce en poner en peligro el patrimonio de la institución de crédito, por faltar la fidelidad que se debe a la institución bancaria por substituir en los registros de la misma unos activos por otros.

La especie típica prevista en el inciso e) del artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, previene como elemento objetivo del delito, la conducta pero con dolo directo "a sabiendas", permitir a un deudor desviar el importe del préstamo en beneficio de terceros, reduciendo notoriamente su capacidad para pagar o responder por el importe

61.- Escriche Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, p. 822.

del crédito y, como consecuencia de ello, resulte un quebranto patrimonial a la institución.

Tal hipótesis requiere del desvío de un préstamo. Es necesario entonces, distinguir entre préstamo de consumo (mutuo) y préstamo de uso (comodato). Ya el Código francés de 1804 (Código Napoleón), definía: "Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre a l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, a la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité".(62) Por otra parte, el mismo Ordenamiento expresa: "Le prêt a usage au commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose a l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi".(63)

Cual traducción de dichos preceptos, nuestro Código Civil define el mutuo simple en el artículo 2384 como "...contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad". A su vez, el artículo 2393 prescribe que "es permitido estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero, ya en géneros". Y el precepto siguiente distingue interés legal y convencional precisando el subsiguiente numeral 2395 que "el interés legal y convencional es del nueve por ciento..."

En tanto, el artículo 2497 del Código en cita define que "el comodato es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente".

62.- Code Civil des Français; Artículo 1892.

63.- Ibidem; Artículo 1875.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

CONDUCTA Y SU AUSENCIA 79

Cuando opera el préstamo con la finalidad de destinarlas al comercio se cae en el terreno del Derecho Mercantil. Presuntivamente operan las prescripciones de este Derecho en tratándose de préstamo entre comerciantes (artículo 358 del Código de Comercio). Conforme al artículo 359 siguiente, el préstamo mercantil puede consistir en dinero, títulos o valores... Esto es, conforme al artículo 75 del Código de Comercio, que marca los criterios objetivos y subjetivos del Comercio, es la finalidad o el objeto y las personas contratantes quienes se encargan de matizar la materia mercantil de la relación contratante.

Como ya expresamos al comentar el crédito de las instituciones bancarias, es de trascendencia en ellas destacar para su operancia, el tipo de garantías, destino y transmisión de la propiedad del dinero.

En síntesis, la conducta descrita en el artículo 91, fracción II, inciso e) de la ley bancaria en mención, precisa la objetivación del hecho por el despliegue de conducta del sujeto activo del delito de permitir, con dolo directo, a un deudor, desviar el importe de un préstamo en beneficio de terceros, reduciendo con semejante desvío, su capacidad para pagar o sencillamente responder por el importe del crédito, y como consecuencia de ello, resulte quebranto patrimonial a la institución.

No obsta, como se advierte del tipo que no se traduzca tal quebranto en menoscabo real, pues adelantado que se trata de un tipo de consumación anticipada o de cartucho cortado, basta que se ponga en peligro el patrimonio bancario, con la consabida conducta del tercero, para considerar que éste ha resultado quebrantado en los términos de la especie que se comenta. Es necesario precisar que por ello se trata de un ilícito específico de mera conducta.

La fracción III del artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, tipifica como delito la conducta del servidor público que "a sabiendas" presente a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros datos falsos sobre la solvencia del deudor o sobre el valor de las garantías que protegen los créditos, imposibilitándola a adoptar las medidas necesarias para que se realicen los ajustes correspondientes en los registros de la institución respectiva.

La conducta típica precisa en cuanto a culpabilidad se refiere, del dolo directo en la documentación deslealmente presentada a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, que como ya vimos, es en su calidad de organismo desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la encargada de vigilar e inspeccionar los servicios que presten y operaciones que realicen las instituciones crediticias (artículos 97 y 99 fracción I, de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito), misma Comisión Nacional Bancaria que en esas condiciones se ve obstaculizada para ordenar los ajustes de preservación crediticia adecuados, tendientes a asegurar el debido cumplimiento del pago del crédito en cuestión.

En tales condiciones, se trata en la especie de un ilícito de mera conducta en el que se sanciona la puesta en peligro del patrimonio bancario, no exige el hecho, en consecuencia, nexo causal alguno.

En la ley a comento, el nexo causal resulta irrelevante en las hipótesis que registra el delito a estudio en las fracciones I, II, incisos c) y e) y III, en los que se presenta la consumación por mera conducta como ya se advirtió y en los que en función del bien jurídico tutelado que lo es el patrimonio bancario, existe un delito de peligro presunto merced a la conducta

CONDUCTA Y SU AUSENCIA 81

desplegada. Reservamos tal criterio respecto del inciso d) de la fracción II del numeral 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, porque la mera conducta de alteración de activos con la consiguiente alteración contable, da lugar por sus consecuencias a un delito de peligro efectivo.

Son ilícitos de resultado que requieren por su conducta de un nexo causal y un daño traducido en menoscabo al patrimonio bancario o quebranto patrimonial propiamente dicho, las hipótesis típicas legislativamente recogidas en la fracción II, supuesto genérico del delito y en los incisos de dicha fracción a) y b), de la citada ley bancaria.

Son muchos los esfuerzos que la doctrina penal ha realizado para encontrar la más acertada posición al tratar el nexo causal, resultando relevantes las teorías de la causalidad eficiente o sine qua non; la teoría de la adecuación, la teoría de la causalidad en la omisión, la teoría de la última condición y la teoría de la equivalencia de las condiciones que atribuye a cualesquiera de éstas la causación de un resultado que en la especie lo sería el quebranto patrimonial de la institución bancaria, merced a la conducta del activo en los casos de la fracción II primer párrafo e incisos a) y b) de la ley y artículo en cita.(64)

Sin embargo y sin tener fundadas razones para descartar la validez de las consideraciones que fundan acertadísimas tesis sobre el nexo causal, hemos de elegir la de la equivalencia de las condiciones, por ser esta a la que reiteradamente se ha inclinado la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal.

64.- Véase sobre el particular entre otras obras de Francisco Pavón Vasconcelos, su Manual de Derecho Penal Mexicano pp. 187 y ss.

b) Ausencia de conducta.- (hipótesis única: vis absoluta).- Ausencia de conducta es ausencia de voluntad, pues a menos que medie fuerza física irresistible en los demás casos, hay por lo menos un principio de querer consiente. Zaffaroni al clasificar las formas típicas pasiva y omisiva expresa en singular criterio, el hecho de que "uno seleccione lo prohibido describiéndolo y el otro (en la omisión), lo haga por comparación con la descripción de lo debido, no altera para nada la estructura óntico-ontológica de las conductas que prohíben; esto es consecuencia de que la acción sirve de base a todas las formas que los tipos adoptan para individualizar sus prohibiciones."(65)

El artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, desaparece por carecer de conducta, pero sólo en la hipótesis de vis absoluta, sin que se anule la conducta por las otras hipótesis de ausencia de voluntad que en su generalidad registra la doctrina, como son la fuerza mayor, los movimientos reflejos y los casos de sueño, hipnotismo y sonambulismo, por considerarse que no se presentan estas causas de ausencia de conducta en el delito que estudiamos.

Partiéndose de la base que el artículo 15 fracción I del Código Penal, excluye de responsabilidad por "incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias" y tomando en cuenta que en la fuerza irresistible "el sujeto física y absolutamente coaccionado no es más que un instrumento en manos del autor mediano, es posible en el delito a comento que un servidor público bancario sea obligado en contravención a todo manual de organización y procedimientos de las instituciones crediticias, a suscribir documentos, o a alterar contabilidad, o a proceder a autorizar operaciones indebidas, merced a una fuerza física humana que por su intensidad no le da lugar a resistirse,

65.- Zaffaroni Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal; p.367.

desplegando tal conducta.

No hay que olvidar sin embargo la exclusión del delito por ausencia de culpabilidad que se distingue de la ausencia de conducta. Al efecto Jiménez de Asúa indica, "hay que distinguir la vis absoluta de la vis compulsiva, en que la calidad de acción perdura y con mayor razón en la vis moral o amenaza grave, pues el que obra en virtud de ese temor de un mal, pudo también decidirse por el propio sacrificio o el de los suyos amenazados, en vez de ceder a la coacción moral y perpetrar el acto punible".(66)

66.- Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, T. III; p. 691

CAPITULO VII

TIPO, TIPICIDAD Y CAUSAS DE ATIPICIDAD.

a) **Tipicidad.**- Dice Celestino Porte Petit, que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo; es otro de los elementos del delito que se resuelve en la fórmula "nullum crimen sine tipicidad".

Este apotegma está contemplado desde el siglo pasado en nuestra Constitución liberal de 1857, en la que consagrada como garantía de seguridad jurídica, la estableció nuestra Constitu-

ción General, bajo el principio "nullum crimen sine lege"; lo cual evita la arbitrariedad del poder en el injusto reproche por la comisión de un hecho criminoso a un individuo.

En su famosa obra Esquema de Derecho Penal, Bebel afirma que "la común práctica jurídica penal había extendido de tal modo el Poder Judicial, que el Juez podía casitgar toda ilicitud culpable. Toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción punible.

Contra esto dirigió sus ataques el liberalismo naciente del siglo XVIII, afirmando la inseguridad jurídica que tal sistema importaba: a falta de una firme delimitación de las acciones que pudieran considerarse punibles, el Juez podía someter a una pena toda acción que le desagradara, pretendiéndola antijurídica y podía imponer arbitrariamente una pena grave o leve para toda acción estimada punible.

Siguiendo este movimiento liberal la legislación posterior estrechó el concepto de acción antijurídica. Del común dominio de la ilicitud culpable, fueron recontados y extraídos determinados tipos delictivos (asesinato, hurto etc.). Para cada uno de tales tipos se previó una pena concreta y precisamente determinada para él; y así quedaron como no punibles ciertas formas de obrar antijurídicamente que no correspondían a ninguno de esos tipos enumerados. Así logró espresión un valioso pensamiento: el de que sólo ciertos modos de conducta antijurídica (los "típicos) son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública y que, además, deben todos ser colocados en una firme escala de valores.

La protección jurídica del individuo, reforzóse pues, tomando el legislador mismo el monopolio de la facultad de construir los tipos y de imponerles la pena, con exclusión del

derecho consuetudinario y de la analogía."(67)

La posición de Beling en cuanto considera al tipo como razón esencial de la antijuridicidad y que siguen autores tan prestigiados como Sebastián Soler, Fontán Balestra, Jiménez de Asúa y Celestino Porte Petit, es, sin embargo contradicha por otros autores como Alexander Graf Zu Dohna, quien considera al tipo en función de la antijuridicidad, presentando así al tipo como elemento que particulariza formalmente la acción ilícita.

Nos parece interesante destacar los siguientes párrafos extraídos de Zu Dohna, en relación a tal posición.

Primordialmente, todo delito es acción, pues únicamente una acción humana puede hoy tener por consecuencia una pena. No se puede llegar a determinar el concepto del delito, sin referirse a la característica "acción". Hasta qué punto la afirmación de que el delito es acción necesita ser rectificadora, resultará de posteriores consideraciones. Desde el punto de vista de la valoración del objeto, se presentará, como segunda característica general del delito, la antijuridicidad; como tercera, la culpabilidad. Con ello llegamos al siguiente resultado sintético: Delito es acción antijurídica y culpable.

Esa frase no es válida, sin embargo, a la inversa: no toda acción antijurídica y culpable es un delito. El legislador no vincula a todas las acciones con esas características el resultado de una pena. El Estado hace uso de ese medio extremo de reacción, sólo en los casos en que cree no poder prescindir de él. Todas las tentativas de fijar un criterio conceptual que permita diferenciar lo injusto punible de lo no punible, se deben considerar como fracasadas. El límite deberá ser fijado, única-

67.- Beling Von Ernest, *Esquema de Derecho Penal*, p. 363.

mente, de acuerdo al objeto. Las leyes penales determinan cuáles acciones antijurídicas y culpables son punibles.

El hecho de que una acción sea subsumible en un tipo legal es, por tanto, una peculiaridad formal, que puede ser y ha sido elevada a una característica conceptual general. Nosotros hablamos desde entonces, de la adecuación típica de acciones punibles. En ese sentido, entonces, adecuación típica significa la peculiaridad de una acción, consistente en que presenta las características de un tipo particular de delito. Con ella hemos llegado a la última característica general del delito, al que podemos definir, finalmente, como acción adecuada a un tipo, antijurídico y culpable.(68)

Mezger al entrar al estudio del tipo jurídico penal, lo relaciona en orden a la antijuridicidad del hecho punible precisando que "es punible sólo el que actúa típicamente". Todo hecho punible es, por consiguiente, un injusto típico. Pero una acción típica es un injusto siempre que no exista ninguna causa de exclusión del injusto". Sigue diciendo este autor: "el concepto correspondiente ha sido desarrollado profundamente por Beling a los fines del Derecho Penal, pero nosotros no podemos estar del todo de acuerdo con este autor".(69)

Hans Heinrich Jescheck, confirma el pensamiento de Mezger en cuanto afirma que "la antijuridicidad, como la culpabilidad, es un elemento general del delito. Sin embargo, las formas de comportamiento antijurídico que merecen ser castigadas se hayan contenidas en el Derecho Alemán por razones de seguridad jurídica, en especiales descripciones de delito fijadas en la

68.- Véase Graf Zu Dohna Alexander, La Estructura de la Teoría del delito; pp. 14 y 15.

69.- Mezger Edmund, Derecho Penal, Libro de Estudio Parte General; pp. 143 y 144.

Ley, que reciben el nombre de tipos. La antijuridicidad debe, por tanto, encontrar expresión en el tipo de la correspondiente clase de delito. La cuestión de cómo ello tiene lugar, afecta a la relación existente entre antijuridicidad y tipo. En la teoría del tipo que inauguró Beling, el sentido del tipo se agotaba en la descripción de la imagen externa de una acción determinada. El tipo no expresaba nada acerca de la antijuridicidad, sino que no era más que el objeto de un juicio de valor jurídico, formulado mediante elementos conceptuales, que debía desprenderse en su totalidad de las normas jurídicas. No se abandonó el punto de vista formal de Beling hasta la teoría teleológica del tipo (Hegler, Sauer y Mezger), que dejó ver en las descripciones de delito la plasmación no valorativa de un hecho, para descubrir la expresión de los elementos típicos de una determinada clase de delito".(70)

El tipo se convirtió de este modo, en materia de prohibición de las disposiciones jurídico penales, en descripción objetiva del comportamiento prohibido. Por el contrario, la comprobación de la presencia de causas de justificación corresponde a otro apartadodistinto al de la comprobación de la antijuridicidad típica.

Según el actual estado de la teoría del delito, ha de partirse de que en el tipo tienen cabida todos aquellos elementos que fundamentan el contenido material de injusto (sentido de prohibición) de una clase de delito. El tipo está llamado a esclarecer el bien jurídico que el legislador ha contemplado como sentido de la norma penal, los objetos de la acción relevantes (sobre ambas cosas con mayor detalle), el grado de realización del hecho injusto que debe tener lugar y las modalidades de ataque que han de comprenderse. La acción que realiza el tipo de

70.- Jescheck Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General.

una ley penal se denomina hecho antijurídico.

Pensamos que la misión del tipo se agota en su función conformadora de los elementos del ilícito.

La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito regula en forma especial los delitos bancarios en los artículos 89, 90 y 91 siendo este último el tipo que nos interesa por ser materia de nuestro trabajo de tesis.

b) Elementos del tipo.- En el artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, se advierte como objeto jurídico la preservación de los siguientes bienes:

a).- Tutela de la fé y seguridad de ahorro y la confianza que deben tener los particulares en las instituciones nacionales de crédito;

b).- Preserva el patrimonio específico de la institución bancaria correspondiente; y

c).- Tutela también el patrimonio nacional en cuanto las instituciones de crédito son nacionales.

El objeto material del delito se resuelve en la conducta del sujeto activo que mediante alteraciones contables, alteración de registros, falsificación o simulación de los mismos, préstamos indebidos o ilícitas renovaciones de créditos en general o incurriendo en las demás conductas de los agentes del delito descritos en el tipo, transgredan los bienes jurídicamente tutelados anotados en líneas precedentes, produciendo a primera vista un quebranto patrimonial o poniéndolo en peligro en la institución bancaria de que se trate.

El uso de claves como uso comisivo puede repercutir como ya se ha manifestado en un quebranto patrimonial a las instituciones bancarias afectadas, ya que efectivamente dichas claves como su nombre lo indica "son claves", no propias del conocimiento de la gente en general y sólo deben ser conocidas por cierto tipo de empleados bancarios como ejecutivos y directores de niveles superiores a nivel de banca. El uso indebido de dichas claves puede crear conflictos internos bancarios y por consiguiente crean problemas graves que pueden acarrear perjuicio patrimonial a la institución bancaria, el acceso de pantallas, teléfonos y télex en combinación con la computadora o cerebro central, en un uso indebido de las claves de acceso a que se hizo alusión, como medios comisivos propios, especiales y poco conocidos para la perpetración de delitos bancarios, puede dar lugar inclusive a la inmovilización de fondos, llamado "sistema de acceso", por el uso indebido de claves, con el consiguiente quebranto patrimonial de la institución bancaria.

No se advierten referencias temporales o especiales exigibles en el tipo.

Precisada la conducta o el elemento objetivo en el delito a estudio, es de tenerse en cuenta en cuanto a los elementos normativos, que son estos aquellos que requieren del juzgador una actividad valorativa de la ilicitud, indicando Mezger que en relación a la conducta interna subjetiva y psíquica, "la convivencia externa de las personas es siempre, al fin y al cabo, la expresión de la actitud interna y psíquica de ellas".(71) De ahí que el injusto jurídico penal contenga elementos subjetivos. El autor en cita señala que en los delitos de intención como en el robo, sólo se realiza éste si se acompaña

71.- Mezger: Edmund, Derecho Penal, Libro de Estudio Parte General; pp. 135 a 137.

de la intención subjetiva de apropiarse antijurídicamente; en los delitos de tendencia la acción aparece como una expresión de tendencia subjetiva del autor, y sólo habrá sanción en donde esta tendencia exista. "No toda palpación de los órganos genitales -sostiene Mezger-, es una acción impúdica; lo es solamente si ella tiende a excitar o satisfacer el instinto sexual".

En los llamados delitos de expresión -añade Mezger-, la acción se pone de manifiesto como expresión de un proceso o estado interno y psíquico del autor. Si no se compara el suceso externo con su aspecto psíquico, no se puede juzgar terminantemente acerca de la antijuridicidad y de la tipicidad; si se trata, por ejemplo, de establecer si el autor ha presentado una declaración verídica o falsa sobre su intención al realizar un negocio jurídico.

Se advierte que la conducta típica del delito a comento por tratarse, dentro de la teoría de los elementos subjetivos de lo injusto de un delito de intención, habrá de precisarse esta como en los casos del delito de robo, sin que deba pasarse por alto que siempre los elementos subjetivos recaen sobre los sujetos del tipo.

No debe perderse de vista que cuando en el tipo penal se utiliza la locución "a sabiendas" indica el conocimiento cierto por parte del agente que el acto es contrario a la ley o a las normas de procedimientos y que de él puede derivar algún perjuicio o quebranto patrimonial, (72) (elemento este explicado a la manera en que Fontán Balestra explica tal elemento subjetivo en los delitos de fraude al comercio y a la industria).

72.- Balestra Fontán, Derecho Penal, Parte Especial; p. 100B.

CLASIFICACION DE LOS TIPOS DE ACUERDO CON JIMENEZ HUERTA:

- | | | |
|---|---|--|
| A) En torno a su ordenación metodológica: | <ul style="list-style-type: none"> a) Básicos: b) Especiales. c) Complementados: | <ul style="list-style-type: none"> Privilegiados Agravados. Privilegiados. Agravados. |
| B) En torno al alcance y sentido de la tutela penal: | <ul style="list-style-type: none"> a) De daño: b) De peligro: | <ul style="list-style-type: none"> a') De peligro efectivo o presunto. b') De peligro individual y de peligro común. |
| C) En torno a la unidad o pluralidad de los bienes tutelados: | <ul style="list-style-type: none"> a) Simples. b) Complejos. | |

Del cuadro anterior, extraído del pensamiento de Jiménez Huerta(73), advertimos que el delito a estudio es en orden a su ordenación metodológica fundamental o básico en virtud de que de conformidad con la índole fundamental de su creación "la violación a la norma no implica ni alteración ni agravación de la penalidad"(74) Amén de que "la lesión del bien jurídico (en las hipótesis a que se refieren las fracciones I, II y III del artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito), basta por sí sola para integrar el delito.

No se advierte en ninguna de las hipótesis del tipo en mención y en cuanto a la índole fundamental de su creación o en torno a su ordenación metodológica que se trate de tipos especiales o complementados, pues la pena se considera igual en orden a cualesquiera de las hipótesis que se tipifiquen, si bien, los incisos de la fracción II del numeral a comento pueden dar lugar a la acumulación de penas, lo cual es objeto de estudio en el capítulo respectivo al concurso aparente de normas que se tratará más adelante.

