

258
29'



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

"ESTUDIO DOGMATICO DEL ARTICULO 90 FRACC. I
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 :

JOEL HUMBERTO ESTRELLA CRUZ

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ASESOR DE TESIS:

LIC. CARLOS JUAN MANUEL DAZA GOMEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, MEXICO

JULIO DE 1980



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.

**"ESTUDIO DOGMATICO DEL ARTICULO 90, FRACC. I
DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO
PUBLICO DE BANCA Y CREDITO"**

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

DELITOS EN GENERAL Y ESPECIALES

I. DELITOS EN GENERAL

1. CONCEPTO DE DELITO	1
2. CLASIFICACION DE LOS DELITOS	11
2.1 EN ORDEN A LA CONDUCTA	12
2.2 EN ORDEN AL RESULTADO	13
2.3 EN ORDEN AL TIPO	13

II. LOS DELITOS ESPECIALES

1. CONCEPTO	17
2. LOCALIZACION LEGISLATIVA Y REGLAS DE TECNICA LEGISLATIVA APLICABLE A LOS DELITOS ESPECIALES	23

CAPITULO SEGUNDO

SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO

LAS SOCIEDADES NACIONALES DE CREDITO

I. NATURALEZA JURIDICA	29
II. REGIMEN JURIDICO (EVOLUCION Y DINAMICA)	34

CAPITULO TERCERO

LOS DELITOS CONTENIDOS EN LA LEY REGLAMENTARIA

DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO

I. LOS DELITOS BANCARIOS

(ANTECEDENTES LEGISLATIVOS)	46
-----------------------------------	----

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LAS FIGURAS

TIPICAS	51
---------------	----

CAPITULO CUARTO
ESTUDIO DOGMATICO DEL ARTICULO 90 FRACCION I
DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO
DE BANCA Y CREDITO

I. GENERALIDADES	66
II. PRESUPUESTOS	68
III. ELEMENTOS DEL DELITO	
1. CONDUCTA O HECHO	70
AUSENCIA DE CONDUCTA	73
2. TIPICIDAD	76
ATIPICIDAD	82
3. ANTIJURIDICIDAD	85
CAUSAS DE JUSTIFICACION	86
4. IMPUTABILIDAD	93
INIMPUTABILIDAD	94
5. CULPABILIDAD	98
INCUPLABILIDAD	105
6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD ...	110
AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS	
DE PUNIBILIDAD	112
7. PUNIBILIDAD	113
EXCUSAS ABSOLUTORIAS	114
CONCLUSIONES	117
BIBLIOGRAFIA	120

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

El objeto de la presente investigación es resaltar la existencia de algunos hechos punibles que no se encuentran incluidos en el Código Penal y que no por eso dejan de ser ilícitos; tal es el caso de los delitos contenidos en el Título Cuarto, Capítulo III de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Dada la importancia de las actividades que realizan las Sociedades Nacionales de Crédito, el legislador ha establecido determinadas normas encaminadas a brindar una especial protección a estas Instituciones, ya que con frecuencia, encontramos que se realizan actividades ilícitas que además de afectar el patrimonio de éstas, afectan por ende el de los particulares que transigen con ellas. En consecuencia el interés que se trata de proteger, sólo lo estará en la medida en que existan dentro de la Legislación Bancaria una serie de prohibiciones, delitos y sus correspondientes sanciones, encaminadas a asegurar la eficacia del mismo ordenamiento, sin que por ello estos delitos pierdan su carácter netamente penal pues, aunque no se encuentran tipificados en el Código Penal sería un error pretender ignorar que donde quiera que se este creando un tipo, se esta en presencia de una ley punitiva. Ya que el mismo Código Penal establece esta posibilidad dando inclusive prioridad de aplicación a esta Ley especial.

CAPITULO PRIMERO

DELITOS GENERALES Y ESPECIALES

A) LOS DELITOS EN GENERAL.

1. Concepto de Delito.

El Estado como expresión de la voluntad popular, - está legitimado para ejercitar su poder dentro del marco de legalidad fijado por su Ley Suprema y leyes secundarias; por lo tanto, ningún Estado está facultado para actuar válidamente fuera de su esfera de competencia, esto es, un Estado de Derecho tiene la función de crear y asegurar las condiciones de existencia que permitan satisfacer las necesidades de la colectividad que le dió origen, para facilitar así la vida - en comunidad con orden, justicia y paz social.