En cuanto a la autonomía y en torno a la misma ordenación metodológica es de observarse que el tipo en cuestión es autónomo e independiente siendo de apreciarse también que resulta complementado el supuesto a que se contrae el inciso c) en relación al inciso b), de la fracción II del artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, por advertirse que son complementados aquellos delitos que presuponen la aplicación del tipo básico que se incorpora".(75)

En torno y alcance del sentido de la tutela penal, el

73.- Jiménez Huerta Mariano, La Tipicidad, pp. 96 y ss.

74.- Ibidem; p. 100.

75.- Ibidem; p. 101.

delito en cuestión presenta en cuanto al tipo hipótesis de daño y supuestos de peligro pues en relación al quebranto patrimonial existe afectación de este en las descripciones legislativas a que se contrae la parte genérica de la fracción II del artículo 91, como igualmente las hipótesis a que se refiere el inciso c) de la fracción II del numeral en cita de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito; siendo de agregarse que por lo que respecta a los demás supuestos se trata de tipos de peligro efectivo dado que en esas hipótesis auténticamente se produce un quebranto patrimonial por afectarse casi el patrimonio no sólo de la institución bancaria sino nacional, a través del atentado del activo de la fé y seguridad en el depositada por la sociedad y por el Estado.

En torno al alcance y sentido de la tutela penal, es de reiterarse que dada la pluralidad de bienes tutelados nos encontramos en el multicitado cardinal 91 ante un tipo complejo, pues como ya lo expresamos, en la comisión de este delito se atenta además de la afectación del patrimonio específico de la institución bancaria y del patrimonio nacional, contra la fé y seguridad del ahorro e inversión, y de la confianza de los particulares en las instituciones nacionales de crédito.

A las anteriores clasificaciones que extraemos de Jiménez Huerta, podríamos agregar el criterio de composición que clasifica a los tipos en normales y anormales, y que tiene como una de sus fuentes Jiménez de Asúa (76), siendo los primeros los que sólo contienen una descripción objetiva como resultan en el caso los ilícitos a que se refieren las fracciones I y II e inciso d) de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito e incisos a), b), c) y e), además de la fracción III, con

76.- Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito; pp. 253 y ss.

tienen elementos subjetivos y por ende se trata de hipótesis legislativas anormales, ya que en ellas se contiene el elemento "a sabiendas" o conocimiento de insolvencia, o sea estados subjetivos del activo que indica el conocimiento cierto que el acto es contrario a la ley o los estatutos y que de él puede derivar algún perjuicio; todo esto sin perder de vista que por su composición son tipos anormales, pues son estos, "los que además de factores objetivos contienen elementos subjetivos o normativos".(77).

De la consulta a Castellanos Tena, procedemos a la clasificación del tipo por su formulación, criterio bajo el cual se clasifican los tipos en casuísticos y amplios. Los casuísticos prevén varias hipótesis. A veces el tipo se integra con una de ellas (alternativos) por ejemplo el adulterio; otros con la conjunción de todos (acumulativos) ejemplo vagancia y malvivencia. Los tipos amplios por su formulación en cambio, describen una hipótesis única (robo), que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.

Es evidente que bajo este criterio se trata en la especie de un delito que por su formulación es casuístico, alternativo y que puede dar lugar a ser acumulativo en los casos a que se contraen los incisos a), b), c), d), y e) en relación a la fracción II y además en relación a las fracciones I y III.

c) Delitos de resultado cortado o anticipado.- (78)
Fuera de clasificación deben destacarse este tipo de delitos que llamó Binding "delitos con resultado cortado" -enseña Jiménez de Asúa- y que el autor alemán indica como aquellos a los que "la impaciencia del legislador hace que la consumación se anticipe".

77.- Castellanos Tena Ferrando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal; pp. 173 y 174.

78.- Véase Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo III; P. 923.

Jiménez de Asúa los llama de "resultado anticipado" por estimar que es más propio este título, destacando de estos ilícitos que se trata de "un caso de los delitos de tendencia interna trascendente, más brevemente dicho delitos de intención o de designio".

Encontramos delitos de resultado anticipado en el artículo 91 materia de nuestro trabajo en las hipótesis constitutivas de ilícito formal y no de resultado material que el propio precepto establece por estimarse en función del bien jurídico tutelado, que producen un quebranto patrimonial de la institución bancaria independientemente de que éste efectivamente se produzca; tal como acontece por presunción legal manifestada en el segundo párrafo de la fracción II del precitado artículo 91 en cuanto previene que en los supuestos a que se refieren los incisos de la propia fracción II a), b), c), d) y e) con la frase "se consideran no comprendidos dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior y consecuentemente, sujetos a iguales sanciones..."

Estimamos que no queda comprendida en esta hipótesis la fracción III del propio artículo 91 constitutiva de un ilícito de naturaleza formal en cuanto al resultado, como tampoco los supuestos que por su resultado son de índole material descritos en las fracciones I y II primer párrafo del precepto en cuestión de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

d) Atipicidad.- La atipicidad es el aspecto negativo de la tipicidad. La atipicidad puede presentarse en forma general o de manera especial. Se presenta en forma general cuando media ausencia de tipo. Hay atipicidad especial por ausencia de uno o varios requisitos que el mismo tipo exige.

En el capítulo anterior quedó precisada la conducta típica manifestada ahora en delitos formales o bien en hechos con necesaria exigencia de resultado material.

Asimismo en el capítulo precedente quedó precisada la necesaria autoría del sujeto activo por tratarse de un tipo especial por cuanto al sujeto, lo que no descarta la participación de otras personas, no empleados o funcionarios bancarios que se resuelve en coautoría, complicidad o encubrimiento en armonía con los artículos 13 y 400 de nuestro Código Penal.

Por cuanto al sujeto pasivo, entendiéndose por él al titular del bien jurídico. Es de precisarse que por no exigir el tipo una condición determinada en dicho pasivo nos encontramos ante un delito impersonal pero, recayendo directamente la acción del infractor en una institución de crédito determinada y resintiéndose esta de inmediato, el peligro o daño consistente en el quebranto de su patrimonio.

En cuanto a los medios comisivos del delito, es de precisarse que dentro de los medios comisivos que se utilizan para la perpetración de los delitos bancarios, el sujeto o sujetos activos utilizan toda una gama de formas, dentro de las que se comprenden el uso de computadoras con múltiples terminales. El uso de computadoras no requiere de un estudio completo o formal de cibernética o computación, ya que es usual que el manejo de la denominada "pantalla" sea a través de un leve conocimiento o uso de la máquina de escribir. Es importante destacar que las terminales, entendiéndose por éstas el lugar donde se concentran las máquinas donde se ejerce el dato comprobado o por comprobarse, alcanzan a todas las sucursales todas las casas matrices e inclusive hoy en día se encuentran en empresas privadas y cuyo servicio les ha sido concesionado (este

servicio se ha dado a llamar el banco en su casa, y si se presta o concesiona mediante una cuenta maestra donde el cliente tenga un capital efectivo comprobable). Las terminales mencionadas cuentan con una casa matriz o cerebro electrónico donde se instala el banco de datos y todos y cada uno de los llamados "diskettes" que contiene todo un cúmulo de información en microfilmación, y que inclusive puede ser operado mediante la línea directa del teléfono hasta la computadora central; cualesquiera o cualquier empleado bancario conociendo las claves para la programación de dicho banco de datos, puede operar dicha computadora y el ejemplo clásico se establece cuando un cliente solicita se "transfiera un pago" u otro tipo de operación que requiera prontitud, inmediatamente el empleado de caja de mostrador o de banca múltiple "previa autorización puede hacer dicho movimiento y esto puede dar lugar a un sin número de conductas delictivas fuera de todo manual de procedimientos, que indican lo contrario, con el consiguiente quebranto patrimonial para la institución bancaria ofendida, cualquiera que sea el caso o situación que se concrete.

El uso de claves es común también en la práctica bancaria y se conocen algunas en razón del manejo que en cambio el cliente debe desconocer; dichas claves pueden ser de autorización, de negativa, de visto bueno, de conocimiento, y existe en función de cada institución bancaria un sin número de éstas; es conocida la clave denominada 1503 (deudores diversos). En los manuales de procedimientos de cada institución bancaria, se describen las claves correspondientes para cada situación específica. Existen también claves que bajo el nombre de cuentas de orden afectan directamente el balance contable de cada institución bancaria, y el uso indebido de dichas cuentas de orden afectando el balance contable, pueden generar el consiguiente perjuicio patrimonial de las instituciones bancarias.

CAPITULO VIII

LA ANTIJURIDICIDAD. Y CAUSAS DE JUSTIFICACION

a) Antijuridicidad.- En el campo de la objetividad y después de proceder a clasificar las leyes en dos grandes órdenes, físicas y culturales, Don Raul Carranca y Trujillo precisa que entendemos por antijuridicidad " la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado", y enseña el maestro que por normas culturales debemos entender, aquellas que "expresan el deber ser por fuerza de la necesidad moral y tan sólo aspiran a la permanencia, pues el hombre puede dejar de someterse a su imperio; se inspiran tan sólo en una cierta valoración de la conducta humana; con reglas de conducta denominadas normas, para diferenciarlas de las leyes físicas, (y alejado de todo totalitarismo que se advierte en algunos autores alemanes o

italianos, agrega) su finalidad específica es, como dice Stammler, "la comunidad de hombres libres", y son obligatorias por exigencia de la vida en la sociedad humana".

El propio maestro explica, "entendido el delito como disvalor jurídico, la conducta humana no significa oposición o infracción a la ley positiva, ya que esta ni manda ni prohíbe. En el articulado del Código Penal encontramos preceptos y sanciones; ni órdenes ni prohibiciones. En el fondo, o de lado o por encima del precepto está la norma de cultura de que el precepto se nutre o se vivifica. La norma "no matarás" del Decálogo se haya subsumida en el artículo 302 del Código Penal de 1931 del Distrito Federal: Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro". Este precepto ni ordena ni prohíbe; la conducta humana causal de un homicidio no lo infringe; lo que infringe o viola es la norma de cultura inmersa en el precepto, el no matarás. La norma, como la raíz del árbol, no se ve, pero sin ella no existirá el precepto, como sin la raíz el árbol."(79)

Don Luis Jiménez de Asúa al prologar la pequeña pero grande obra de Ricardo Franco Guzmán "La Subjetividad en la ilicitud" felicita a este por propugnar "la urgencia de no confundir lo antijurídico y lo culpable afirmando la naturaleza objetiva de la antijuricidad".(80)

Franco Guzmán en dicha obra precisa la contrapartida de la tesis objetiva de la antijuricidad llevada a extremos, a nuestro juicio inadmisibles, de la teoría finalista en la que Welzel termina por excluir "del plano de la culpabilidad las causas de no exigibilidad (estado de necesidad, la fuerza física

79.- Véase Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, T. I; p. 211.

80.- Franco Guzmán Ricardo, La Subjetividad en la Ilícitud, p. 9.

y moral, el mandato de actuación antijurídica), para incrustarlos en el cuadro de los motivos de exclusión de la antijuridicidad, lo que le reprocha como un retroceso de la dogmática penal Maurach, para quien en cambio, verdadero y propio elemento de la culpabilidad sería la imputabilidad. ¡a tales afirmaciones se llega con esta teoría!.(81)

El finalismo de la acción postula que la conducta del delito es ilícita no porque ha realizado la situación que reprueba el Derecho, sino porque es la actuación reprochable de una voluntad dirigida a causar tal situación; de este modo, la ilicitud de la acción se encuentra prevalentemente en su propio desvalor. Y el dolo, considerado como parte integrante de la acción, también es calificado como un elemento general subjetivo de la antijuridicidad que se presenta en todos los delitos dolosos. De esta manera el dolo es separado de la culpabilidad, al que se asignan las más variadas funciones: como factor que plasma el aspecto objetivo de la acción, el dolo es, en el estudio de la realización de la voluntad, EL OBJETO ESENCIAL DEL JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD, mientras que en el grado precedente a la formación de la voluntad, se vuelve objeto del juicio de culpabilidad". En la acción culposa "a pesar de que la acción no sea finalista, sino causal-ciega, se sostiene que el hecho puede ser evitable en forma finalista por consiguiente, estos autores del finalismo, afirman que en la acción culposa no se está frente a una acción causal-ciega, sino frente a una verdadera acción." "Como es notorio, agrega Franco Guzmán, estos conceptos de dolo y culpa, adquieren un contenido completamente distinto al asignarles la postura finalista funciones tan diversas de las que la teoría tradicional les ha reconocido permanentemente."(82) Comentario este, que desde luego hacemos nuestro por ser acorde con las notas de maestros tan prestigiados como Don Raul Carranca

81.- Ibidem.

82.- Franco Guzmán Ricardo, La Subjetividad en la Ilícitud; pp. 86 y 87.

y Trujillo, Don Celestino Porte Petit, Pavón Vasconcelos, Jiménez Huerta y Castellanos Tena, entre otros o, para sólo citar uno de ellos extranjero, Don Luis Jiménez de Asúa.

Ricardo Franco Guzmán, alumno distinguido de Grispigni y reconocido también como ilustre penalista mexicano distingue y agrupa las teorías en torno a la antijuridicidad de la siguiente manera:

1).- De Von Ferneck, Merkel, Graf Zu Dohna y Petrocelli, entre otros desprende la teoría que los distingue como aquéllos que consideran la antijuridicidad íntimamente ligada a la culpabilidad y afirman que no hay ilicitud de una acción, sino en el caso en que sea contraria al deber de no violar las normas.

2).- De Ernesto Von Beling, Mayer y Goldschmidt, entre otros, se sigue la teoría que de manera tajante y radical separa antijuridicidad y culpabilidad.

3).- De Grispigni, Rocco, Messina, Morc, Valleta y Nurullab Kunter se concluye la tesis de que es la antijuridicidad la esencia del delito, pero que admite "un aspecto o momento subjetivo diverso del objetivo en la ilicitud", (83) lo cual denomina en singular tesis de Franco Guzmán como elementos subjetivos en la ilicitud.

4).- La posición de la teoría finalista con Welzel y Maurach, entre otros, que "disolviendo toda unidad y ligando irracionalmente los dos conceptos, extrae el dolo de la culpabilidad para colocarlo en la acción antijurídica". (84)

83.- *Ibidem*; p. 43.

84.- *Ibidem*.

Es justo señalar todavía, que Franco Guzmán al inclinarse por el criterio objetivo en la ilicitud, define su posición de la siguiente manera: "Los que sostenemos la existencia de una antijuridicidad como elemento del delito, con naturaleza objetiva, podemos aceptar que se hable de un aspecto objetivo de la ilicitud, que por consiguiente, se considera como la nota conceptual más importante del delito. Ya sobre estas bases puede admitirse que la culpabilidad sea el aspecto subjetivo de la ilicitud".(85)

"Débase a Franz Von Litz, (enseña Pavón Vasconcelos) el desarrollo de una estructura dualista de la antijuridicidad, en la cual se establece una diferencia esencial entre lo antijurídico formal y lo antijurídico natural".(86) Cuando se transgrede al Estado, existe antijuridicidad formal y materialmente es antijurídica la acción cuando se contraría a la sociedad. Rechaza Pavón Vasconcelos con Jiménez Huerta, a quien cita, semejante concepción dualista porque al transgredirse el orden estatal se contradice a la valoración social "que nutren el contenido y la razón del orden jurídico".(87)

Háblase también de antijuridicidad general o de antijuridicidad penal cuestionándose si "solamente en el campo jurídico puede hablarse de una antijuridicidad general o bien de una penal, civil, o de la correspondiente a cualquier otro ordenamiento jurídico." De la fuente de Petrocelli quien sostiene -enseña Porte Petit-, que "no es posible hablar de una antijuridicidad en general, sino sólo de una antijuridicidad penal, o civil, o administrativa, etc.", concluye el autor en consulta, que "en verdad no debe hablarse de una antijuridicidad

85.- Ibidem; p. 33.

86.- Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; p. 301.

87.- Jiménez Huerta Mariano, La Antijuridicidad, p. 31.

general. Solamente existe antijuridicidad cuando hay violación de un precepto legal, o sea, a partir de ese momento se tiñe o colora la antijuridicidad de una materia determinada..."(88)

La antijuridicidad en el delito previsto en el artículo 91 de la ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, como en los demás ilícitos en la misma ley previstos, carece en su contexto de expresiones que habrían de ubicarlos como elementos de antijuridicidad especial tipificada o sea aquellos elementos que resulta necesario incrustar en el tipo para determinar la ilicitud de la conducta, exponiendo como ejemplos del Código Penal, el maestro Porte Petit las locuciones entre otras, que encontramos en los artículos 140, 162 fracción IV, 197 fracción II, 178 de dicho ordenamiento del Distrito Federal y que son "ilícitamente, sin un fin lícito, ilegalmente, sin causa legítima, a las que se añaden: sin causa justa, sin motivo justificado, o fuera de los casos en que la ley lo permite, entre otros.(89)

Podríamos encontrar en cambio elementos subjetivos de ilicitud en las locuciones del delito a comento, dada la tendencia subjetiva del sujeto en las locuciones: "a sabiendas", "con el propósito de", "si resulta previsible al realizar la operación..."y "...para ocultar la verdadera naturaleza de las operaciones".

Procede precisar que el bien jurídico tutelado en el delito a estudio consiste en preservar la fe y la seguridad tanto del depósito en ahorro como en otras inversiones de los particulares en las instituciones nacionales de crédito y la confianza de éstas motivo de la fe y seguridad que en ellas

88.- Porte Petit Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal; pp. 380 y 381.

89.- Ibidem; pp. 382 y 383.

depositan los particulares, preservándose asimismo el patrimonio específico de la institución bancaria afectada, y además, protegiéndose el patrimonio nacional en cuanto las instituciones de crédito son nacionales.

b) Causas de justificación o de licitud.- "Son causas de justificación -expresa Jiménez de Asúa-, las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal."(90)

Esto es, dichas causas conforman el elemento negativo de la juridicidad impidiendo con ello la integración del delito.

Es unánime que el interés preponderante ante la existencia de otro interés de menor rango y alcance y el consentimiento del interesado fundamentan las causas de justificación.

El Código Penal contiene como causas de justificación la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho consignado en la ley y el impedimento legítimo.

Carrara al abordar la legítima defensa (a la que en nuestro Código Penal para el Distrito Federal se refiere la fracción III del artículo 15), enseña que "la defensa individual adquiere todo su imperio cuando la pública está imposibilitada de actuar". Es entonces, que la función de castigar cesa en la Sociedad "cuando la defensa privada puede ser eficaz y la pública es impotente". Ello es así porque el Estado impotente, debe admitir la defensa particular como "una defensa pública

90.- Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito; p. 284.

subsidiaria".(91)

El Derecho Penal moderno -enseña Pavón Vasconcelos- reconoce la impunidad de quien obra en legítima defensa de bienes jurídicos, pues a pesar del daño causado su proceder se justifica en atención a la existencia de la agresión injusta, con lo cual se impide la integración de la antijuridicidad del hecho. Frente al interés particular del injusto agresor, tiene mayor preponderancia ante la ley, el interés de quien defiende la conservación del orden y la primacía del derecho tutelado."(92)

En cuanto al estado de necesidad legislado en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, el propio Pavón Vasconcelos resumiendo la teoría alemana de su justificación expresa, que los juristas germanos "han acudido al principio de la valuación de los bienes jurídicos, como razón de la exclusión de la antijuridicidad en el estado de necesidad, precisando el ámbito de éste, como causa justificante, cuando el bien jurídico lesionado es de menor valor al salvado".(93)

El cumplimiento de un deber está previsto en la fracción V del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal. En la ley se encuentra la raíz y explicación del cumplimiento de un deber. Don Raúl Carrancá y Trujillo se encarga de prescribirnos "no actúa antijurídicamente el que por razón de su situación oficial o del servicio está obligado o facultado para actuar en la forma en que lo hace, pero el límite de la ilicitud de su conducta se encuentra determinado por la

91.- Carrara Francisco, Programa de Derecho Criminal; p. 231.

92.- Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; p. 320.

93.- Ibidem; p. 330.

obligación o facultad ordenada o señalada por la ley".(94)

Tal afirmación la completa años más tarde Pavón Vasconcelos, quien en su Manual termina por precisar sobre la excluyente a comento, que "aunque los deberes en común, son impuestos por la Ley a quienes ostentan un empleo, autoridad o cargo público, también excepcionalmente corresponde al particular su cumplimiento: el artículo 400, fracción V (recientemente reformado), señala la aplicación de tres meses a tres años de prisión y de quince a sesenta días de multa, al que 'no procure, por los medios lícitos que tengan a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga la obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables' ".(95)

Por lo demás el cumplimiento de un deber y de conformidad igualmente con la ley, puede emanar de una orden de autoridad (que naturalmente exige licitud en su ejecución).