Para lograr tales fines, cada Estado cuenta con -- una legislación especializada encargada de salvaguardar dichos bienes jurídicos fundamentales, en la que se plasman -- una serie de medidas necesarias, tendientes a prevenir o reprimir la criminalidad, determinando en cada caso, qué conductas no se deben realizar so pena de la aplicación o imposición de una sanción en caso de contravención, surgiendo -- así los conceptos de "Delito y Pena".

Ahora bien, la existencia del delito es algo que -

está más allá de cualquier duda, se presenta y ha existido - desde que el hombre nace a la vida comunitaria; por tal motivo, diversos autores han tratado de obtener una definición - del delito que tenga validez universal para todos los tiempos, lugares y personas; Mariano Jiménez Huerta dice al respecto, "La idea del Delito nace unida a la del Estado y aparece influida por las concepciones en éste imperantes, hasta el extremo de que bien puede afirmarse que la historia del - concepto del delito marcha al unisono de la del concepto del Estado, y que ambos, se nutren de la misma esencia de sus rutas históricas" (1). El delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, así los hechos que unas veces han tenido ese carácter lo han perdido en función de situaciones diversas, y al contrario, acciones no delictuosas han sido erigidas en delitos. - En este sentido, haré un breve recorrido de lo que a lo largo de la historia se ha considerado como delito según la época en que se ubique.

En sus orígenes el delito presentaba caracteres religiosos y vengativos; después en la cultura griega toma un pequeño giro filosófico y de justicia que no llega a florecer en forma significativa, por lo cual, en esta etapa no se da ni una remota idea o concepto del delito.

(1) DERECHO PENAL MEXICANO, Tomo I, Ed. Porrúa, México 1983 p. 10.

Es en el Imperio Romano donde se empieza a formar - el concepto del delito pero para esto tiene que pasar por varias etapas, en un principio el delito era concebido como -- una ofensa exclusivamente personal y de tipo privada, por lo tanto, era directamente reprimido por quien sufría el perjucio de la conducta delictuosa, sin que el poder público interviniera, dejándose la composición o reparación del daño - en manos de los particulares, lo cual presentaba serios inconvenientes pues con frecuencia esta composición se excedía -- fomentándose venganzas, es ahí precisamente donde se establece "El Tali6n" (ojo por ojo y diente por diente), aplicándose al infractor el mismo da6o que hubiese causado, lo cual, no result6 gran evoluci6n de sus etapas predecesoras. En la 6poca de la Rep6blica del Imperio Romano, se da un peque6o - paso hacia la civilizaci6n, pues se establece en ciertos casos una compensaci6n pecunaria, la cual era fijada por el Estado, d6ndose as6 un cierto equilibrio entre los conceptos - de libertad y autoridad, fundamentales para ese Derecho Primitivo. Aqu6 aparece tambi6n, un nuevo 6mbito o esfera delictiva, "La Funci6n P6blica" que contemplaba aquellas conductas que atentaban contra el orden p6blico, la organizaci6n Politico-Administrativa o la propia seguridad del Estado; y es - aqu6, donde en el Imperio Romano sienta sus bases m6s importaⁿtes para la concepci6n y desarrollo del concepto del delito.

Posteriormente, la lucha entre el Poder Estatal, la Iglesia y los señores feudales, caracterizó la época, dándose un caos con respecto a la idea de lo que debería ser el delito, no existiendo un criterio rector que diese seguridad jurídica y moderase la arbitrariedad creadora de figuras delictivas, cayendo el derecho penal al rango o categoría de simple instrumento de represión, pues el delito era considerado como una desobediencia la cual se castigaba para afirmar la sumisión del pueblo hacia los señores feudales.