En el mismo artículo 15 fracción V del Código Penal en cita, se encuentra previsto como excluyente de responsabilidad penal el ejercicio de un derecho, el cual como el cumplimiento de un deber tiene su fuente, en la propia Ley que es la que lo origina. Por ejemplo, el artículo 2669 del Código Civil para el D.F., autoriza a los dueños de los establecimientos de hospedaje a retener en prenda hasta el pago respectivo, los equipajes de los huéspedes. Asimismo el derecho de corrección fundado en los artículos 522 y 537, fracción I, del mencionado Código Civil,

94.- Carroncá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, T. II; p. 100.

95.- Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit.; p. 342.

imponen la obligación de educar a las personas sujetas, respectivamente a la patria potestad y a la tutela; en tanto los artículos 423 y 577 del mismo Código, otorgan relativamente la facultad de corregir, a quienes ejercen la patria potestad y la tutela. Por su parte el artículo 347 del Código Penal excluye de penalidad los golpes y violencias "simples" hechas en ejercicio del derecho de corrección, que como está señalado sólo tienen padres y tutores excluyéndose cualesquiera otros terceros, caso éste en el que no tiene aplicación la causa de licitud que se comenta, esto es, el ejercicio de un derecho, como tampoco tiene lugar la aplicación de esta excluyente tratándose de lesiones que traspasen el carácter de "simples", o sea de levisimas, esto es, que tarden en sanar más de quince días aún cuando no requieran de hospitalización, pues entonces tiene aplicación el tipo a que se contrae el artículo 295 del Código Penal vigente, el cual señala: "al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el Juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos. Puede agregarse como ejemplo de licitud, el caso de las conductas típicas alternativas que el legislador configuró para los delitos contra la salud en el artículo 197 del Código Penal Federal; pues de desplegarse tales acciones sin contravenir la Ley (Constitución, Leyes Federales o Tratados Internacionales) u otras disposiciones de carácter sanitario, no se tipificará ilícito alguno.

Son de añadirse a las consideraciones anteriores sobre el ejercicio de un derecho los especiales casos, también, de homicidio o lesiones que suceden en los deportes, sobre todo en aquéllos que no de manera eventual (concurriría en estos el caso fortuito o mero accidental) como en el fútbol o beisbol, sino como en la lucha o el box, tienen como finalidad los

practicantes, agredir al adversario, pues dada la autorización del Estado para su práctica se encuentra justificado el ejercicio del derecho de lesionar al adversario; o bien los casos de lesiones u homicidio con motivo de operaciones quirúrgicas en las que con autorización del Estado, por reglamentación de la actividad médica, se utilizan manos e instrumentos en ejercicio del derecho de sanar enfermos con los riesgos y exigencias respectivos.

El impedimento legítimo, fundado en el artículo 15 fracción VIII, del Código Penal para el Distrito Federal, que no debe confundirse en función del elemento insuperable de hecho por provenir este de una fuerza física irresistible constitutiva de ausencia de conducta (si bien ambas requieren de conducta omisiva), encuentra su fundamento en el interés preponderante, ya que la inactividad del sujeto al contravenir lo dispuesto en una Ley, da lugar a estimar esta segunda norma de mayor valor o de valor preponderante en relación a la ley que en principio ordena. Por ejemplo: el matrimonio del raptor que impide la persecución del responsable a la autoridad.

El artículo 15 fracción VII prescribe que es circunstancia excluyente de responsabilidad penal: "obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía."

Se advierte de dicho artículo que la hipótesis de referencia, en realidad supone el error del agente por "la falta de notoriedad del carácter ilícito de la orden y la ignorancia del sujeto que la cumplimenta".(96) En tales condiciones se

96.- *Ibidem*; pp. 354 y 355.

trata en la excluyente de referencia de una causa de inculpabilidad, aunque no de ilicitud, y a la que sólo por "razones sistemáticas" nos referimos en este apartado.

Las causas de licitud, como advertimos, que constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad y que por ello impiden la conformación del delito cuando se presentan, tienen como fundamento ante una colisión de intereses, la conservación del interés preponderante.

Advertimos también que las causas de justificación no se agotan en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, pues nos encontramos frente a ellas en otros ordenamientos como el Código Civil para el D.F., al referirnos al hospedaje, tutela y patria potestad. Esto es existen causas impeditivas de antijuridicidad consignadas en la Ley o ni siquiera mencionadas en ésta, pero que se resuelven con el conocimiento de las instituciones que conforman la dogmática del Derecho Penal, como sucede en los diversos casos de ausencia de delito en los casos de consentimiento del interesado.

"No habrá, en efecto, -precisa Jiménez de Asúa- robo, violación, rapto de fuerza, detención ilegal, etc., si la persona robada, raptada o secuestrada ha consentido".(97) En estos casos "la ausencia del interés del titular hace permitida la conducta, por permanecer en el ámbito de lo "no prohibido", constituyendo en esa virtud una causa de justificación, aspecto negativo de la antijuridicidad".(98)

c).- La antijuridicidad en el delito materia de este

97.- Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, T. IV; p. 596.

98.- Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; p. 356.

trabajo.- El delito previsto en el artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, como ya vimos protege el patrimonio no sólo de los particulares en sus operaciones de depósito, ahorro u otras inversiones, sino de la Institución Nacional de Crédito y aún de la Nación en la forma anteriormente expuesta; es por ello que toda conducta o hecho que lesione ese bien jurídico es antijurídica.

Estimamos, dentro de las causas de justificación que pueden presentarse en la especie como causas de justificación el estado de necesidad y en tanto causa de licitud aun cuando extra-legal la obediencia debida, sin que pueda hablarse de la existencia de las demás causas de justificación.

Es así que no podemos hablar de legítima defensa pues no es posible pensar que el funcionario bancario realice la conducta típica en repulsa a una agresión actual, violenta e injusta, que indique un peligro inminente para su persona, honor o bienes, o los de un tercero.

En cuanto al ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber la Ley Penal mexicana carece de precepto alguno. que faculte o autorice u obligue a un servidor público de institución de crédito alguna de alterar los registros para ocultar la verdadera naturaleza de las operaciones bancarias, o a realizar operaciones que resulten en quebranto al patrimonio de la institución bancaria en los términos de la fracción II del artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, o de los incisos a), b), c), d) y e) del numeral citado; o que dicho servidor amparado por las causas de licitud en cita, presente datos falsos de solvencia o garantía de los deudores a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros imposibilitándola para que se realicen los ajustes correspon-

dientes en los registros de la institución respectiva.

Consideramos que tampoco podría presentarse en la especie el caso de impedimento legítimo, ante la inexistencia legal de una norma que faculte a un servidor público bancario a tipificar con su conducta cualquiera de los supuestos a que se contrae el artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito; como tampoco podría presentarse el caso de ilicitud en el caso, por consentimiento del interesado, en la inteligencia de que "el consentimiento post factum no origina la inexistencia de delito, ..."el consentimiento debe otorgarse antes de ejecutarse la conducta o bien simultáneamente a ella".(99) La renuncia del derecho de querrela es otro problema que se abordará en otro apartado de índole procesal.

Como ya anticipamos, estimamos que el estado de necesidad sí podría presentarse en los diversos supuestos a que se refiere el artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, ante el dilema del sujeto de perder la vida careciendo el servidor público bancario de recurrir a otro medio operante y menos perjudicial.

Por lo que se refiere a la obediencia debida, como causa extra legal, y ateniendonos sólo a la opinión doctrinal del maestro Celestino Porte Petit, cuando del superior emana una orden "ilícita, conociendo o no su ilicitud el inferior y con obligación de cumplirla, es decir, sin tener poder de inspección. En este caso se trata de una causa de justificación".(100)

99.- Ibidem; p. 359.

100.- Porte Petit Celestino, Programa de la Parte General de Derecho Penal; p. 542.

CAPITULO IX

IMPUTABILIDAD, CULPABILIDAD Y AUSENCIA. DE CULPABILIDAD.

a) **Imputabilidad.**- La imputabilidad y su correcta aplicación, esto es, en tanto presupuesto de la culpabilidad.

Castellanos Tena define a la imputabilidad como "la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal".(101) Conceptualmente -define Vela Treviño-. "la imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuridicidad de su conducta".(102)

101.- Castellanos Tena Ferrando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal; p. 221.

102.- Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad; p. 18.

Negamos toda identidad de imputabilidad con culpabilidad o de entender a la primera como elemento de esta, pues para los efectos de la imputabilidad, ésta es capacidad de autodeterminación, es libertad para actuar conforme a su voluntad, entendiéndose por ella, "la capacidad de autodeterminación conforme con el sentido", (103) incluyendo aquellas "acciones u omisiones en que el sujeto ha estado en posibilidad de inhibir la expresión física de su cuerpo (actividad o inactividad) mediante la propia voluntad, prescindiendo del querer conciente". (104)

Sin embargo Maurach expresa que "la capacidad de autodeterminación merece la consideración de presupuesto de la imputabilidad y, por tanto, de presupuesto de todo juicio de culpabilidad" (105) y después este autor al manifestarse en relación a las acciones libres en su causa "se suma a la corriente que incluye la actio libera in causa como una excepción aparente al principio de culpabilidad, pues si bien el parágrafo 51 del Código Penal alemán ubica la imputabilidad en el tiempo de la comisión del hecho, debe atenderse a la circunstancia de que es el propio autor quien al impulsar como ser capaz de conocimiento y determinación la causalidad, se sirve de su persona como un mero instrumento por lo que dicha acción provoca la inimputabilidad". (106)

Con Vela Treviño, Pavón Vasconcelos y el criterio dominante en relación a la ubicación de la imputabilidad afirmamos con Ricardo C. Núñez, ilustre penalista argentino, quien así la define, que la imputabilidad es "la capacidad de ser

103.- *Ibidem*; p. 17.

104.- Pavón Vasconcelos Francisco, *Imputabilidad e Inimputabilidad*; p. 46.

105.- *Ibidem*; p. 87.

106.- *Ibidem*; p. 79.

culpable penalmente".(107)

Conforman el desarrollo de este capítulo de la culpabilidad entendida como juicio de reproche de acuerdo con la escuela normativa, los siguientes temas: a).- la imputabilidad en tanto presupuesto; b).- las formas de culpabilidad, que constituyen la referencia psíquica entre la conducta o hecho y su autor; y c).- la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad, pues de existir una de ellas desaparecería la culpabilidad del sujeto.

Nos inclinamos hacia la corriente doctrinaria que ubica la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, entendida como el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetra.

Vicenzo Manzini en su tratado (diez tomos), al abordar el tema de los presupuestos, distingue de estos los del delito y los del hecho, indicando que son éstos "los elementos jurídicos o materiales. anteriores a la realización del hecho, cuya existencia se requiere para que éste, previsto en una norma penal integre un delito". En tanto que deben entenderse por presupuestos de delito, los "elementos, positivos o negativos, de carácter jurídico, anteriores al hecho, y de los cuales depende la existencia del título delictivo de que se trate".(108)

La razón de señalar lo que por presupuesto deba entenderse atiende a que tanto Vela Treviño,(109) como Pavón Vasconcelos,(110) expresan cuatro posiciones doctrinarias que

107.- Niñez C. Ricardo, La Culpabilidad en el Código Penal; p. 33.

108.- Manzini Vicenzo, Trattati di Diritto Penale, T. I; p. 521.

109.- Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad; pp. 25-34.

110.- Pavón Vasconcelos Francisco, Imputabilidad e Inimputabilidad; pp. 83-92.

consideran la ubicación sistemática de la imputabilidad en la teoría del delito: a).- la que la considera como presupuesto general del delito; b).- la que estima a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad; c).- la que señala a la imputabilidad como elemento de la culpabilidad; y d).- la que sostiene que la imputabilidad es un presupuesto de la punibilidad.

Entre otros -indica Pavón Vasconcelos-, (111) Marsich y Battaglini consideran a la imputabilidad como presupuesto general del delito.

Así, Marsich expresa que "siendo el delito un hecho surgido del hombre, no puede tener realidad sin la preexistencia de un sujeto imputable, de una norma penal y de un bien susceptible de lesión; como éste a su vez, supone un titular, resulta igualmente presupuesto del delito el derecho subjetivo del sujeto pasivo". Battaglini señala como presupuesto del delito, de carácter general, a la imputabilidad, substrayéndola del elemento subjetivo al considerarla con el aludido carácter por no ser elemento de la infracción penal.

No concordamos con dicha corriente doctrinaria, pues de conformidad con Vela Treviño, pensamos que "la imputabilidad es atributo necesario del sujeto autor de la conducta productora del resultado y referida al momento en que se manifiesta esa conducta en el mundo exterior, por lo mismo, no es anterior y ajena al delito, forma como tendría que entenderse si se la considerara en general como un presupuesto del delito". (112)

A Feuerbach se debe la paternidad de la idea de que la

111.- *Ibidem*; pp. 85 y 86.

112.- Vela Treviño Sergio, *Culpabilidad e Inculpabilidad*; p. 28.

imputabilidad es presupuesto de la punibilidad, lo cual también consideraron Radbruch y Brunch y se dice que también Von Litz, aun cuando como lo precisa Pavón Vasconcelos, (113) Jiménez de Asúa puso de manifiesto que "Von Litz jamás desconoció la significación de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad". (Tratado, T. IV, p. 82).

Sostiene esta corriente, que la pena produce efectos intimidatorios en razón de la "amenaza de la ley"; y por ello "sólo es jurídico-penalmente imputable la persona sobre quien la ley, de modo general puede producir un efecto con su amenaza y, en consecuencia, imputabilidad es posibilidad de imponer la pena". (114)

Vela Treviño al recoger las tesis anteriores, de manera por demás sencilla, indica que "es obvio que respecto de un sujeto reincidente, la intimidación que produce la amenaza legal de sufrir una pena no surte efecto legal alguno. Por esto, si la imputabilidad tiene como fundamento la capacidad de intimidación de la amenaza legal, llegaríamos al absurdo de tener que considerar inimputables a los sujetos más peligrosos socialmente". (115)

Por otra parte, el criterio consistente en considerar a la imputabilidad como elemento de la culpabilidad debe desde luego desecharse, por mucho que sostengan esta tesis Edmundo Mezger, Kaufmann, Braumann y Schmidhauser, pues como razona Pavón Vasconcelos, "oportuno resulta recordar que la teoría normativa de la culpabilidad, al igual que la psicológica, para establecer el concepto de culpabilidad requiere de la existencia de una

113.- Pavón Vasconcelos Francisco, *Imputabilidad e Inimputabilidad*; p. 88.

114.- Vela Treviño Sergio, *Culpabilidad e Inculpabilidad*; p. 33.

115.- *Ibidem*.

conducta o hecho típico antijurídico, pues al decir de Welzel, mientras la antijuridicidad es la relación entre la acción y el orden jurídico, que establece divergencia objetiva entre una y otra, la culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción injusta no obstante haber podido hacerlo".(116) Es de precisarse de antemano, que en tanto la culpabilidad es un juicio de reproche "la imputabilidad es la capacidad de conocer y valorar el deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente".(117)

Desechadas las tres destacadas teorías en orden a la ubicación de la imputabilidad en la dogmática o teoría del delito, queda por analizar la que la considera como presupuesto de la culpabilidad, y a la cual nos adherimos.

Jiménez de Asúa sostiene la tesis de que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad, lo cual también hace Pavón Vasconcelos, por sostener el tratadista hispano, que "la imputabilidad como presupuesto psicológico de la culpabilidad es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente".

En ello habla Vela Treviño de una doble capacidad, genérica y específica. Dicha capacidad genérica requiere del sujeto desarrollo suficiente de las facultades intelectivas en razón del entendimiento de la calidad de la conducta (mayoría de edad), amén de salud mental, para una correcta valoración de lo jurídico o antijurídico (con lo cual no cuentan ni los enfermos mentales, ni los sordomudos). Pero además se requiere capacidad específica, -sigue exponiendo Vela Treviño cuyas ideas resumimos-, esto es, que producido el hecho típico haya contado

116.- Pavón Vasconcelos Francisco, Imputabilidad e Inimputabilidad; p. 88.

117.- Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, T. V; p. 86.

el sujeto con libre albedrío al decidirse para ejecutarlo con la respectiva voluntad que le habría llevado a la posibilidad de decidirse y obrar de otra manera, amén del conocimiento, por parte del mismo sujeto, del carácter injusto del acto que se realiza.

De la propia ley se pueden desprender dichas cualidades genérica y específica de capacidad o imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, toda vez que los artículos 67 y 119 del Código Penal para el Distrito Federal, establecen mayoría de edad y contar con salud mental (por ejemplo, no padecer sordomudez que es especie del segundo requisito) como condiciones mínimas que genéricamente debe reunir el sujeto que tipifique un ilícito además de las condiciones de imputabilidad específica que se desprenden a contrario sensu de la fracción II del artículo 15 del propio Código Penal y de la que se sigue, que en aquellos casos en que el sujeto carezca de la posibilidad de conocer el contenido antijurídico de su conducta al producirse el resultado típico, no cumpliría con el presupuesto de imputabilidad para fincar el juicio de reproche, y por ello, se estará ante la presencia de un inimputable.

El propio Vela Treviño advierte que "como es de verse, la imputabilidad no puede considerarse como anterior o ajena al delito, sino formando parte del propio concepto de delito y contemporáneo con él".(118)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tesis relativa al amparo directo 4929/1968, resuelto el 19 de Febrero de 1969, por unanimidad de cuatro votos, bajo la ponencia del Ministro Ezequiel Burguete Farrera, y bajo el rubro "MENORES, NO DEBEN SER CONSIDERADOS COMO REINCIDENTES" ha sostenido que "no es

118.- Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad; p. 33.

factible considerar reincidente a un menor que comete un nuevo delito cuando se encontraba cumpliendo una medida correccional, ya que con respecto al delito que dió lugar a ella no es culpable, pues la culpabilidad, o sea el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad penal de la conducta antijurídica, supone como presupuesto la imputabilidad, o sea la capacidad de entender y de querer, y un menor obviamente no está en la aptitud intelectual y volitiva constitutiva del presupuesto necesario de la culpabilidad y en consecuencia no puede incurrir en hechos antijurídicos en cuya consumación su conducta se adecúa a las hipótesis por la ley Penal, pero su actividad no es constitutiva del delito, porque, como se dijo, no existe culpabilidad". (Tesis publicada en el Informe del más alto Tribunal de la República, correspondiente al año de 1969).

b).- Causas de inimputabilidad.- La inimputabilidad es la ausencia de la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y para autodeterminarse.

Son los criterios biológico y psicológico, y mixto (que se sigue en México y por conjunción de ambos), los que por minoría de edad, en el primer caso, o por perturbación de la conciencia (que impide el conocimiento de la ilicitud de la acción) pueden determinar las causas de inimputabilidad.(119)

En diversa forma y como ya vimos, las causas de inimputabilidad se distinguen:

a).- Como causas de inimputabilidad genérica normativa (por determinarla la ley), y es la minoría de edad, a la que específicamente se refiere el artículo 119 del Código Penal para el Distrito Federal (aplicándose las medidas de seguridad a que

119.- Véase: Pavón Vasconcelos Francisco, Imputabilidad e Inimputabilidad; pp. 96 y ss.

se refiere el artículo 120 siguiente de dicho Código, y que pueden consistir en apercibimiento, o sea conminación que el Juez hace a una persona para hacer o dejar de hacer algo, o internamiento en los términos del dictado que al efecto dispongan los Consejos Tutelares para Menores). En relación a los sordomudos, es el artículo 67 del Ordenamiento en cita, del que se desprende para ellos su reclusión en establecimientos especiales con la finalidad de ser educados o instruidos teniéndose en cuenta su estado de sordomudez.

b).- Por ausencia de imputabilidad específica, las tres hipótesis que se desprenden de la fracción II del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, que son trastorno mental o desarrollo mental retrasado o conducirse de acuerdo con tal comprensión.

Asimismo la hipótesis de miedo grave que se desprende de la fracción VI del artículo 15 del Código Penal citado; y

c).- Por inimputabilidad absoluta, o sea la de los enfermos mentales por deficiente desarrollo (oligofrénicos) y a los que en general son enfermos mentales y que tales casos contemplan los artículos 67 y 68 del Código Punitivo para el D.F., así como la propia fracción II del artículo 15 del mismo Ordenamiento.

En todos estos casos no hay responsabilidad ante la inexistencia de delito, por lo que para asegurar el interés de la sociedad en el restablecimiento del orden jurídico alterado amén de las medidas de seguridad que se impongan, los artículos 1911 y 1919 a 1922 del Código Civil para el D.F., así como 32 del Código Penal para el D.F., dan lugar a responsabilizar a quienes tienen representación legal de los inimputables.

Quedan aparte aquellas conductas o "actos que habiendo sido queridos mientras el autor era imputable -y por tanto libres en el momento causal-, se verifican cuando el agente no está ya en estado de imputabilidad", (120) pues estas conductas denominadas en forma unánime por la doctrina "libres en su causa", se integran de; a) una conducta, b) de una configuración típica, c) del nexa causal, cuando se trata de delitos materiales de resultado, y d) de dos diferentes momentos que son, el de la puesta de la causa y el de la producción del resultado.

En estos casos la imputación del delito "se retrotrae al estado anterior" (121) ya que en él el sujeto satisface todos los requisitos necesarios para ser considerado un imputable.

Así por ejemplo, el que en estado de ebriedad o drogado, por ingestión voluntaria respectivamente de alcohol o consumo de psicotrópicos o estupefacientes, comete un ilícito, como cualesquiera de los supuestos típicos a que se refiere la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, debe responder de la comisión del delito (artículo 15, fracción II del Código Penal, in fine).

Debe subrayarse en cuanto al miedo grave, que es causa de inimputabilidad porque produce la afectación o pérdida de las facultades intelectivas y de la actuación conforme a una valoración moral. Miedo, proviene del término latino "metus", significa inquietud o ansiedad. "El miedo difiere del temor -enseña Don Raúl Carrancá y Trujillo, haciendo referencia a Octavio Véjar Vázquez-, en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de dentro para

120.- Maggiore Giuseppe, Derecho Penal, T. I, p. 505.

121.- Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, T. II, p. 46.

afuera y el temor de afuera para adentro".(122) El miedo es alteración de psique que requiere para su eficacia -dice Vela Treviño con acierto-, como causa de inexistencia de delito dos elementos, ser grave y ser contemporáneo a la producción del resultado típico.(123) En cambio, el temor fundado, que también se encuentra contemplado como causa excluyente de responsabilidad en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal del D.F., da lugar a la inexistencia del delito pero no por ausencia de imputabilidad, sino por ausencia de culpabilidad, ya que el temor fundado es una forma de la "vis compulsiva" y finca su procedencia precisamente en la coacción moral que se ejerce sobre la persona mediante la amenaza de un peligro real, inminente y grave, que la obliga a actuar en forma tal que produce un resultado típico y antijurídico, no obstante lo cual el delito no se integra por faltar la posibilidad de formular el juicio de reproche, puesto que no es exigible racionalmente una conducta a la realizada.

El miedo, cabe añadir, puede originarse por una causa real, "fundada", si bien Carrancá y Trujillo concibe el temor "que acusa transitoriedad (en tanto el miedo cierta permanencia), porque deriva de una amenaza concreta, real o imaginaria, que es su causa directa".(124) Se aprecia que para el maestro Don Raúl Carrancá la causa real del temor puede fundarse también en un acontecer imaginario. Si el miedo grave, por último, nulifica la capacidad de entendimiento y la libre expresión de voluntad, constituye causa de inimputabilidad.

Es para Pavón Vasconcelos el miedo grave una hipótesis de trastorno mental transitorio, "por suponer una grave perturba-

122.- Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano; p. 293.

123.- Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad; p. 111.

124.- Véase: Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano; p. 293.

afuera y el temor de afuera para adentro".(122) El miedo es alteración de psique que requiere para su eficacia -dice Vela Treviño con acierto-, como causa de inexistencia de delito dos elementos, ser grave y ser contemporáneo a la producción del resultado típico.(123) En cambio, el temor fundado, que también se encuentra contemplado como causa excluyente de responsabilidad en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal del D.F., da lugar a la inexistencia del delito pero no por ausencia se imputabilidad, sino por ausencia de culpabilidad, ya que el temor fundado es una forma de la "vis compulsiva" y finca su procedencia precisamente en la coacción moral que se ejerce sobre la persona mediante la amenaza de un peligro real, inminente y grave, que la obliga a actuar en forma tal que produce un resultado típico y antijurídico, no obstante lo cual el delito no se integra por faltar la posibilidad de formular el juicio de reproche, puesto que no es exigible racionalmente una conducta a la realizada.

El miedo, cabe añadir, puede originarse por una causa real, "fundada", si bien Carrancá y Trujillo concibe el temor "que acusa transitoriedad (en tanto el miedo cierta permanencia), porque deriva de una amenaza concreta, real o imaginaria, que es su causa directa".(124) Se aprecia que para el maestro Don Raúl Carrancá la causa real del temor puede fundarse también en un acontecer imaginario. Si el miedo grave, por último, nulifica la capacidad de entendimiento y la libre expresión de voluntad, constituye causa de inimputabilidad.

Es para Pavón Vasconcelos el miedo grave una hipótesis de trastorno mental transitorio, "por suponer una grave perturba-

122.- Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano; p. 293.

123.- Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad; p. 111

124.- Véase: Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano; p. 293.

ción angustiosa en el ánimo del sujeto".(125) Idea con la que estamos de acuerdo porque el miedo requiere de cierta permanencia, siendo el temor transitorio.

La fracción II al final, del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, prescribe como excluyente de responsabilidad penal casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.

Es interesante señalar que por estado de inconciencia entendemos "las situaciones en las que el sujeto se encuentra privado de la conciencia a virtud de las causas señaladas en la ley, lo cual no le impide realizar movimientos corporales en los que está ausente la voluntad."(126) En este estado de inconciencia se puede ubicar a quien sufre trastorno mental a que se refiere la primera parte del artículo 15 fracción II, del Código Penal.

Dichos estados de inconciencia pueden ser entre otros, fisiológicos y patológicos, siendo éstos últimos que no los primeros, causantes de inimputabilidad.

Son estados de inconciencia fisiológica el agotamiento, el sueño, el sonambulismo, el estado hipnótico, y otros como el tic nervioso, que constituyen como vimos en el capítulo respectivo, ausencia de conducta por faltar el coeficiente psíquico identificado con la voluntad.

Es de señalarse que el estado pasional, como los celos, puede impulsar al sujeto a realizar hechos delictivos y "el problema radica en establecer si su imputabilidad ha sufrido me-

125.- Pavón Vasconcelos Francisco, *Imputabilidad e Inimputabilidad*; p. 106.

126.- Seguimos a Pavón Vasconcelos, *Loc. cit.*

noscano o sea disminución de su capacidad de comprensión del hecho y de su carácter ilícito, así como de la libre determinación para su cometimiento". Se trata indudablemente, de sujetos imputables quienes bajo estado pasional no sufren "trastornos de la mente" sino, como indica el autor en consulta, "trastornos de la actividad mental del sujeto", que podrían dar lugar a una "perturbación de la conciencia", pues quien actúa "bajo el impulso de la pasión no percibe en forma normal las circunstancias exteriores bajo las cuales actúa", como el enamorado.

Sin embargo tomándose en cuenta que los estados mentales en que se encuentran los sujetos al realizar actos típicos y antijurídicos son relevantes, en orden a la inimputabilidad, cuando son de orden patológico, "o sea que se tiene en consideración la causa y no solamente la consecuencia", (127) los celos no constituyen causa de inimputabilidad.

Así lo ha establecido el Supremo Tribunal de la Nación en la siguiente ejecutoria:

"TRASTORNO MENTAL COMO EXCLUYENTE. CELOS.- ...lo expuesto por el acusado en sus declaraciones pone de manifiesto, de inmediato, la ausencia de un trastorno de carácter patológico, pues tal no puede serlo el estado pasional en que se encontraba por celos retrospectivos que sentía respecto de un sujeto contra quien tenía la verdadera tendencia homicida subconsciente, estado anímico que no pudo superar a la voluntad del quejoso en tal forma que lo hiciera incapaz de autodeterminarse del quejoso en tal forma que lo hiciera incapaz de autodeterminarse.
Amparo Directo 2419/59. Gabriel Soto Romero.-

127.- Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inimputabilidad; p. 73.

Febrero 4 de 1960.- Unanimidad de 4 votos.
Ponente: Mtro. Angel González de la Vega.- Sexta
Epoca, Vol XXXII, Segunda Parte. Pág. 106.

Son estados de inconciencia patológicos los que originan trastornos mentales transitorios; los causados por ingestión involuntaria de substancias tóxicas embriagantes o estupefacientes (o psicotrópicos), así como las tox infecciones graves.

Se han colocado entre los llamados trastornos mentales transitorios de origen patológico, los ocurridos con motivo de la gestación, aunque recientes investigaciones han concluido, que los infanticidios ocurridos con motivo del parto sucedieron por ser sus autoras "sujetos anormales: en cierta forma imbéciles o psicópatas". También se han colocado en esta especie, los estados crepusculares, o sea "aquellos en donde existe en el sujeto un estado letárgico de intensidad más o menos acreditada que se acompaña de sensaciones diferentes y alucinatorias, o de pseudo-percepciones, o bien como estados agudos con alteración de la conciencia, según se advierte en los epilépticos, o en casos de lesiones cerebrales o de graves intoxicaciones".

Asimismo concurren trastornos psíquicos de muy diversa índole como los que pueden presentarse en la percepción, en la memoria, en el recuerdo, en el pensamiento, en la afectividad, en el instinto, etc., siendo la psicopatología forense la encargada de dictaminar la inimputabilidad, imputabilidad disminuida o imputabilidad penal del sujeto en cada caso concreto, en orden a la gravedad del trastorno, ausencia de este y origen del mismo.

En cuanto a los estados de inconciencia determinados por la ingestión de substancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes o por tox infecciones graves, deben ser los trastornos mentales transitorios ocasionados en forma accidental e involuntaria pues de lo contrario se caería en acciones libres en su causa, como la psicosis de intoxicación bajo la cual delin-

que con absoluta carencia de facultades tanto intelectivas como volitivas el ebrio que culposa, voluntaria o preordenadamente y en forma ocasional, o por hábito, se halle colocado delinquiendo el sujeto inculpaible.

c) *Imputabilidad disminuida*.- "La introducción de la capacidad de culpabilidad disminuida en el año de 1933, vino a responder a una antigua exigencia de importantes psiquiatras", (128) expresa Jeschek en su tratado, "no se trata, de una oscura categoría intermedia de semi-inimputabilidad introducida entre la responsabilidad jurídico-penal y la incapacidad de culpabilidad. La capacidad de culpabilidad disminuida constituye, por el contrario, una clase de capacidad de culpabilidad y se presenta por ello únicamente como una causa de atenuación facultativa de la pena por disminución de la culpabilidad.

No parece justo que sujetos cuya capacidad de comprensión o de acción resulta fuertemente menoscabada por perturbaciones psíquicas sean tratados como plenamente sanos". (129)

En la imputabilidad disminuida indica Maurach, se trata de una situación en la que el autor es imputable, "pero para alcanzar el grado de conocimiento y dirección de un sujeto anímicamente normal, debe esforzarse lo más de su voluntad". (130)

En México regulan la imputabilidad disminuida los Códigos de Guanajuato, Jalisco y Veracruz, Ordenamiento éste en el que se otorga al Juez en estos casos la facultad de aplicar al

128.- Jeschek Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, T. I; pp. 607 y 608.

129.- *Ibidem*.

130.- Según cita de Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit.; p. 119.

autor del hecho "... hasta la mitad de la sanción que corresponda al delito cometido o una medida de seguridad".

Salvo los casos de trastorno mental transitorio ocurridos con motivo de la gestación y los casos de sordomudez y monorria de edad (por estimar que semejantes estados son detectados desde el momento de solicitar empleo en las instituciones bancarias); los demás casos de inimputabilidad mencionados pueden presentarse en la comisión de los delitos bancarios.

d) La Culpabilidad; dolo y culpa.- Previo al estudio de dolo o culpa (que son las formas que asume el contenido de la culpabilidad en orden a la distinta vinculación subjetiva que se da entre un sujeto y un hecho o sea, a la diferente referencia anímica o conducta psicológica que guarda el sujeto al cometer su acción), debe aunque sea someramente, hacerse una nueva referencia histórica en torno a la culpabilidad.

El Derecho Penal punitivo fué eminentemente objetivo, sujetándose la pena al autor en función del resultado de su conducta prescindiéndose de su conciencia y voluntad. El principio "no hay pena sin culpa" se substituía por el de "responsabilidad por el resultado" despersonificándose la voluntad y reconociéndose inclusive a los animales.

Es hasta el Derecho Romano que se tiene la noción del dolo y de la culpa pero sin que se hubiese elaborado una doctrina general acerca de estos conceptos. "Gradualmente, expresa Von Litz, la idea de la infracción va tomándo en si misma la característica de la culpabilidad, y por su perfeccionamiento, se mide el progreso del Derecho Penal".(131) Ya no directamente sino

131.- Von Litz Franz, Tratado de Derecho Penal, T. II; p. 378.

que, de Pavón Vasconcelos extraemos ahora otra cita al mismo autor en cuanto precisa que "en todo delito se requiere una mala intención, dolo. En la culpa existe un quasi crimen que sólo puede ser castigado con penas arbitrarias. Esto ocurría en Prusia en 1620, e igualmente en Bavaria aun en 1813. Así fué elevada la culpa a una de las formas generales de la culpabilidad, pero sin llegarse a delimitar su concepto".(132)

Es recientemente, ya con la teoría clásica de la dogmática jurídico-penal que surgen las doctrinas de la culpabilidad bajo las cuales se puede comprender su naturaleza y contenido. Tales doctrinas son la psicológica, cuyos principales expositores son Von Hippel, Sebastián Soler y Ricardo C. Núñez; y con mucha mayor fuerza lógico-jurídica, a lo que se añade su vigencia a la fecha, la doctrina normativa de cuyos expositores destacan Franck, Beling, Goldschmidt, Freudenthal, Litz, Hegler, Mezger y Jiménez de Asúa.

Welzel, expositor del finalismo (escuela a la que nos referimos en el capítulo anterior), y Reinhart Maurach, autor del concepto de "atribuibilidad para la estructuración de la culpabilidad", no son capaces a nuestro juicio, de superar la doctrina normativa.

En síntesis, la culpabilidad para los psicólogos, consiste en el reconocimiento de la relación psicológica existente entre el hecho concreto antijurídico y su autor.

En cambio, para los normativistas la culpabilidad es la desvalorización que le resulta al sujeto en un juicio de reproche que tiene como base precisamente ese contenido o nexa psicológico.

132.- Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; p. 353.

Soler, enseña Fernández Doblado en su obra Culpabilidad y Error.(133) expresa en síntesis, que el contenido de la culpabilidad está formado por los elementos siguientes: 1°.- un elemento normativo que consiste en la vinculación del sujeto a su orden jurídico; y 2°.- un elemento psicológico que resulta de la vinculación del sujeto a su hecho. Indica el autor argentino que "ambos elementos son de carácter psicológico pero en tanto que en el segundo se atiende a una relación entre sujeto y hecho despojada de toda valoración, en el primero se examina fundamentalmente la posición del sujeto en una instancia de responsabilidad, frente al orden jurídico del que forma parte como elemento capaz. Dentro de este elemento precisa ver si el sujeto ha cometido con su conducta un acto de desvalor como negación concreta de aquél. Queda entonces, como elemento genérico de la culpabilidad la conciencia en el autor de la criminalidad de su acción. En cuanto a la acción dolosa, el autor relaciona intuitivamente el orden moral y buenas costumbres en torno al orden jurídico propio. Añade, que en relación a los hechos ilícitos, algunos son cometidos por imputables y de éstos algunos son culpables".(134)

Ricardo C. Núñez, discípulo de Soler, sostiene que la característica de la culpabilidad debe encontrarse en el principio dominante en razones de política criminal, de la autoría moral. En efecto, el delincuente, además de ser autor material de la infracción penal, es su autor en lo moral, en tanto que fuera de toda valoración y apreciación del valor jurídico de la conducta, sólo se exige que el sujeto quiera el hecho conociéndolo como tal. Quien obra con culpa inconsciente no tiene conciencia de la criminalidad de su acto. La culpabilidad,

133.- Fernández Doblado Luis, Culpabilidad y Error; pp. 23 y ss.

134.- Véase también Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, T. II; pp. 67 y ss., según cita de Fernández Doblado Luis, Loc. Cit.

asevera el autor en cita, no implica la violación de un deber jurídico, puesto que la ley no admite el error de Derecho, sino el de hecho.

Franz Von Litz fundamenta la culpabilidad -en cambio-, en el carácter y conducta antisociales del autor; la culpabilidad surge cuando a la desaprobación jurídica del acto, se añade la que recae sobre el autor.(135)

La relación subjetiva entre autor y hecho sólo es psicológica, pero en relación con la ordenación jurídica, es considerada valorativamente.

El contenido material de la culpabilidad se deduce de la significación sintomática del acto culpable respecto de la naturaleza peculiar del autor. La culpabilidad radica en el carácter antisocial del autor por el acto cometido. La conducta antisocial deriva a su vez de la imperfección del sentimiento del deber social necesario para la vida común del Estado.(136)

Edmundo Mezger, define la culpabilidad como "el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan frente al sujeto la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica."(137)

Para que alguien pueda ser castigado, sostiene el maestro de la Universidad de Múnich, no basta que haya procedido

135.- Véase también Nuñez C. Ricardo, La Culpabilidad en el Código Penal; p. 7 y ss., según cita de Fernández Doblado Luis, loc. cit.

136.- Véase también Von Litz Franz, Tratado de Derecho Penal, T. II; p. 9 y ss. según cita de Fernández Doblado Luis, loc. cit.

137.- Mezger Edmundo, Tratado de Derecho Penal, T. II; p. 9 y ss. según cita de Fernández Doblado Luis, loc. cit.

antijurídica y típicamente, sino que es preciso también que su acción pueda serle personalmente reprochada. La situación de hecho psicológica que yace en el agente, solamente se convierte en culpabilidad como un proceso reprochable al mismo, mediante el juicio de culpabilidad, que es un juicio de referencia a una determinada situación de hecho.

Es precisamente el reconocimiento de esta valorización normativa, lo que se designa con el nombre de concepción normativa de la culpabilidad. Pero la culpabilidad opera para Mezger como una propiedad del injusto. Sin la existencia de una conducta injusta no hay culpabilidad, pues esta es el límite pero no fundamento independiente de la pena, y aparece en relación de simple dependencia con lo injusto.

La norma de deber como norma de determinación que se dirige a la conducta del individuo, deriva de la norma de valoración (doble función de la norma jurídica).

Por considerar la más brillante sobre el normativismo, la de Jiménez de Asúa, la exponemos al final de este apartado dando paso a la teoría de Reinhart Maurach, toda vez que al referirnos con anterioridad al finalismo de la acción quedó comentado, aunque a grandes rasgos, el pensamiento de Welzel.

Maurach; catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Múnich, empieza por afirmar como Mezger, que "no hay culpabilidad sin acción típica antijurídica, y la simple mención de que haya una acción (conducta) que va a ser motivo de una calificación de culpabilidad o no, conduce a saber la existencia de otro autor imputable."(138)

138.- Seguimos en cuanto a este tratadista a Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad; pp. 161 y ss.

La acción finalista no ha conseguido, afirma Maurach, que se convierta en realidad el principio de "culpabilidad es reproche personal", (139) pues conforman la culpabilidad para el finalismo: 1° la imputabilidad; 2° la posibilidad del conocimiento del injusto; y 3° la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma. Pero ello no responde a la esencia de la culpabilidad, ya que tratándose de personas a quienes no es posible considerar culpables por no cumplir los presupuestos de culpabilidad y que hayan incurrido en un injusto típico, quedan sometidos a la aplicación de medidas de seguridad; resultando entonces, estrecho el principio del finalismo de que "la culpabilidad es reprochabilidad" atendiendo al contenido que según esta teoría corresponde a la culpabilidad.

El reproche conforme al finalismo, es personalísimo, pero existe variación substancial entre la teoría y la realidad que hace inoperante el principio de la exigibilidad como parte del juicio de reproche. La exigibilidad, en efecto, tiene como fundamento la posibilidad de adecuar la conducta a la norma, entendida esta posibilidad en forma genérica, puesto que es la ley la que establece genéricamente el límite de exigibilidad de ciertos comportamientos, como ocurre en el llamado exceso en la legítima defensa; significa esto que no hay un proceso individualizado para determinar la exigibilidad, y por ende, el reproche en función de la exigibilidad no satisfecha, tampoco puede ser individual sino que es genérico.

Tal crítica de Maurach lo lleva a agregar el concepto de la atribubilidad en la culpabilidad a los tres componentes citados del finalismo, definiendo dicho cuarto elemento como "el juicio de que el autor, al cometer su acción típica y antijurídica, no se ha conducido conforme a las exigencias del

139.- Véase también Maurach Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Tomo II; pp. 13 y ss.

Derecho".

La atribuibilidad además, tiene grados, que se determinan, el primero, cuando se precisa que el autor de una conducta podría personalmente actuar de un modo diferente, y el segundo, cuando el autor de la conducta no responde a las exigencias que le son impuestas por el Derecho. Sólo, cuando se han satisfecho las características de la atribuibilidad, puede decirse que el acto concreto y particular puede ser atribuido a una persona y considerarlo como propio de ella, para entonces, pasar a la forma cómo debe ser atribuido el acto a la persona particular, que es ya, propiamente, la determinación del reproche en orden a la culpabilidad.