El Derecho Penal contemporáneo, se gesta en ideas de ilustración y del iluminismo, acabando poco a poco con la arbitrariedad que le precedía en la época feudal, encontrando su máxima expresión en la "Declaración de los Derechos del Hombre" de 1782, en donde se consagraba el principio de legalidad de la existencia de los delitos y las penas, siendo las primeras constituciones políticas de ese tiempo las que diesen término a la arbitrariedad judicial, sentando bases legales y plasmado en ellas máximas como la de "Nullum Crimen N^o lla Poena Sine Lege", la libertad política quedó afirmada, pero aún sin poder determinar la esencia de las conductas o comportamientos que debían castigarse con la aplicación de alguna pena, por lo tanto, el delito no supera su fase de simple desobediencia a la Ley.

Es hasta principios del Siglo XIX, cuando se empie-

za a desentrañar la esencia del delito, Mariano Jiménez Huerta, en su obra resalta opiniones de algunos autores de la época que tratan el tema, señalando entre otros a Birnbaum, - - quién indica que "la sustancia del delito consiste en una lesión o puesta en peligro de un bien garantizado por el poder estatal"; o a Carrancá, que además de afirmar que "el delito es la violación de la Ley promulgada", agrega que "es un ente jurídico, porque su esencia debe consistir infaliblemente en la violación de un derecho" (2).

Es así como se van desarrollando diversas teorías y escuelas donde se insiste en destacar el contenido que caracteriza al delito, dejando de ser una simple desobediencia de la Ley, deviniendo en lesión efectiva de bienes o intereses jurídicos tutelados; el mismo Mariano Jiménez Huerta, señala varias concepciones al respecto: Leipmann, reconoce que el delito es una ofensa o puesta en peligro de bienes jurídicos; Mezger hace radicar el carácter íntimo del delito en la lesión de un bien jurídico tutelado; Bettiol considera que es la lesión de un bien jurídico tutelado y, Jiménez de Azúa dice que es la lesión de aquellos intereses que el Legislador estima más dignos de tutela (3).

Ahora pasaré a un marco muy aceptado, el doctrinal,

(2) Ob. cit., Tomo I, p. 14.

(3) Ob., cit., Tomo I, p. 15.

en el que existen dos corrientes que tratan de explicar el -- contenido del delito desde diferentes puntos de vista; por un lado el formalista, y por el otro el substancial:

a) Por lo que se refiere a la concepción formal, el delito tiene la ley positiva-formal, tal como lo establece -- nuestro Código Penal a través de su Artículo 7o. al señalar - que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las Leyes Pe- nales".

b) Por otra parte entre los sostenedores de substan- cialismo, no existe unidad de criterios en cuanto a la idea - del delito, dado que pretenden conceptualarlo en base a los ele- mentos que lo integran, razón por la cual diversos tratadist-- tas han elaborado principalmente dos diferentes métodos o con- cepciones para el estudio del delito:

I) Concepción totalizadora o unitaria.

II) Analítica o atomizadora.

Los partidarios de la primera de estas concepciones consideran, que el ilícito penal forma un todo unitario, y por tanto, no puede ser fraccionado en elementos; según Bettiol, "es una entidad que no se deja escindir en elementos diversos, la realidad del delito no está en cada uno de los componentes

del mismo y tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad" (4), y concluyen los partidarios de esta corriente diciendo, que el delito debe estudiarse en forma integral únicamente.

Por su parte, en la concepción analítica o atomizadora se contempla al delito descompuesto en elementos, o sea, que para esta tendencia la conducta o hecho delitivo debe ser dividido en elementos, sin que ello signifique negar que el ilícito penal constituye una unidad integrada por una vinculación indisoluble. Dentro de esta postura encontramos a su vez muy diversas definiciones substanciales del delito, tomando como punto de partida el número de elementos que cada autor considera que integran al ilícito, así pues, existen concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas y heptatómicas.

De acuerdo a lo anterior, se puede determinar que el concepto legal o legislativo del delito plasmado en el Artículo 7o. de nuestro Código Penal de 1931, corresponde a una concepción bitómica al decir que "el delito es el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales", esto es, "el delito es una conducta punible".