Debe entonces entenderse que la atribuibilidad es "relación jurídicamente desaprobada por el autor con su acto típico y antijurídico, que ofrece la base de las distintas posibilidades de reacción del Juez penal.(140)

En esencia, la atribuibilidad es una relación entre un hombre y su conducta típica y antijurídica, que proporciona al Juez diferentes posibilidades de reacción, cuando el comportamiento resulta, también, culpable. Es bajo esta concepción que pueden aplicarse penas al imputable y medidas de seguridad al inimputable, siendo estas formas de reacción del Juez, a las que Maurach se refiere.

Los dos grados de atribuibilidad a que Maurach se refiere vienen a ser, la responsabilidad por el hecho, que corresponde únicamente a la posibilidad de considerar como propio de alguien, cierto acontecimiento típico y antijurídico, sin que se hable aun de reproche, y, en un segundo término, la formula-

140.- *Ibidem*; p. 34, según cita de Vela Treviño Sergio, loc. cit.

formulación del reproche que toma como base la responsabilidad por el hecho.

La responsabilidad por el hecho opera como juicio de disvalor, o sea, que se vincula un hecho con una persona y se desaprueba la forma en que el comportamiento se realizó, tomando como punto comparativo lo que otro podía hacer en similares condiciones. La desaprobación se basa "en que otro ha actuado peor a como los demás hubieran actuado", (141) o sea, que el autor de la conducta no respondió a lo que el derecho presume pueda ser la respuesta ordinaria del término medio de las personas a las que se dirige la exigencia de respuesta.

En este grado de la atribuibilidad, aún no puede reprocharse la conducta del sujeto vinculado al comportamiento porque falta que se determine la existencia de la capacidad de actuar, que ha de manifestarse en la capacidad del autor del conocimiento del injusto y de orientación de la conducta en forma distinta a como lo hizo o sea, actuar conforme a Derecho en lugar de contrariarlo.

Cuando se ha satisfecho la atribuibilidad o sea responsabilidad por el hecho, determinándose la capacidad del conocimiento de lo injusto y de orientación de la conducta, puede (hasta entonces), reprocharse al sujeto no haber actuado cuando podía hacerlo, en forma que no afectara con su conducta los intereses jurídicamente protegidos y este reproche, es en síntesis, la culpabilidad que por ello Maurach define expresando que "culpabilidad es reprochabilidad de un hacer u omitir jurídicamente desaprobado". (142)

141.- *Ibidem*; p. 36.

142.- *Ibidem*; p. 77.

En cuanto al contenido del juicio de reproche, requiere Maurach la existencia de una acción típica y antijurídica, que es materia exclusiva del Derecho Penal. En segundo término señala Maurach que la culpabilidad lo es en razón de un acto aislado, con lo cual se limita el contenido del juicio de reproche a la responsabilidad por el hecho, contra la tesis que pretende realizar el reproche por la culpabilidad de carácter y por la culpabilidad por la conducta de la vida.

Ahora bien concordamos con Vela Treviño en cuanto no se adhiere a la teoría de la culpabilidad de Maurach por su tesis del contenido del juicio de reproche a la atribuibilidad o responsabilidad por el hecho en razón del "hecho aislado", toda vez que todos los sistemas normativos facultan para la formulación del reproche a ciertos individuos con base en su personalidad o carácter y con abstracción del hecho aislado. Basta considerar que en muchos casos, "la desaprobación o el reproche no van encaminados al acto sino, al autor; si bien es cierto que todo acto o conducta corresponde a su autor, la culpabilidad no siempre se produce por la realización de hechos, sino por situaciones de carácter o de personalidad".(143)

La necesidad de preservación de bienes jurídicamente tutelados hace que el sistema normativo tenga que prever la posible aparición de conductas dañosas para esos bienes y que considere culpable al estado del sujeto que hace posible, eventualmente, y con fundamento racional, la causación del acto. Así el Derecho Penal tipifica como delitos, la asociación delictuosa, vagancia y malvivencia y en el artículo 256 se expresa, que "a los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, gánzúas o cualquier otro instrumento que de motivo para sospechar que tratan de cometer un delito, se les

143.- Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad; p. 167.

aplicará una sanción de tres días a seis meses de prisión.

Por otra parte, no se advierte la existencia de "hecho aislado" en los casos de tentativa, toda vez que consiste ésta en hechos que van directamente encaminados a la realización del delito.

La culpabilidad, señala la autorizada pluma de Vela Treviño, requerirá para Maurach, la realización del hecho para, posteriormente desvalorarlo en el juicio de reproche, lo que no es aceptable si se tiene en cuenta que puede ser desaprobado el simple "estado idóneo", para ser causa de una lesión a un bien jurídico tutelado por el tipo. La aceptación total a la tesis de Maurach equivaldría a convertir el Derecho Penal "en puramente sancionador y represivo, o sea volver a la etapa de la venganza pública como esencia del Derecho Penal".(144)

Don Luis Jiménez de Asúa de comentario en cuanto a él más que superfluo por su magna importancia en el pensamiento jurídico penal de hispanoamérica y, estimamos también que en Europa, dedica el Tomo V de su Tratado al estudio del elemento culpabilidad.

En esencia, señala Fernández Doblado, el concepto de culpabilidad como juicio de reprobación sobre la conducta del autor, "está fundado en la culpabilidad del acto concreto injusto y el límite para la imposición de penas está en lo incalculable (caso fortuito). No tienen la misma referencia anímica el dolo y la culpa. La imputabilidad no debe considerarse como elemento de la culpabilidad sino como presupuesto de la misma, siendo especies de la culpabilidad el dolo y la culpa. En cuanto a las causas de exclusión de la culpabilidad, constituyen elemento ne-

144.- *Ibidem*; p. 167.

negativo. Así como que el contenido del juicio de culpabilidad es el siguiente: 1.- se refiere al acto de voluntad; 2.- se refiere a los motivos (parte motivadora); y 3.- se refiere a la acción y a la total personalidad del actor (parte caracterológica), esto es porque el acto debe ser adecuado a la personalidad del que lo causa, lo cual se aprecia negativamente en los actos del enajenado mental y en la no exigibilidad de otra conducta".(145)

La tesis de Jiménez de Asúa en cuanto a la culpabilidad, señala Vela Treviño, se resume en el sentido de que, cuando se está en presencia de un acto injusto concreto (antijuridicidad tipificada), que corresponde a la conducta o forma de comportamiento de un sujeto imputable, debe iniciarse el juicio relativo a la culpabilidad, tomando como elementos fundatorios la obligación de respeto al deber que la norma impone y la posibilidad de haber actuado conforme a la prescindibilidad (exigibilidad).(146)

Satisfecho lo anterior, se está en posibilidad de resolver si existe reprochabilidad, lo cual se logra sobre la base de conocimiento de los elementos motivadores y caracterológicos del agente. En primer lugar, el juicio de culpabilidad tiene que referirse al hecho psicológico o como lo expresa Jiménez de Asúa "a la intención o negligencia del autor", (147) que está constituido por el acto de voluntad del autor, por los motivos que tuvo para su especial comportamiento y por su total personalidad.

145.- Fernández Doblado Luis, Culpabilidad y Error; p. 32. Véase también Jiménez de Asúa Luis, la Ley y el Delito; pp. 446 y ss., citado por Fernández Doblado Luis.

146.- Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad; p. 175.

147.- Véase también Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, T. IV; p. 232 y del mismo autor, El Criminalista, T. VIII; p. 71.

En relación a dichos elementos: psicológico, parte motivadora y elemento personal debe también expresarse:

En cuanto al elemento psicológico, que es una vinculación entre el sujeto y su comportamiento específico en relación a un acto particular, debe abstraerse la forma material en que el acto se manifestó. Bajo tales condiciones, el reproche se formula en razón del grado de voluntad del autor en la determinación que la voluntad dió al comportamiento. Debe distinguirse, se subraya, lo volitivo del acto concreto que se refiere a la culpabilidad, de la voluntad que forma parte de la conducta. En la culpabilidad, se tiene en especial consideración la intencionalidad o no, del comportamiento. Ante el resultado de una conducta típica y antijurídica, la reprochabilidad y por ende la culpabilidad adquieren grados distintos en función del contenido psicológico del acto que se vincula con su autor. Así es como se distingue un delito culposo de un intencional o doloso.

En cuanto a la parte motivadora, los motivos de la parte psicológica que tiene la persona para guiar su conducta en una forma determinada, juegan un papel predominante en la formulación del reproche. De los motivos se obtiene el contenido exacto de graduación de la culpabilidad, tanto en los delitos intencionales como en los delitos imprudenciales.

No se conciben actos humanos carentes de contenido psicológico. Por ello, para efectos de la culpabilidad, es imprescindible el conocimiento de las motivaciones que guiaron una conducta concreta en el sentido que se manifiesta ante el mundo exterior. Partiendo del principio de que lo pensado no es punible hasta en tanto no se exterioriza, es que los motivos de la conducta adquieren la importancia que tienen, pues de semejante motivación surgen diferentes grados de reprochabilidad

y de pena, no sólo para graduar la sanción en el arbitrio judicial, sino hasta para aumentar o disminuir los tipos básicos. Ejemplo, en el homicidio el margen de punibilidad es diverso tratándose de la calificante de premeditación que crea el diverso tipo complementado, cualificado, agravado que se integra "por motivos depravados" (artículo 315 de nuestro Código Penal) o en los casos de disminución de la reprochabilidad por motivaciones especiales del aborto "honoris causa" a que se contrae el artículo 332 del mismo Ordenamiento.

En los delitos no intencionales, es difícil hablar de móviles o motivos, siendo por ello que Jiménez de Asúa se refiere a una doble forma de operación de los motivos con la que se abarca tanto el dolo como la culpa. "Los motivos caracterizan la culpabilidad normativa más propiamente definible como 'motivación normal' que sirve para determinar la culpabilidad normativa diferenciandola de la psicológica y para fijar los límites de la exigibilidad"(148) y, por ello, del reproche. El doble juego de los motivos a que se refiere Asúa es la motivación normal y la anormal; la primera define la reprochabilidad y la culpabilidad, con exclusión de la motivación anormal, que da motivo a la aparición de las causas de inculpabilidad. Es así como la motivación normal abarca tanto el dolo como la culpa.

En relación al elemento personal es de señalarse la importancia que adquiere la personalidad del autor en torno al juicio de reproche que se le formule por el acto injusto concreto que con la motivación relativa haya sido por él perpetrado.

La culpabilidad -define Jiménez de Asúa-, "es el reproche que se hace al autor de un concreto acto punible, al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su com

148.- Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad; p. 177.

portamiento un fin, o cuyo alcance le era conocido o conocible, siempre que pueda exigírsele un proceder conforme a las normas".(149)

En dicha definición el propio Jiménez de Asúa en el párrafo siguiente se encarga de convencernos motivando su definición de la siguiente manera:

"Nos importa ahora en señalar que al decir reproche, nos afiliamos resueltamente a la dirección normativa, cuya esencia reside en la exigibilidad que también se incluye de modo taxativo en la definición que antecede, con la frase nexo psicológico motivado, queda constancia de que damos el debido paso hacia adelante y, dejando atrás la mera atribuibilidad, entramos de lleno en la esfera de la culpa lato sensu, que demanda imputabilidad; con el enunciado del fin en el comportamiento de la gente nos referimos al dolo, y, en cambio, nos contentamos con la culpa (consciente o inconsciente) al hacer constar que, si el sujeto no procede en prosecución de ese fin, ha de conocer al menos el alcance de su comportamiento o ha de haber podido conocerlo".(150)

A partir del decreto de 30 de Diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de 13 de Enero de 1984, en vigor a los 90 días de su publicación, el artículo 8º del Código Penal, que anteriormente sólo admitía las formas dolosa y culposa de comisión de delitos, prescribe que los delitos pueden ser intencionales, no intencionales o de imprudencia y preterintencionales, siendo estos aquellos que conforman "una mixtura de dolo y culpa".(151) El artículo 9º siguiente del mismo

149.- Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, T. V; p. 92.

150.- *Ibidem*.

151.- Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; p. 387.

Ordenamiento, se encarga de desarrollar tales formas o grados de culpabilidad precisando que "obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.- Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.- Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".

Ahora bien, cuando acudimos a la Ciencia para definir el dolo dogmáticamente, tropezamos con la Psicología cuyos tratadistas -indica Jiménez de Asúa-, no se ponen de acuerdo sobre las nociones voluntad y representación"(152), que son, sin embargo teorías que inclusive conjugadas aportan en el Derecho el fundamento del concepto del dolo.

En efecto, Carrara y Pessina fundaron el dolo, como "la más grave especie de la culpabilidad" en la intención o voluntad, aun cuando "Binding haya destacado sagazmente el elemento de conciencia en la intención que tuvieron del dolo los romanos". Posteriormente surge la teoría de la representación iniciada por el profesor de la Universidad de Berlin, Franz Von Litz, quien sostiene que "el dolo es el conocimiento que acompaña a la manifestación de la voluntad, de todas las circunstancias de hecho, que acompañan al hecho previsto por la ley", (153)

Pavón Vasconcelos, critica a la doctrina de la teoría de la voluntad caer en el error de "definir el dolo como la intención, cuando el alcance del primer término es mayor al segundo, con lo cual dejaron fuera del concepto al dolo eventual, en el que no existe propiamente intención." (154) Tampoco es con-

152.- Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, T. V; pp. 386 y ss.

153.- Vela Treviño Sergio, Op. Cit; p. 214, quien cita a Von Litz, Tratado de Derecho Penal, T. II; p. 397.

154.- Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; p. 389.

vincente la doctrina de la representación por ser este "elemento intelectual, con lo que el concepto de la primera especie de la culpabilidad (afectivo o volitivo), queda no sólo mutilado en uno de sus requisitos, sino extendido desmesurada y peligrosamente, hasta el punto de que la noción del dolo desaparece".(155)

De ambas teorías surge después una tercera doctrina: "conjunción de voluntad y representación" que armónicamente proporciona los dos elementos fundamentales del dolo por "constituir la voluntad conciente que es elemento afectivo por excelencia, aunque con ingredientes de cognición".(156)

Al lado de estas teorías se constituyeron: por Ferri la teoría positivista sobre el dolo, por Max Ernst Mayer, la teoría de la motivación, del consentimiento por Beling y Van Caejer, Welzel en el finalismo de la acción concibe al dolo como "finalidad jurídicamente significativa".(157)

"Actúa dolosamente -define Edmundo Mezger-, quien conoce las circunstancias facticas y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado".(158)

Castellanos Tena define al dolo como "actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico".(159)

Eugenio Cuello Calón, lo define como "la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé

155.- Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad;

156.- Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal; T. V; p 404.

157.- *Ibidem*, T. V; p. 387.

158.- Mezger Edmund, Tratado de Derecho Penal, T. II; p. 91.

159.- Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal; p. 239.

como delito".(160)

Luis Jiménez de Asúa al abordar la definición expone: "Desde el año de 1929 hemos intentado nosotros una definición del dolo en que se conjuguen la voluntad y la representación, así como el dolo directo y el eventual. Ahora la presentamos, tras de meditar la necesidad de que valga en la dogmática argentina y en la española, con esta nueva forma, a fin de abarcar el hacer y el no hacer concreto: dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada) con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su no mutación), con conciencia de que se quebranta un deber; con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere, o consciente".(161)

Figuran "en la estructura del dolo estos dos elementos: el intelectual y el afectivo".(162)

El elemento intelectual comprende el conocimiento del hecho y de cuantas circunstancias fácticas sean de importancia para el tipo legal; el conocimiento en lo que tiene de decisivo, del curso de la cadena causal y el conocimiento del significado de los hechos, que a su vez se puede subdividir en el conocimiento de que su conducta se halla tipificada en la ley así como la conciencia de que se quebranta un deber (que para la mayoría de los autores es conciencia de antijuridicidad".

160.- Quello Calón Eugenio, Derecho Penal; p. 408.

161.- Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, T. V; p. 417.

162.- Ibidem; p. 422.

Es el elemento afectivo o volitivo, la voluntad que "ha de gravitar sobre el acto u omisión típicamente considerados".

e) Clasificación y clases de dolo en relación a los delitos bancarios previstos en el artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.- En su Programa de la Parte General de Derecho Penal, Porte Petit clasifica el dolo en base a diversos criterios que expone en la forma siguiente:

- A) En cuanto a su nacimiento:
 - a) Dolo inicial o precedente.
 - b) Dolo subsiguiente.

- B) En cuanto a su extensión:
 - a) Dolo determinado.
 - b) Dolo indeterminado.

- C) En cuanto a las modalidades de la dirección:
 - a) Dolo directo.
 - b) Dolo eventual.
 - c) Dolo de consecuencia necesaria.

- D) En cuanto a su intensidad:
 - a) Dolo genérico.
 - b) Dolo específico

- E) En cuanto a su duración:
 - a) Dolo de ímpetu.
 - b) Dolo simple.
 - c) Dolo de propósito.

- F) En cuanto a su contenido:
 - a) Dolo de daño

- b) Dolo de peligro.
- c) Dolo de daño con resultado de peligro.
- d) Dolo de peligro con resultado de daño.

G) En razón de su categoría:

- a) Dolo principal.
- b) Dolo accesorio.

H) En razón de su realización:

- a) Dolo posible.
- b) Dolo real.(163)

Tomando en cuenta el criterio de división en razón de su nacimiento, el dolo inicial o precedente existe con anterioridad a la ejecución del delito, llegando en algunos casos a consumarse en forma inevitable e inclusive con independencia en su caso, del desistimiento del autor. Consideramos que esta clase de dolo no se actualiza en ninguno de los supuestos típicos del delito a que se contrae el artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

El dolo subsiguiente que se inicia con una acción lícita, que más tarde se convierte en antijurídica, produciéndose un hecho delictuoso, podría en cambio presentarse en el delito a comento en la hipótesis típica a que se refiere la fracción I de la Ley bancaria a comento en su primera parte, pues teniéndose en cuenta que los Manuales de Procedimientos Bancarios otorgan a los servidores públicos bancarios un lapso para proceder al registro de operaciones, pasando el término legal del caso, el servidor público omite proceder al registro respectivo se produce el hecho delictuoso que en principio constituyó una conducta lícita.

163.- Forte Petit Celestino, Programa de la Parte General de Derecho Penal; p. 447, citado también por Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; pp. 195 y 396.

En relación al criterio de extensión que da lugar a la clasificación del dolo en determinado e indeterminado, es de tenerse en cuenta que existe dolo determinado cuando la intención o la voluntad del agente se encamina con toda precisión a un resultado cierto y concreto, en tanto en el dolo indeterminado la acción está orientada a producir varios posibles resultados y por ello se le denomina igualmente "dolo alternativo". Es ejemplo del dolo indeterminado, "la intención con que actúa el anarquista que arroja la bomba en un sitio concurrido, ignorando qué resultados provocará (muertes lesiones, daños, etc.)." (164) Es indudable que en todos los supuestos típicos del delito en análisis se presenta la especie del dolo determinado en cuanto a su extensión, más no la hipótesis de dolo indeterminado.

En relación a la modalidad de la dirección en el dolo: existe dolo directo, cuando se encamina la voluntad para producir un resultado típico, el cual debe armonizarse con la intención del agente. El delito bancario que analizamos, es esencialmente de dolo directo dada la representación y voluntad del agente en la consumación de las diversas hipótesis típicas configuradas en dicho ilícito.

El dolo eventual o indirecto, surge cuando en la representación del autor se da como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no se renuncia a la ejecución de la conducta, aceptando las consecuencias de esta. Por su parte existe dolo de consecuencias necesarias cuando no se quiere el resultado, pero este va necesariamente ligado con la intención del sujeto. Estimamos que en el delito que se considera, sólo se actualiza el dolo directo.

164.- Véase: Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; p. 398.

En relación al criterio de clasificación del dolo en cuanto a su intensidad, surge el dolo genérico cuando el agente dirige su voluntad hacia la comisión de un delito; especie esta que se da en el delito en mención, no presentándose a nuestro juicio el dolo específico que sólo nace cuando la voluntad del sujeto tiene la dirección específica que la Ley requiere para la configuración del delito, ya que estos ilícitos se identifican con las causas del delito y no se dan en abstracto como los delitos de dolo genérico. Es ejemplo del dolo específico el tipo agravado, complementado y cualificado de parricidio, en relación este al tipo básico, toda vez que mientras un delito se agota con matar (homicidio), el otro se consume con el hecho de privar de la vida precisamente al ascendiente, sin que por lo demás se aprecie en el artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito por ejemplo, el quebranto patrimonial a una institución de crédito determinada o que en relación a cualesquiera de las hipótesis típicas de dicho ilícito, existan otros tipos cualificados agravados o privilegiados.

En relación al criterio de duración se expresa que hay dolo de ímpetu cuando la intención va seguida de la ejecución del delito sin mediar lapso alguno, caso este que se presenta en los delitos de tipo pasional por excelencia y que estimamos no se actualiza en el ilícito materia de este trabajo.

El dolo normal es el que se da en casi todos los delitos. Sin embargo estimamos que el delito materia de esta tesis es de los de propósito porque el servidor público bancario al actualizar cualesquiera de las hipótesis típicas a que se refiere el multicitado artículo 91 realiza y prepara todos los medios indispensables para consumir su conducta con amplitud señalada en capítulo precedente.

En cuanto al criterio de clasificación del dolo por su contenido que divide a los delitos de daño, de peligro, de daño con resultado de peligro y de dolo de peligro con resultado de daño, consideramos que en la mayoría de las hipótesis a que se refiere el artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, se actualiza la hipótesis de daño sin que se pierda de vista que en las fracciones primera, segunda incisos a), c), d), y fracción tercera, no es necesario que se produzca el quebranto patrimonial, pues basta que se surta el resultado de peligro, como ya se analizó en el elemento resultado de la conducta siendo precisamente este resultado el que rige la naturaleza de esta clasificación. Siendo de subrayarse que en el peligro a que se hizo referencia, aun cuando no se haya producido quebranto patrimonial se surte un resultado de riesgo al patrimonio de la Sociedad Nacional de Crédito.

En torno al criterio de clasificación en razón de la categoría; el dolo en los delitos a estudio, lejos de ser accesorio, es principal, por existir la voluntad en el agente de hacer algo directamente contrario a Derecho, por infringirse en primer término las obligaciones y deberes a que están sujetos los servidores públicos bancarios desde el momento en que empiezan a prestar sus servicios en las instituciones de crédito.

En cuanto al criterio de realización que clasifica el dolo en posible y real, y que se establece como posible en cuanto basta para su existencia, que el agente cuente con inteligencia y libertad para actuar dolosamente, siendo real por lo demás en cuanto se descubra por parte del infractor una especial voluntad en la ejecución; se advierte que el delito en análisis en función de este criterio de realización, es posible y real por lo que al dolo respecta. Lo anterior sin que se pierda de vista que el dolo es forma de culpabilidad y que es juicio de reproche en tanto la

imputabilidad es capacidad de delinquir.

Es de precisarse, por último y de total acuerdo con Pavón Vasconcelos, que el artículo 9º del Código Penal, recoge las formas del dolo directo, dolo eventual "e inclusive al llamado dolo de consecuencias necesarias."(165)

f) La culpa.- La culpa, define Vela Treviño, "es la manifestación de la culpabilidad mediante una conducta causalmente productiva de un resultado típico que ere previsible y evitable por la simple imposición a la propia conducta del sentido necesario para cumplir el deber de atención y cuidado exigible al autor, atendiendo las circunstancias personales y temporales concurrentes con el acontecimiento".(166)

El propio Vela Treviño al desglosar dicho concepto, precisa tres elementos: "a).- una conducta causalmente típica, b).- una violación del deber exigible al autor; y c).- un resultado previsible y evitable".(167)

Pavón Vasconcelos por su parte, define la culpa como "aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el Ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres",(168) El propio autor señala como elementos de la culpa: a).- una conducta voluntaria, b).- un resultado típico y antijurídico, c).- un nexo causal entre la conducta y el resultado, d).-naturaleza previsible y evitable del evento, e) au

165.- Ibidem; p. 401.

166.- Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad; p. 245.

167.- Ibidem.

168.- Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; pp. 411 y ss.

sencia de voluntad del resultado; y f).- violación de los deberes de cuidado.

El autor en consulta, a quien seguimos en este tema, enseña que la culpa se clasifica en consciente, llamada también con representación o previsión e inconsciente, denominada igualmente sin representación o sin previsión.

Existe culpa consciente cuando el sujeto ha representado la posibilidad de causación de las consecuencias dañosas, a virtud de su acción o de su omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan.

Se está en presencia de la culpa inconsciente (sin representación), cuando el sujeto no previó el resultado por falta de cuidado, teniendo obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.

No debe confundirse el dolo eventual con la culpa consciente, pues sin ir más lejos, el propio Pavón Vasconcelos indica que "establecido el punto común consistente en la representación del evento, la diferencia es sencilla de precisar, tomándo en cuenta la proyección de la voluntad. En el dolo eventual, hay aceptación del resultado previsto como posible o probable, o sea voluntad, aunque no querer directo, en tanto en la culpa consciente no hay voluntad respecto al resultado que no se quiere ni se agota a pesar de haber sido representado".(169)

En el párrafo segundo del artículo 9° del Código Penal, se precisa actualmente la imprudencia en función del incumplimiento del deber de cuidado pero al no determinarse si en la conducta del ilícito se actuó sin previsión o con ella (culpa

169.- Ibidem; p. 415.

inconsciente o consciente), lamentablemente se incurrió en una laguna, crítica esta con la cual estamos de acuerdo con el maestro Pavón Vasconcelos. (170)

Es de señalarse que la única posibilidad de considerar como imprudencial el delito sujeto a análisis, se encuentra en la primera parte del párrafo primero del artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, pues es la omisión de registro de operaciones efectuadas por la institución de crédito de que se trate, es indudablemente un incumplimiento del deber de cuidado que supone la inobservancia a los Manuales de Procedimientos Bancarios por parte del servidor público, amén de que se trata de una especie de culpa inconsciente o de previsión porque indudablemente el sujeto no procede a realizar la conducta exigible de acuerdo a la medida de dirección ideal, de lo cual era capaz, para impedir la realización de los efectos nocivos a la institución que se traducen no en el quebranto patrimonial, sino en el peligro al patrimonio de la institución, que por falta de anotaciones contables producen un vicio en la contabilidad correspondiente.

g) Inculpabilidad.- La inculpabilidad constituye el aspecto negativo de la culpabilidad.

Son causas de la inculpabilidad el error y la no exigibilidad de otra conducta.

1. El error.- Tanto la ignorancia como el error, expresa Pavón Vasconcelos, a quien seguimos en esta parte, "son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aunque con características diversas. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa; en

170.- *Ibidem*; p. 416.

tanto el error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo. para los efectos del Derecho, sin embargo, los conceptos se identifican, pues tanto vale ignorar como conocer falsamente".(171)

Castellanos tena, define al error como "un vicio psicológico que consiste en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido tal como éste es en la realidad".(172)

Quedaron atrás las corrientes jurídicas que distinguieron entre error de hecho y error de Derecho "por la notoria dificultad de establecer una clara frontera entre ambos errores imponiéndose la teoría alemana que precisa los conceptos de error de tipo y error de prohibición".(173)

El error de Derecho, regido por el principio de que "la ignorancia de las leyes a nadie beneficia", quedó abandonado constituyendo ahora una excepción al error de hecho que comprende el error de tipo y el error de permisión.

Es preciso sin embargo, tener en cuenta que el error de hecho tiene efectos eximentes, pero para que ello suceda, es menester que sea invencible. Existen dos clases de error de hecho: el error esencial y el error accidental. El error esencial recae sobre un elemento esencial del delito impidiendo al agente conocer exactamente el hecho realizado. Se surte el error accidental, cuando recae sobre conceptos secundarios.

171.- Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; pp. 443 y ss.

172.- Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal; p. 264.

173.- Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; p. cit.

El error esencial de hecho, puede recaer sobre el tipo o sobre una causa eximente de responsabilidad.

El error accidental de hecho, puede recaer en un resultado no querido pero a él equivalente, o sobre una persona, o sobre la comisión de un delito que no se deseaba ocasionar. Este tipo de errores son mejor conocidos como aberratio ictus o error en el golpe cuando existe desviación en el golpe, con causación de un daño equivalente menor o mayor al propuesto por el sujeto; (ejemplo: el robo de una cartera con una suma determinada que resultara tener mayor cantidad de la que se creía); aberratio in personam en la que el error no se origina en el acto sino recae sobre la persona debido a una errónea representación; y aberratio delicti que da lugar a considerar falsamente la comisión de un delito que no se pensaba cometer, realizándose otro ilícito. El error accidental no surte sus efectos como eximente, dando lugar a la plena culpabilidad.

En el error esencial de hecho, sobre los elementos del tipo, el agente realiza una conducta que no es punible por falta de tipicidad. El error en esta especie para que adquiera relevancia jurídica ha de recaer sobre un elemento esencial del hecho, debiéndose entender por tal, aquél sin cuya concurrencia no se integra el delito. (Ejemplo -enseñaba el maestro Porte Petit en clase-, el cazador de venados que priva de la vida a un estúpido disfrazado de Venado en una llanura).

El error cuando recae sobre el carácter legítimo en el orden jerárquico, aun cuando constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ignorándolo el acusado da lugar a la eximente por error esencial de hecho a que se refiere la fracción VII del artículo 15 del Código Penal.

El error esencial de hecho, cuando recae sobre una cau-

sa de justificación da lugar a las llamadas eximentes putativas, sucediendo esto cuando el agente "se cree amparado por una causa de justificación, por una causa de inculpabilidad o incluso por una excusa absolutoria".(174) Es así como si el sujeto actúa por error sobre una causa de justificación, da lugar a las siguientes eximentes:

- a) Legítima defensa putativa.
- b) Obediencia jerárquica putativa.
- c) Ejercicio de un derecho putativo.
- d) Cumplimiento de un deber putativo.
- e) Impedimento legítimo putativo.
- f) Estado de necesidad putativo.
- g) Consentimiento del ofendido putativo.

"El error por convicción se presenta cuando el sujeto delinque por estimar justificada su conducta por normas superiores en valor a la norma jurídica". La derogada fracción III del artículo 9º del Código Penal, descartaba la eximencia a tal error al expresar que la presunción de intencionalidad no se destruye aun cuando el agente hubiere creído "que la ley era injusta o moralmente lícito violarla".(175)

La reforma al artículo 15 fracción XI y la adición en virtud de tal reforma del artículo 59 bis al Código Penal, ambas del 30 de Diciembre de 1983, publicadas en el Diario Oficial de 13 de Enero de 1984, en vigor a los 90 días de su publicación, son como sigue:

"Artículo 15.- Son excluyentes de responsabilidad pe-

174.- Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, T. VI; p. 684.

175.- Fernández Doblado Luis, Culpabilidad y Error, Anales de Jurisprudencia, Méx. 1962.

nal:

...XI.- Realizar la acción y omisión bajo el error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal o que por el mismo error estime el sujeto activo que no es ilícita su conducta.- No se excluye la responsabilidad si el error es vencible."

Por otra parte el vigente artículo 59 bis prescribe que "cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad según la naturaleza del caso".

De conformidad con dichas reformas y atendiendo a la moderna terminología surgida de la teoría alemana, procede distinguir entre error de tipo y error de prohibición; el primero, siendo invencible, recae sobre los elementos constitutivos del tipo penal, en tanto el segundo, se da cuando el sujeto por error insuperable, considera que el hecho típico ejecutado no está prohibido, ya por no conocer la Ley o no conocer el alcance de esta. El error de prohibición se estima indirecto en los casos de suposición errónea sobre la concurrencia con la acción ejecutada, de una causa de justificación (error sobre el tipo del permiso o error de prohibición). Excluyéndose la culpabilidad aunque pudiera concurrir la culpa si ese error fuere vencible o evitable según el examen particular del hecho. En consecuencia, si acogieramos la teoría alemana, las eximentes putativas estimadas tradicionalmente como errores de hecho, caerían dentro del llamado error de prohibición indirecto, pues el mismo recae sobre la antijuridicidad del hecho, dado que teniendo plena conciencia de que su actuar y la consecuencia causal del mismo es típica, el

sujeto cree por error insuperable que le está permitido..."(176)

De conformidad con la reforma de los artículos insertos, se estiman como casos de error de derecho o de prohibición, los siguientes:

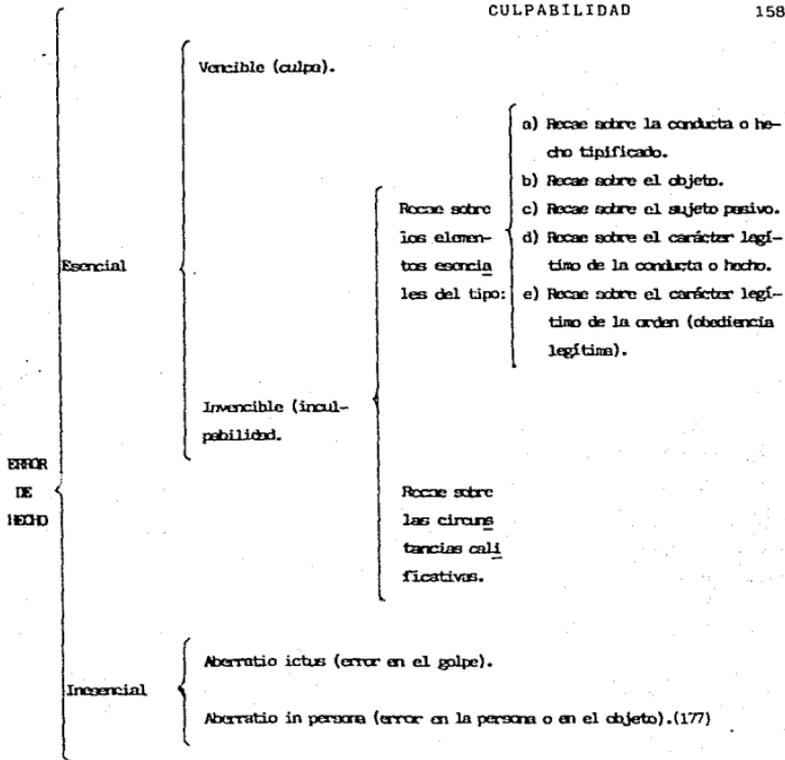
a).- Error invencible, por estimarse que el hecho típico ejecutado no está prohibido (artículo 59 bis, error de prohibición directo aunque limitado constituyendo una excepción al llamado error de hecho).

b).- Error invencible por estimarse que el hecho, siendo en general prohibido, en el caso particular se encuentra justificado a virtud de una circunstancia que en realidad no tiene esa eficacia (artículo 15 fracción XI del Código Penal); y

c).- Error invencible al considerarse que el hecho, si bien está prohibido en general, en el caso particular se encuentra comprendido en una auténtica causa de justificación que en la realidad no concurre (artículo 15 fracción XI del citado Ordenamiento).

Para la mejor comprensión sobre la teoría del error reseñada, que cuando se refiere al error invencible opera en el delito a estudio, se incluye el cuadro que a continuación se transcribe:

176.- Nota de Pavón Vasconcelos, Op. Cit., remitiéndose al Programa de Derecho Penal de Celestino Parte Petit



2. No exigibilidad de otra conducta.—La no exigibilidad de otra conducta se funda en cuanto se considera que se excusa el obrar del agente en función de que el Estado no puede exigir del

177.— Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; p. 438.

sujeto que actúe conforme a Derecho en razón de las circunstancias que mediaron al transgredir o poner en peligro un bien jurídico.

Afirma Mezger que "no actúa culpablemente la persona a quien no puede ser exigida una conducta distinta a la realizada".(178) Porte Petit al referirse a la causa de inculpabilidad que nos ocupa, ha dicho que "lo que no se puede negar, es que la no exigibilidad de otra conducta cobra un campo insospechado con una doble finalidad justiciera".(179)

Debe precisarse como caso de no exigibilidad de otra conducta el estado de necesidad cuando los bienes en conflicto son de igual valor, lo que debe de diferenciarse del Estado de necesidad cuando los bienes en conflicto son de distinta categoría, pues en el primer caso estamos en presencia de una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta y en el segundo estaremos en presencia de una causa de justificación.

El único caso de no exigibilidad en los delitos a estudio lo encontramos en la especie de temor fundado a que se refiere el artículo 15 fracción IV del Código Penal, ya que el funcionario ante el mal real, grave e inminente sobre su persona, procede con su conducta, a la realización de supuestos diversos a que se refieren las tres fracciones del artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Señala la Ley en forma limitadísima como casos de no exigibilidad de otra conducta los siguientes:

178.- Mezger Edmund, según cita de Porte Petit Celestino, Programa de la Parte General de Derecho Penal; p. 526.

179.- Porte Petit Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídica Penal; p. 55.

a).- El estado de necesidad, cuando el bien sacrificado es de igual valor al salvado, comprendido en la amplia fórmula de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal en la cual se alude en forma genérica al "obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente...

b).- La coacción o violencia moral (vis compulsiva) denominada "temor fundado e irresistible". (Fracción VI).

c).- El encubrimiento en los términos a que se refiere el artículo 400 fracciones III (en lo relativo al ocultamiento del infractor) y IV tratándose: a') de parentesco, b') cónyuge, concubinato; y c') los que están ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.

d) Aborto honoris causa, sancionado con pena atenuada;

y

e) Aborto con causas sentimentales, sancionado con remisión de pena (artículos 332 y 333 in fine).(180)

CAPITULO X

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA. (LA QUERRELLA EN LOS DELITOS BANCARIOS).

Castellanos Tena al tocar el tema de las condiciones objetivas de penalidad precisa que no son elementos esenciales del delito, ya que si las contiene la descripción legal se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él, serán "meros requisitos ocasionales, y por ende, accesorios fortuitos". Agrega que "no está delimitada con claridad su naturaleza y que se les confunde con los requisitos de procedibilidad. Afirma que son definidas "como aquéllas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación", y cita como ejemplo la calificación de

la quiebra fraudulenta. Añade: "nótese cómo este requisito en nada afecta la naturaleza misma del delito".(181)

No estamos de acuerdo, independientemente del respeto que nos merece, con el criterio ya expuesto, pues partiendo del criterio que la quiebra puede ser culpable, fortuita o fraudulenta, ciertamente notamos que este requisito en México a la fecha, en nada afecta la naturaleza del delito, pero agregamos, sucede lo contrario cuando el ilícito haya sido motivo de calificación por el Juez civil como se estableció en el artículo 901 del Código de Comercio mexicano y como hoy lo establece la legislación española, para la existencia del delito de quiebra en los artículos 520 y 521 del Código Penal Español.(182)

En este argumento no obsta que como resultado del principio de separación entre la jurisdicción penal y civil, el artículo 113 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos vigente haya derogado el apartado relativo a tales juicios universales del Código de Comercio.

En apoyo de estos razonamientos, Córdoba Roda al comentar a Maurach, precisa como condición objetiva de punibilidad la impuesta "para la existencia del delito de quiebra".(183)

Beling en su esquema de Derecho Penal expresa que "hay figuras que, aparte de la ejecución culpable del tipo, requieren aun ciertas circunstancias objetivas, que no es necesario sean

181.- Castellanos Terá Fernando, Op. Cit.; pp. 277 y 278.

182.- Artículo 520.- El quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de Comercio (artículo 534), será castigado con la pena de presidio mayor.

Artículo 521.- El quebrado que fuere declarado en insolvencia culpable en alguna de las causas comprendidas en el artículo 523 del Código de Comercio, incurrirá en pena de presidio menor.

183.- Cita de Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo VII, p. 26.

abarcadas por la culpabilidad, y por eso no son características del delito-tipo sino elementos puramente objetivos de la figura".(184)

Mezger define a las condiciones objetivas de punibilidad como "las circunstancias exteriores especialmente previstas por la Ley, que conforme a su naturaleza propia yacen fuera de la culpabilidad del agente".(185)

Zaffaroni textualmente expresa en síntesis "creemos que algunas de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad son elementos del tipo objetivo que, como tales, deben ser abarcados por el conocimiento (dolo) o por la posibilidad de conocimiento (culpa); en tanto que otras son requisitos de perseguibilidad, es decir, condiciones procesales de operatividad de coerción penal".(186)

Battaglini, por su parte, termina por concluir, de la siguiente forma: "en suma, tales condiciones están fuera de la causalidad material, esto es, de la conducta del agente y del resultado causado, y están fuera también de la causalidad moral, esto es, de la culpabilidad, y por eso no pueden formar parte de los elementos del delito". Por otra parte que "la condición de punibilidad surge después de la comisión del delito, se deduce claramente del artículo 44 que, al denominarla condición de punibilidad del delito, reconoce que éste existe antes de la verificación de aquella, de otra manera la habría denominado condición de punibilidad del hecho".(187)

184.- Belling Ernest Von, Esquema de Derecho Penal; p. 94.

185.- Mezger Eduardo, Tratado de Derecho Penal; T. I; p.353.

186.- Zaffaroni Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, p. 689.

187.- Forte Petit Celestino, Programa de la Parte General del Derecho Penal; p. 563.

Sin embargo Luis Jiménez de Asúa no está de acuerdo con tales condiciones por considerar que "las condiciones objetivas y extrínsecas de culpabilidad que mencionan los autores, no son propiamente tales, sino elementos valorativos, y, más comúnmente modalidades del tipo. En caso de ausencia funcionarán como formas atípicas que destruyen la tipicidad".(188)

Notoriamente no estamos de acuerdo en este único aspecto con el egregio jurista porque resultan indemnes las consideraciones de Bataglioni. Sí, en cambio, concordamos con el pensamiento de Jiménez de Asúa en cuanto expresa "a nuestro entender, las más genuinas condiciones objetivas son los presupuestos procesales a que a menudo se subordina la persecución de ciertas figuras de delito, como la calificación de la quiebra".(189)

Se ha considerado en México como ejemplo de condición objetiva de punibilidad el requisito de los sesenta días a que se refiere la fracción II del artículo 303 del Código Penal en el delito de homicidio. No estamos de acuerdo con ello.

Encontramos en cambio, una auténtica condición objetiva de punibilidad en el artículo 92 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito que previene para los casos previstos en los artículos 89 a 91 de la mencionada ley, se procederá a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la que escuchará la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, condición general ésta sujeta a derogación en el propio precepto bajo el principio *lex specialis derogat lex generalis*, pues en el párrafo segundo del artículo 92 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito se

188.- Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito; p. 563.

189.- *Ibidem*.

precisa que "tratándose de los delitos a que se refieren los artículos 90 y 91 fracción II, (pero sólo en estos casos) también se podrá proceder a petición de la Sociedad Nacional de Crédito de que se trate."

Esto es, se trata de una condición de punibilidad por encontrarse fuera de la causalidad material, es decir, de la conducta del agente y del resultado causado (mismo que también se da aun en los delitos formales), y están fuera también de la culpabilidad, amén de que surgen después de la consumación del delito; lo que deja en pie el razonamiento de Battaglini y al que como su concepto remite, como ya lo vimos el portentoso maestro veracruzano en su programa de la Parte General del Derecho Penal.

Cabe añadir que el hecho de apreciar como condición objetiva de punibilidad la petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o en su caso de la Sociedad Nacional de Crédito de que se trate, no quita que en el Derecho adjetivo y por tales ofendidas se pueda apreciar su querrela como requisito de procedibilidad.

Es justa la demanda de Castellanos Tena de que las condiciones objetivas de punibilidad sean urgentemente objeto de una "correcta sistematización de ellas para que queden firmes sus alcances y naturaleza jurídica".(190)

Creemos a la luz de la doctrina extranjera y mexicana invocadas, que el Derecho Penal bajo el cual se rigen los delitos especiales con sus particularidades debe recoger el sentido y alcance de las condiciones objetivas de punibilidad en los términos expuestos.

190.- Castellanos Tena Ferrando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal; p. 278

CONDICIONES OBJETIVAS 166

En cuanto a la ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad, basta precisar ante su inexistencia que no puede castigarse al agente sin que de ninguna manera podamos afirmar que medie existencia del delito, lo cual lógicamente ocurre en los delitos bancarios, pues de cumplirse los extremos de querrela a que se contrae el artículo 92 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, no podrá perseguirse ninguno de los delitos a que el mismo precepto se refiere por ausencia del indispensable requisito de procedibilidad de querrela necesaria.

CAPITULO XI

PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

a) Punibilidad.- Dentro de la doctrina, uno de los aspectos de mayor discusión lo ha sido la punibilidad. En efecto, algunos la consideran como elemento del delito, y otros le atribuyen la característica de ser una consecuencia del mismo.

Carrara afirmó que "...Al definir al delito como infracción de la ley sancionada, se llega a admitir que aún una acción eminentemente malvada y nociva pueda no ser un delito en el Estado en que ninguna ley lo prohíba; y que, en cambio una acción inocentísima se convierte en delito por el capricho de un legislador bárbaro al que le vino en gana declararla como tal".(191)

191.- Carrara Francisco, Programa de Derecho Criminal, T. II; p. 34.

Ferri, militante de la escuela positiva, señala que la punibilidad es un elemento del delito definiéndolo como "la acción u omisión mediante la que se viola la Ley penal y para la que esta conmina una sanción represiva".(192)

Manzini explica que "el delito y pena son ciertamente términos correlativos, pero distintos; de manera que la sanción no es un elemento del delito, sino por lo contrario, un elemento extrínseco en el cual se concreta la responsabilidad penal de aquel que ha cometido un delito".(193)

Mezger no considera la punibilidad como elemento del delito, definiéndolo como como "la acción típicamente antijurídica y culpable".(194)

Soler afirma que "para que un acto tenga que ser punible es necesario que el delito sea 'una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta'.(195)

Fontán Balestra de plano acepta que la pena sea un elemento del delito y al efecto señala que "es la pena la más esencial característica del delito en cuanto lo distingue nítidamente de las demás acciones antijurídicas y culpables".(196)

Por su parte Luis G. Cabral sostiene que "el delito como acción adecuada a un tipo penal, antijurídica, culpable y

192.- Ferri Enrico, Derecho Criminal; p. 534.

193.- Manzini Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, T. II; pp. 4 y 5.

194.- Mezger Edmund, Tratado de Derecho Penal, T. I; p. 156.

195.- Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, T. I; p. 227.

196.- Balestra Fontán, Manual de Derecho Penal; p. 297.

sancionada con una pena, incorporando así esta última al concepto de delito."(197)

La punibilidad como sanción fijada en la ley presenta las características de generalidad y abstracción, en tanto la pena como sanción aplicada por el juzgador, es particular y concreta.

b) **Especies de la Pena.**- Las penas se agrupan - de acuerdo a su naturaleza, enseña el maestro Don Raúl Carrancá y Trujillo-, en cinco grupos diferentes, que pueden ser: a) contra la vida; b) corporales; c) contra la libertad; d) pecuniarias; y e) contra ciertos derechos.(198)

En el delito a comento sólo se dan penas en contra de la libertad del delincuente y en contra de sus bienes; cárcel y multa respectivamente.

c) **Penas privativas de libertad.**- En el artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito vigente, se establece una pena de dos a diez años de prisión para el delincuente que se coloque en cualquiera de los casos previstos por las fracciones I y III siguientes del mismo artículo.

Por lo que respecta a quien incurra en lo previsto por la fracción II del mismo artículo 91, se aplicarán las penas que establece el artículo 90 de esa Ley Bancaria; que establece dos supuestos a saber:

a).- Cuando el monto del quebranto patrimonial no exceda del equivalente a quinientas veces el salario mínimo general diario

197.- Cabral Luis G., Compendio de Derecho Penal, Parte General; p. 249.

198.- Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano; p.

en el Distrito Federal, se impondrá prisión de tres meses a tres años.

b).- Cuando exceda de dicho monto, es decir de quinientas veces el referido salario, se aplicará prisión de dos a diez años.

En todos los casos se deja al arbitrio del juzgador la individualización de la pena, misma que deberá ser en términos de los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente, de conformidad con las condiciones objetivas del ilícito y subjetivas del delincuente.

d) **Penas pecuniarias.**- Precisa el artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito la imposición de una multa además de la privativa de libertad. La multa es la principal pena dirigida en contra del patrimonio del delincuente. El condenado a una pena de multa, debe pagar en el término que la sentencia fije en cuanto a la privación de la libertad y la falta de pago determina un aumento en la retención del delincuente.

El artículo 91 establece la imposición de una multa hasta por la cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, en el momento de cometerse el delito en los casos de las fracciones I y III siguientes del mismo precepto.

Por lo que respecta al delincuente que incurra en alguno de los supuestos previstos por la fracción II se aplicarán las penas previstas por el artículo 90 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, que establece dos supuestos de acuerdo al quebranto patrimonial sufrido por la institución de crédito, en los siguientes términos:

a).- Multa de treinta a trescientas veces el salario general mínimo vigente en el Distrito Federal, en el momento de cometerse el delito, cuando el monto del quebranto no exceda del equivalente a quinientas veces el referido salario.

b).- Multa hasta por la cantidad equivalente a cinco mil veces el referido salario, si el quebranto patrimonial resulta ser excedente al equivalente a quinientas veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, al momento de cometerse el delito.

Igualmente la pena de multa es fijada por el Juez a su arbitrio dentro de los linderos señalados por los artículos 51 y 52 del Código Penal.

Nótese que esta modalidad de cuantificar las sanciones económicas previstas por las leyes, en cantidades equivalentes al salario mínimo, surgió como una respuesta al elevado índice infacionario que de 1982 a la fecha ha permanecido en nuestro país. Esa constante inflación económica a la fecha en que se implantó esa modalidad en las leyes mexicanas, había ocasionado respecto a ese punto, una situación que convertía a tales penas en irrisorias, lo que las constituía cáducas. Razón tenía David Ricardo, quien desde la Edad Media subrayó que existían dos tipos de salario: real y nominal; el salario real, fué considerado como aquel que al paso del tiempo rendía lo mismo, es decir alcanzaba para comprar los mismos bienes; en tanto que el salario nominal se caracteriza por la pérdida del poder adquisitivo del mismo. El salario real era factible así como un salario en especie, en tanto el nominal como un salario en dinero.

Por salario se entiende de acuerdo con el artículo 82 de la Ley Federal del Trabajo, "la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo" y ese salario de acuerdo al

artículo 85 del Ordenamiento citado "debe ser remunerador, y nunca menor al fijado como mínimo".

Ahora bien; es el artículo 90 de la Ley laboral el que define al salario mínimo como "la cantidad menor que debe recibir en efectivo el trabajador por los servicios prestados en una jornada de trabajo". El mismo precepto le atribuye como características el que "deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social y cultural, y para proveer la educación obligatoria de los hijos". Ese salario además es protegido por órganos de la Autoridad competente pues la Ley "considera de utilidad social el establecimiento de instituciones y medidas que protejan la capacidad adquisitiva del salario y faculten el acceso de los trabajadores a la obtención de satisfactores".

Como vemos, la medida de proveer así las multas por la Ley, ante la imposibilidad del Estado Mexicano de detener los índices inflacionarios en la economía del mismo que convertían las sanciones pecuniarias en irrisorias irrogándole a la ley la consecuente ineficacia de su acatamiento, resulta adecuada.

El primer párrafo del artículo 90 y el mismo del 91, de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, fueron reformados por decreto publicado en el Diario Oficial el 19 de enero de 1988, con el propósito de establecer una proporcionalidad entre al daño causado y la pena, ello porque antes de la mencionada reforma, la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, establecía sanciones de dos a diez años y multa de hasta cinco mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal por la comisión de cualquiera de los delitos previstos en ella sin importar el monto del quebranto patrimonial en lo conducente.

Es obvio que la comisión de delitos bancarios por funcionarios o empleados de las Sociedades Nacionales de Crédito correspondientes, encuentran otra sanción lógica en la rescisión de su contrato de trabajo por causas a ellos imputables.

e) **Excusas absolutorias.**— Consisten estas en opinión del maestro Castellanos Tena en "aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena."(199)

Jiménez de Asúa las identifica como la no aplicación de la pena por causas de utilidad pública, aún cuando el delito se haya configurado plenamente.(200)

Es decir, por salvaguardar un bien o institución de mayor importancia, el legislador ha decidido la no aplicación de la pena al delito cometido.

En el delito a estudio, consideramos que no se dan las excusas absolutorias, porque visto el quebranto patrimonial, así como que ese daño o puesta en peligro patrimonial lo sufre el Estado indirectamente en su Patrimonio, y en razón de que el delito es cometido por un empleado o funcionario público, no hay ninguna relación medular entre la Sociedad Nacional de Crédito y el delincuente de la que pueda emerger un bien, relación o institución a proteger bajo la forma de excusa absolutoria.

La Ley tanto Penal como Especial, no establecen ninguna excusa absolutoria en el delito que analizamos.

199.— Castellanos Tena Ferrando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*; p. 276.

200.— Véase Jiménez de Asúa Luis, *La Ley y el Delito*; p. 433.

CAPITULO XII

TENTATIVA, PARTICIPACION Y CONCURSO DE DELITOS.

a) Formas de aparición del delito (Iter criminis).- Es unánime la doctrina al expresar que a las diversas etapas que recorren todos los delitos para llegar a su consumación, se denominan iter criminis.

El iter criminis se encuentra constituido por dos etapas:

a) Interna.- Es aquella que inicia con la idea del sujeto de delinquir y termina en el momento anterior a la exteriorización. Esta fase comprende la ideación, la deliberación y la resolución de cometer el delito. La fase interna queda fuera de toda acción penal en razón de que nadie puede ser penado por

sus pensamientos.; y

b) Externa.- Es la que se inicia con la manifestación del delito y termina con la ejecución del mismo. Las fases que comprende son la resolución manifestada, los actos preparatorios, y la ejecución, pudiendo devenir esta última en tentativa o consumación. Por su importancia procederemos a definir las fases de la etapa externa.

Resolución manifestada.- Es la deliberación interna de la idea criminosa, realizada objetivamente en el mundo externo. La idea que residía en el pensamiento aflora al exterior. La manifestación no es punible pero podemos encontrar la excepción en los delitos de amenazas e injurias.

Actos preparatorios.- Son los que no constituyen la ejecución del delito, pero se encuentran referidos al mismo delito que se trata de cometer; son los hechos y circunstancias necesarias que realiza el delincuente, para la ejecución del delito.

Ejecución.- Esta puede dar lugar a la tentativa o a la consumación.

b) Tentativa.- Conforme al artículo 12 del Código Penal, "existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito. Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin

perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que consatituyan por sí mismos delitos." Es loable la reforma a este artículo en cuanto ya no castiga el hecho del arrepentimiento espontáneo del autor.

Con acierto expresa Ramon Palacios Vargas, que "la existencia jurídica del delito tentado viene de su particular previsión genérica en la ley, y del tipo principal; tiene su propia materialidad, puesto que objetivamente es diverso el resultado -material o simplemente jurídico- del tipo principal, que la objetividad de la tentativa consiste en la puesta en peligro de aquél bien garantizado por el referido tipo; la tentativa es perfecta, y ahí inculminable, cuando satisface los elementos subjetivos y objetivos -a veces normativos- requeridos por su norma general y por la norma que tutela el bien agredido".(201)

"En la tentativa -enseña Castellanos Tena-, existe ya un principio de ejecución y, por ende, la penetración en el núcleo del tipo".(202)

El mismo Ramon Palacios Vargas, afirma que "la tentativa requiere, dentro del sistema entronizado por el Derecho penal liberal, una norma específica que prevea esa actividad, para poder ser inculminada; la norma de la tentativa es accesoria; sólo cobra vida al contacto con la norma principal de la que es un grado menor. Es un título de delito autónomo -tentativa, frustración-, pero jamás tiene vida por sí. No hay pues el delito de tentativa, sino la tentativa de un delito, por ser 'el fruto de la combinación de dos normas inculminadoras; una principal y otra secundaria, las cuales dan vida a un nuevo

201.- Palacios Vargas J. Ramón, La Tentativa; p. 27.

202.- Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal; p. 285.

título de delito, el delito tentado' como resume Bettiol y acepta la doctrina dominante; en nuestro régimen jurídico penal, dados los términos en que se encuentran concebidos los artículos 14 y 16 constitucionales, la tentativa, para ser inculpada debe recibir previsión legal. No desmerece la consideración de que el legislador eleva verdaderas tentativas a la categoría de delitos *per se*, en cuanto a que ahí pierde su carácter accesorio, vinculado, y no es ya tentativa de un delito, sino figura típica".(203)

La tentativa puede presentarse como inacabada, la cual existe cuando se interrumpe el proceso del delito por causas ajenas a la voluntad del agente habiéndose omitido algún acto encaminado a la realización. Como acabada conocida también como frustración, ocurre cuando completándose el proceso ejecutivo no hay consumación, por causas ajenas al agente aun cuando no hayan ejecutado todos los actos para producir la infracción penal sin que se haya omitido ninguno.

Por lo que respecta al fundamento de la punibilidad en la tentativa de acuerdo a Carrara, es opinión dominante que "la base de la imputabilidad del conato es el peligro corrido por el derecho" o como lo traduce en un lenguaje más moderno Luis G. Cabral, "el fundamento del castigo de la tentativa es el peligro corrido por el bien jurídico que la ley tutela".(204)

En el delito materia de este trabajo, puede presentarse la tentativa ya sea acabada o inacabada; pero ello en las hipótesis de ilícitos que requieren de resultado material como sucede en tratándose de los supuestos a que se contraen la

203.- Palacios Vargas J. Ramón, La Tentativa; pp. 22 y 23.

204.- Véase Cabral Luis C., Compendio de Derecho Penal, Parte General; p. 203.

fracción II incisos a), b), c), d) y e), y la fracción III del artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito. Por lo que respecta a la fracción I de dicho numeral, por tratarse de un ilícito de carácter formal que se tipifica con la mera conducta omisiva o negligente del activo, no se surte el tipo amplificador de la tentativa. En otro orden debe recordarse que los delitos formales como el de atentados al pudor, no admiten la tentativa.

c) Participación delictuosa (concurso eventual).- En la participación o concurso eventual de sujetos se requiere: "a) Unidad en el delito, y b).- pluralidad de personas, acertadamente afirma Pavón Vasconcelos.(205)

Son delitos unisubjetivos aquellos en los cuales basta la intervención de un sólo agente para que sean producidos mientras que en los plurisubjetivos, es necesaria la intervención de dos o más sujetos para su integración, en virtud de la descripción típica, ejemplo de estos es el adulterio, presentándose en este caso coautoría en el concurso necesario; en tanto, en los primeros, puede surgir con la participación el caso del llamado concurso eventual de personas, lo que en puridad tampoco se descarta en los llamados delitos plurisubjetivos como en el caso del cómplice en el adulterio.

El artículo 13 del Código Penal regula la participación en los términos siguientes:

"Artículo 13.- Son responsables del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización;

205.- Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; p. 494.

- II.- Los que lo realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;
- VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento a una promesa anterior al delito, y
- VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.

Adevertimos de dicho precepto que el legislador previene en la actualidad todas las formas de participación en los términos siguientes:

La fracción I, el acuerdo o preparación del delito también llamada participación por preordenación.(206) Esta fracción sólo opera respecto a la realización del delito y no en los actos de ideación, deliberación y resolución que se dan en la mente del sujeto y que no son sancionables.

La fracción II alude sólo a la realización del delito por sí, o sea a los autores. Únicamente comprende el autor material, a quien materialmente realiza la conducta típica.

Luis C. Cabral precisa que "autor es el que ejecuta el hecho descrito en el tipo penal y coautores todos los que toman parte -inclusive parcialmente-, en la ejecución de ese hecho.(207)

206.- Alba Muñoz Javier, Apuntes de Clase, Escuela Libre de Derecho; México 1974.

207.- Cabral Luis C., Compendio de Derecho Penal Parte General; p. 215.

El mismo Luis C. Cabral afirma que "la participación extiende la punición a personas que, aunque no revisten la calidad de autores del delito intervienen en él a título de instigadores o cómplices", (208) lo cual rige en las siguientes fracciones salvo la VII y VIII del artículo 13 del Código Penal a comento.

La fracción III prevé la coautoría al mencionar la realización conjunta de varios sujetos con la finalidad de ejecutar en conjunto un ilícito penal y esta fracción lisa y llanamente contempla el caso de coautoría.

La fracción IV prevé el caso de la autoría inmediata en la que queda precisado como responsable de un delito el que para llevarlo a cabo se sirve de otro quien sólo tiene el carácter de instrumento. Es interesante agregar la observación de Pavón Vasconcelos en cuanto al comentar la disposición legal que se contiene en el artículo 13 del Código Penal indica que "la estimación delictiva del hecho no depende de la especial culpabilidad del autor material, sino de la apreciación culpable tanto de la particular conducta como de las convergentes a la producción del delito". (209)

La fracción V se refiere al autor intelectual y a quien compele o instiga; esto es quien conmina a otro a la ejecución de un delito. "La diferencia entre autoría e instigación -enseña Cabral-, resulta claramente del carácter principal de la primera y del carácter accesorio de la segunda, lo cual se traduce en la independencia del castigo de la primera y en la dependencia de la segunda... puede existir autoría punible sin instigación" (210).

208.- *Ibidem*; p. 215.

209.- Pavón Vasconcelos Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*; p. 499.

210.- Cabral Luis C., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*; p. 224.

En la fracción VI encontramos la participación consistente en la prestación de ayuda o auxilio a otro para la comisión del delito; esta ayuda o auxilio si bien constituye una contribución secundaria resulta eficaz en orden a la producción del resultado. Cifra Pavón Vasconcelos la complicidad en el auxilio prestado a sabiendas para la ejecución del delito, pudiendo consistir en un acto o un consejo. El elemento que la caracteriza es la voluntad en el cómplice de auxiliar para la realización del delito. La complicidad puede presentarse en forma dolosa o culposa y se manifiesta por hechos o abstenciones (connivencia). (211)

La fracción VII se resuelve en la hipótesis técnicamente denominada "participación subsequens" la cual está precedida de complicidad negativa o connivencia. Esta forma de participación no debe confundirse con la hipótesis de encubrimiento ya que en estos casos bien por favorecimiento real (ocultamiento de efectos o instrumentos del delito) o favorecimiento personal (ocultamiento de sujetos) el acuerdo entre autores, coautores, o cómplices es posterior con el encubridor a la ejecución del delito.

De manera sencilla diría que en la fracción VII del artículo 13 del Código Penal se capta como forma de participación el auxilio posterior por promesa previa del sujeto.

Finalmente la fracción VIII del artículo 13 del Código Penal se ocupa de la complicidad correspondiente, anteriormente sólo aplicable a los casos de lesiones y homicidio y con la última reforma a todos los que intervengan en la comisión de un delito cuando no conste precisamente quién ejecutó el acto generador eficiente de la producción del resultado. Por ejemplo

211.- Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; p. 509.

cuando varios sujetos lesionan a otro sin que conste quién de ellos haya sido productos de la mortal lesión.

Las diferentes formas de participación captadas en el artículo 13 del Código Penal vigente pueden ser objeto de aplicación en los diversos supuestos a que se refiere el artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

d) Concurso de delitos en los delitos previstos en el artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.- La pluralidad de delitos con la existencia de pluralidad de conductas, da lugar al llamado concurso real o material, ya que la unidad de conducta y pluralidad de delitos da lugar al llamado concurso ideal o formal; en tanto la pluralidad de conductas y unidad de delito conlleva al delito continuado; todo lo cual debe distinguirse del caso en que sólo existe unidad en la conducta y en el delito.

La problemática reseñada en el párrafo anterior es importante en la práctica en torno a la imposición de la pena en relación a un justo reproche conforme se precisa en el artículo 64 del Código Penal.

Existe delito continuado, previene el legislador en el artículo 7º fracción III del Código Penal, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal. Es clásico el ejemplo del robo continuado del empleado en la tienda en que trabaja.

El llamado concurso ideal o formal surge en la concurrencia efectiva de normas compatibles entre sí con unidad de conducta, pero a su vez constitutivas de un ilícito cada una de ellas. Ejemplo: quien al percutir una pistola, priva la vida

a otra persona, podría ser objeto de responsabilidad penal por los delitos de portación de arma de fuego, disparo de arma de fuego, lesiones y homicidio; sin embargo en función de la aplicación de los principios a que se sujeta la institución del concurso ideal de delitos, sólo debe castigarse por el delito de homicidio.

Debe distinguirse el concurso ideal homogéneo en el que el sujeto con su conducta transgrede varios bienes jurídicos iguales y compatibles, del caso que acabamos de exponer en el que la conducta se dirige a varias lesiones jurídicas distintas aún cuando compatibles entre sí. La nota distintiva del concurso ideal la encontramos en la compatibilidad por unidad de conducta. (212)

El concurso real aparece cuando varios actos independientes entre sí producen varios resultados, precisa Jiménez Gregg en su tesis recepcional. (213)

El concurso real existe "cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importa cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste". (214)

Enseña Jiménez de Asúa, que en el concurso real o ideal deben tenerse en cuenta los principios de especialidad, de subsidiaridad, de consunción y alternatividad. El principio de especialidad conduce a la aplicación de la ley particular que debe dejar sin efectos a la ley que prevenga la hipótesis general de su transgresión; o sea en el caso en que una misma materia sea

212.- Véase Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; pp. 494 y ss.

213.- Jiménez Gregg José, Dogmática de los Delitos Contra la Salud; p. 129.

214.- Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito; pp. 244 y 245.

regulada por dos leyes o disposiciones, la Ley o la disposición especial será la aplicable: "Lex specialis derogat legi generali".

El principio de subsidiaridad consiste en que, cuando una ley o disposición legal tiene carácter subsidiario respecto a otra, la aplicabilidad de esta excluye la aplicación de aquélla siendo importante anotar que las más importantes disposiciones subsidiarias son las referentes a la tentativa, que sólo es punible como tal manifestación del delito, cuando este no se ha consumado; y la complicidad, puesto que sólo es punible por este título el sujeto que no perpetra actos de autoría.

El principio de consunción, ejerce su imperio cuando el hecho previsto por una ley o disposición similar está comprendido en el tipo descrito en otras y puesto que esta es de más amplio alcance se aplica con exclusión de la primera.

Por último, el principio de alternatividad se presenta cuando dos tipos de delito son iguales, pero si las penas son diferentes el juez debe basar su resolución en la que se considere más benigna.

En orden a los supuestos típicos del artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito materia de este trabajo a que se refieren en idéntica forma los previstos en la derogada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, se presenta el problema en relación sobre todo con el delito de fraude siendo interesante anotar la Tesis bajo el rubro: CONCURSO APARENTE DE TIPOS, CUANDO NO OPERA EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD APLICABLE EN EL (CONFLICTO DE COMPETENCIA), que a la letra dice:

"Ante un pretendido conflicto de normas concurrentes, una de ellas perteneciente al

Código Penal Federal y la otra a una ley penal especial, como lo son los artículos 386 del Ordenamiento citado en primer término y el 153-bis I de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, es menester al juzgador precisar, si las dos normas describen hechos similares y si además de los elementos fundamentales recogidos en ellas hay algún otro que le otorgue amplitud típica mayor. A continuación el juzgador deberá establecer, tomando en cuenta la pretensión normativa de las leyes en conflicto, si en el caso particular ambos tipos penales pueden aplicarse simultáneamente, originando un concurso real o ideal de delitos, y consiguientemente una acumulación de penas, o si atendiendo al fenómeno de la especialidad, a virtud de la naturalidad de ambas leyes, no es posible tal aplicación simultánea por su manifiesta incompatibilidad, en cuyo caso una de ellas deberá excluir a la otra. En el caso particular considerando, que ni siquiera pueda estimarse existente un auténtico concurso de normas incompatibles entre sí, porque el artículo 153 bis citado, cuya aplicación se pretende, no comprende en su tipicidad todos los elementos del fraude genérico simple, previsto en el artículo 386 del Código Penal Federal, al no contener las características consistentes en el empleo de engaño o el aprovechamiento del error, como medios comisivos para que causalmente el agente pueda hacerse ilícitamente de la cosa o alcanzar un lucro indebido, por cuyo motivo, si el Ministerio Público ejercitó acción penal

Únicamente por el delito de fraude, en perjuicio de un particular, el conocimiento de los hechos compete a la autoridad judicial del fuero común, no siendo legalmente procedente invocar un supuesto conflicto, como lo es la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, y pretender con ello que el conocimiento de los hechos que motivaron el ejercicio de la acción penal corresponda a una autoridad judicial federal".- Amparo Directo 8484/82.- José Luis Galván Ruiz.- 18 de Agosto de 1982.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretaria: Elvia Díaz de León.

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- El Derecho Bancario tiene una triple naturaleza; la que resulta de su carácter privado, público y social por cuanto tiene una estrecha relación con el Derecho Económico al que se le da el carácter de Derecho Social.

SEGUNDA.- Los delitos contenidos en la legislación bancaria, como los que constituyen la materia de esta tesis, (artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito), forman parte del Derecho Penal Especial y no de un Derecho Penal Bancario.

TERCERA.- Fué positiva la nacionalización bancaria decretada el primero de Septiembre de 1982, porque mediante la debida canalización de las operaciones de banca, México, y no unos cuantos, puede aprovechar en su beneficio los recursos financieros que se obtengan.

CUARTA.- La dogmática jurídica penal, es la única solución para la debida interpretación de las normas jurídico-penales. Además, conforma en sí misma en su desarrollo histórico una constante evolución que puede cristalizarse en mejores y más justas resoluciones jurídicas.

QUINTA.- Aún tratándose de un delito especial, pueden intervenir en la comisión del ilícito previsto en el artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, todo tipo de personas, en términos del artículo 13 del Código Penal Federal.

SEXTA.- En función de su comisión, el delito tiene el

carácter de monosubjetivo y no de necesaria coautoría.

SEPTIMA.- En orden a la duración del delito, consideramos que el previsto en el artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito es un delito instantáneo con efectos permanentes (su consumación se realiza súbitamente pero sus consecuencias subsisten), aun cuando encontramos una excepción en la hipótesis a que se refiere el inciso d) de la fracción II del señalado artículo 91 (delito continuado).

OCTAVA.- En razón de la propia conducta el delito es por naturaleza de acción, aun cuando constituye excepción la fracción I del artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito en cuanto se trata de una hipótesis delictiva de omisión. Las acciones constitutivas por excelencia en el delito a comento son: falsificar, alterar, simular o realizar operaciones bancarias.

NOVENA.- Por cuanto al resultado en la conducta, puede recaer este en el quebranto patrimonial de la institución, o sólo ponerlo en peligro.

DECIMA.- La única hipótesis de ausencia de conducta que se presenta en los delitos a estudio es la de vis absoluta (fuerza física irresistible), en la que el servidor público bancario podría ser obligado, en contravención a todo manual de organización y procedimientos en las instituciones crediticias, a realizar operaciones irregulares.

Nos apartamos del criterio que considere que el tic nervioso da lugar a la ausencia de conducta en el delito, porque todas las operaciones bancarias son objeto de correcciones (conciliación).

DECIMAPRIMERA.- Siguiendo diversos criterios de clasificación en cuanto al tipo, concluimos:

A) El tipo a que se contrae el delito a comento es fundamental o básico, porque la tipificación de la norma no implica ni alteración ni agravación de la penalidad. B) Es también autónomo o independiente en la mayoría de sus hipótesis, pues solo resulta complementado en el supuesto a que se contrae el inciso c) en relación al inciso b) de la fracción II del artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, porque en este caso el tipo presupone la aplicación del tipo básico que se incorpora. C) En torno a la tutela penal y dada la pluralidad de bienes protegidos en el artículo 91 de la citada ley, es un tipo complejo. D) Por cuanto a su composición, el artículo 91 en la mayoría de las hipótesis es un tipo anormal, advirtiéndose que en la fracción I es un tipo normal. E) Por su formulación se trata de un tipo alternativo y casuístico. F) Se presenta la tipicidad en el delito a estudio en forma general o especial.

DECIMASEGUNDA.- El bien jurídico tutelado en el delito que se analiza consiste en preservar la fe y la seguridad tanto del depósito en ahorro como otras inversiones de los particulares en las Sociedades Nacionales de Crédito y la confianza de estas motivo de la fe y seguridad que en ellas depositan los particulares, preservándose asimismo el patrimonio específico de la institución bancaria afectada y además, protegiéndose el Patrimonio Nacional en cuanto las instituciones de crédito son del Estado mexicano.

DECIMATERCERA.- En el delito en mención se presentan como causas de justificación o de licitud el estado de necesidad y como causa extralegal la obediencia debida, exclusivamente.

DECIMACUARTA.- Salvo los casos de sordomudez y minoría

de edad, por estimar que semejantes estados son detectados desde el momento de solicitar empleo en las instituciones bancarias, los demás casos pueden presentarse en la comisión de los delitos bancarios; aún el de imputabilidad disminuída.

DECIMAQUINTA.- El artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, prevé un delito eminentemente doloso y puede señalarse que se presenta en él, el dolo subsiguiente, el dolo determinado, el dolo directo, el dolo genérico, el dolo de propósito, el dolo de daño y de peligro, el dolo principal, el dolo posible y real.

DECIMASEXTA.- El delito a estudio no es culposo pero la excepción la podríamos encontrar por omisión de cuidado en el párrafo primero en la primera parte del artículo 91 de la Ley, pudiendo calificar de inconciente la culpa que ahí se legisla (omisión de registro).

DECIMASEPTIMA.- Puede presentarse la hipótesis de error de prohibición en los casos de error de estado de necesidad y de error de obediencia debida, en concordancia con las únicas causas de licitud que podrían presentarse en la especie que se analiza.

Se excluye toda posibilidad de error de tipo en el delito a comento.

Procede considerar sin embargo la existencia de la no exigibilidad de otra conducta en el delito.

DECIMAOCTAVA.- Es necesario precisar y legislar sobre las condiciones objetivas de punibilidad en los delitos en general en cuanto requisitos de procedibilidad, de orden procesal.

DECIMANOVENA.- Estimada procesalmente la condición objetiva de punibilidad, encontramos en el artículo 92 la condi-

ción señalada, en cuanto en los delitos a comento se procederá a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la que debe escuchar la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, sin perjuicio de que la institución bancaria ofendida actúe denunciando directamente en la especie de la fracción II del artículo 91 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

VIGESIMA.- Dado el bien jurídico tutelado, debe aumentarse el margen de penalidad aplicable en los delitos a comento.

VIGESIMAPRIMERA.- Por lo que respecta a la tentativa es dable esta en cuanto se presente el resultado material de quebranto patrimonial pero se destierra toda posibilidad de tentativa en las hipótesis que el propio artículo presenta como delito formal.

VIGESIMASEGUNDA.- En cuanto a la participación, se presentan todas sus formas en el ilícito a estudio, a excepción de la especie de comlicidad correspondiente a que se refiere la última fracción del artículo 13 del Código Penal.

VIGESIMATERCERA.- En lo que se refiere al concurso de delitos es posible la coexistencia de diversas hipótesis criminosas entre sí del mismo ilícito. Es necesario reconocer también, la concurrencia del delito materia de este trabajo, con otros delitos de orden patrimonial, como el de Fraude y Administración Fraudulenta.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA, ROMERO MIGUEL
Derecho Bancario, Panorama del Sistema financiero Mexicano
Tercera Edición
Editorial Porrúa S.A., México 1986.

ACOSTA, ROMERO MIGUEL
Teoría General del Derecho Administrativo
Sexta Edición
Editorial Porrúa S.A., México 1984.

ALBA, MUÑOZ JAVIER
Apuntes de Clase, Escuela Libre de Derecho
México 1974.

ANTOLISEI, FRANCISCO
La acción y el Resultado en el Delito
Traducción
Editorial Jurídica Mexicana, México 1969.

BALESTRA, FONTAN
Derecho Penal, Parte Especial
Undécima Edición
Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1987.

BAUCHE, GARCIADIEGO MARIO
Operaciones Bancarias. Activas y Complementarias
Quinta Edición
Editorial Porrúa S.A., México 1985.

BELING, VON ERNEST
Esquema de Derecho Penal
Editorial de Palma, Buenos Aires 1944.

CABRAL, LUIS C.
Compendio de Derecho Penal, Parte General
Primera Edición
Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1987.

CARDENAS, RAUL F.
Derecho Penal Mexicano del Robo
Segunda Edición
Editorial Porrúa S.A., México 1982.

CARRANCA, Y TRUJILLO RAUL
Derecho Penal Mexicano. Parte General, Tomos I y II
Cuarta Edición
Editorial Antigua Librería Robledo, México 1955.

CARRARA, FRANCISCO
Programa de Derecho Criminal, Volúmenes I y II
 Editorial Temis, Bogotá 1956.

CASTELLANOS, TENA FERNANDO
Lineamientos Elementales de Derecho Penal
 Decimonovena y Vigésimo Primera Ediciones
 Editorial Porrúa S.A., México 1984 y 1985, respectivamente.

CERVANTES, AHUMADA RAUL
Derecho Mercantil. Primer Curso.
 Cuarta Edición
 Editorial Herrero S.A., México 1984.

COMISION, NACIONAL PARA LAS CELEBRACIONES DEL 175 ANIVERSARIO DE LA INDEPENDENCIA NACIONAL y 75 ANIVERSARIO DE LA REVOLUCION MEXICANA
Congreso Constituyente 1916-1917. Diario de Debates, Tomos I y II
 Primera Edición Fascimular
 Editorial Talleres Gráficos de la Nación, México 1985.

CUELLO, CALON EUGENIO
Derecho Penal. Parte General, Tomo I
 Décimooctava Edición
 Editorial Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona 1980.

ESCRICHE, JOAQUIN
Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Tomos I y II
 Segunda Edición
 Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1985.

FERNANDEZ, DOBLADO LUIS
Culpabilidad y Error
 Editorial Comisión Nacional de los Anales de Jurisprudencia y Boletía Judicial, México 1951.

FERRI, ENRICO
Principios de Derecho Criminal
 Editorial Reus, Madrid 1933.

FRANCO, GUZMAN RICARDO
La Subjetividad en la Ilícitud
 Primera Edición
 Editorial José M. Cajica Jr. S.A., México 1959.

GRAF, ZU DOHNA ALEXANDER
La Estructura de la Teoría del Delito
 Traducción de la Cuarta Edición Alemana
 Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1958.

GUTIERREZ, Y GONZALEZ ERNESTO
Derecho de las Obligaciones
Quinta Edición
Editorial Cajica, México 1984.

JESCHECK, HANS HEINRICH
Tratado de Derecho Penal, Tomos I y II
Tercera Edición
Editorial Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona 1981.

JIMENEZ, DE ASUA LUIS
La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal
Tercera Edición
Editorial Hermes, Buenos Aires 1959.

JIMENEZ, DE ASUA LUIS
Tratado de Derecho Penal, Tomos III, IV, V y VI
Segunda Edición
Editorial Losada S.A., Buenos Aires 1956.

JIMENEZ, GREGG JOSE
Dogmática de los Delitos Contra la Salud
Tesis Profesional
U.N.A.M., México 1963.

JIMENEZ, HUERTA MARIANO
Derecho Penal Mexicano, Tomo I
Quinta Edición
Editorial Porrúa S.A., México 1985.

JIMENEZ, HUERTA MARIANO
La Antijuridicidad
Primera Edición
Editorial Imprenta Universitaria, México 1952.

JIMENEZ, HUERTA MARIANO
La Tipicidad
Primera Edición
Editorial Porrúa S.A., México 1955.

MAGGIORE, GIUSEPPE
Derecho Penal, Tomo I
Trad. a la Quinta Edición
Editorial Temis S.A., Bogotá 1985.

MANZINI, VICENZO
Tratado de Derecho Penal, Tomo II
Editorial Ediar S.A., Buenos Aires 1948.

MARGADANT, S. GUILLERMO
Introducción a la Historia del Derecho Mexicano
Tercera Edición
Editorial Esfinge S.A., México 1978.

MAURACH, REINHART

Tratado de Derecho Penal, Tomo II
Trad.

Editorial Ariel, Barcelona 1962.

MEZGER, EDMUND

Derecho Penal, Parte General, Libro de Estudio
Trad. de la Sexta Edición Alemana 1955.

Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1958.

MEZGER, EDMUND

Tratado de Derecho Penal, Tomos I y II

Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1957.

NUÑEZ, C. RICARDO

La Culpabilidad en el Derecho Penal

Editorial De Palma, Buenos Aires 1956.

PALACIOS, VARGAS J. RAMON

La Tentativa

Segunda Edición

Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1979.

PAVON, VASCONCELOS FRANCISCO

Imputabilidad e Inimputabilidad

Primera Edición

Editorial Porrúa S.A., México 1983.

PAVON, VASCONCELOS FRANCISCO

Manual de Derecho Penal Mexicano

Segunda y Octava Ediciones

Editorial Porrúa S.A., México 1967 y 1987 respectivamente.

PLANIOL, MARCELO y RIPPERT, JORGE

Tratado Práctico de Derecho Civil Frances, Tomo III, Los Bienes.

Editorial Publicaciones Cultural, Habana 1959.

PEREZ, LOPEZ ENRIQUE

Expropiación Bancaria en México y Desarrollo Desestabilizador

Primera Edición

Editorial Diana, México 1987.

PORTE, PETIT CELESTINO

Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal
Undécima Edición

Editorial Porrúa S.A., México 1987.

PORTE, PETIT CELESTINO

Importancia de la Dogmática Jurídica Penal

Editorial Gráfica Panamericana, México 1954.

PORTE, PETIT CELESTINO

Programa de la Parte General de Derecho Penal

Primera Edición

Editorial U.N.A.M., Dirección General de Publicaciones,
México 1958.

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, UNIDAD DE LA CRONICA
PRESIDENCIAL

Las Razones y Las Obras, Gobierno de Miguel de la Madrid,
Crónica del Sexenio 1982-1988, Primer Año

Editorial Talleres Gráficos de la Presidencia de la Repú-
blica, México 1984.

PUEBLITA, PELISIO ARTURO

Elementos Económicos en las Constituciones de México

Primera Edición

Editorial Limusa, México 1982.

RANGEL, COUTO HUGO

Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXVIII,
núm. 109.

Primera Edición

Editorial U.N.A.M., México 1978.

RODRIGUEZ, RODRIGUEZ JOAQUIN

Derecho Bancario, Introducción, Parte General, Operaciones
Pasivas.

Cuarta Edición

Editorial Porrúa S.A., México 1976.

SERRA, ROJAS ANDRES

Derecho Administrativo, Tomo II

Decimasegunda Edición

Editorial Porrúa S.A., México 1983.

SOLER, SEBASTIAN

Derecho Penal Argentino, Parte General, Tomos I y II

Primera Reimpresión Total

Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1951.

TELLO, MACIAS CARLOS

La Nacionalización de la Banca en México

Tercera Edición

Editorial Siglo XXI Editores S.A. de C.V., México 1987.

VELA, TREVIÑO SERGIO

Antijuridicidad y Justificación

Segunda Edición

Editorial Trillas S.A., México 1986.

VELA, TREVIÑO SERGIO

Culpabilidad e Inculpabilidad

Primera Reimpresión

Editorial Trillas S.A., México 1977.

VON, LIZT FRANZ
Tratado de Derecho Penal, Tomo II
Tercera Edición
Editorial Reus, Madrid 1927.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL
Manual de Derecho Penal, Parte General.
Primera Edición
Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1986.

ZARCO, FRANCISCO
Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente
(1856-1857)
Reimpresión de la Primera Edición.
Editorial Talleres Gráficos de la Nación, México 1979.