Siguiendo este orden de ideas y con el objeto de conocer mejor el delito, lo estudiaremos atendiendo a la concep

(4) DIRITTO PENALE, Parte Generale. 3a. Ed. Padermo 1955.

ción analítica, esto es, determinando cada uno de sus elementos integrantes tratando de apegarnos a la dogmática jurídica, la cual, como nos explica Celestino Porte Petit "es la que nos proporciona las pautas a seguir con el objeto de interpretar, describir, construir y sistematizar los principios rectores - de las normas penales, a través de una prelación lógica establecida, en cuanto a los elementos que integran al delito" (5)

Así, basándose en este sistema y al aplicarlo al Código Penal, además de encontrar la concepción bitómica o dicotómica, varios autores, entre ellos el mismo Porte Petit, obtiene la "concepción dogmática del delito" que abarca tanto - sus elementos en el aspecto positivo como en el negativo, esto es, la existencia o inexistencia del delito y que Porte -- Petit resume en el siguiente cuadro (6) el cual es una concepción heptatómica.

Concepción dogmática del aspecto positivo del delito.

- | | | |
|----|-------------------|--|
| 1) | CONDUCTA O HECHO: | Art. 7o. del Código Penal y núcleo del tipo respectivo. |
| 2) | TIPICIDAD: | Adecuación a alguno de los tipos legales (implícita en el Código Penal y expresa - en el Art. 14 Constitucional) |

- (5) IMPORTANCIA DE LA DOGMATICA JURIDICO PENAL., Ed. Porrúa, México 1954, p. 22.
- (6) APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL. Ed. - Porrúa, México 1982, p.p. 250 y 254

- 3) ANTIJURICIDAD: Cuando habiendo tipicidad - no existe una causa de justificación o licitud.
- 4) IMPUTABILIDAD: Cuando no concurre la excepción regla de incapacidad - de culpabilidad contenida - en el Art. 15 Fracción II - del Código Penal.
- 5) CULPABILIDAD: Artículos 8o. y 9o. Fracción II del Código Penal.
- 6) CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD: Excepcionalmente requeridas por la Ley.
- 7) PUNIBILIDAD: Artículo 7o. del Código Penal y pena señalada en cada tipo legal.

Concepción dogmática del aspecto negativo del delito

- 1) AUSENCIA DE CONDUCTA: Artículo 7o. del Código Penal, interpretado a contrario sensu (además el Artículo 15 Fracción i, se refiere a una hipótesis de ausencia de conductas: fuerza física irresistible).
- 2) ATIPICIDAD: Cuando no hay adecuación a alguno de los tipos descri-

3) CAUSAS DE LICITUD:

tos en la Ley (Art. 14 constitucional, interpretado a contrario sensu).
Artículo 15 Fracciones III, IV, V, VIII del Código Penal.
- Legítima defensa (Fracc.- III).
- Estado de necesidad (cuando el bien sacrificado es de menor entidad, Frac. IV)
- Ejercicio de un derecho - (Fracc. V).
- Cumplimiento de un deber (Fracc. VII).
- Impedimento legítimo (Frac. VIII).

4) INIMPUTABILIDAD:

Cuando concorra la hipótesis prevista en la Fracc. II del Artículo 15 del Código Penal

5) INCULPABILIDAD:

Artículo 8o. Código Penal, interpretado a contrario sensu.
- Obediencia jerárquica (Art. 15 Fracción VII).

- Estado de necesidad, cuando el bien sacrificado es de igual entidad que el bien salvado (Art. 15 - Fracc. IV).
 - Abortos por causas sentimentales (Art. 333).
- 6) **AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD:** Cuando siendo requeridas por la Ley, falte alguna de ellas.
- 7) **EXCUSAS ABSOLUTORIAS:** Artículo 375 del Código Penal (379 Robo de Familiar)

A mi parecer esta concepción dogmática del delito es la más completa y clara, ya que como exponen algunos autores como Jiménez Huerta, Carrancá y Trujillo, así como Porte Petit, al decir que aunque el Código Penal no menciona expresamente todos los elementos del delito, estos se sobreentienden ya que no es posible prescindir de alguno de ellos.

2. CLASIFICACION DE LOS DELITOS.

Existen diversas clasificaciones de los delitos, -- tantas, como autores podamos encontrar y aunque en esencia -- sean similares, varían de acuerdo a su particular punto de -- vista, razón por la cual al compararlas, y en base al objeto del presente estudio, considero una de las más sistemáticas y

completa, la que realiza Porte Petit, (7) al clasificar al delito en relación a:

- 1) La Conducta
- 2) Al Resultado
- 3) Al Tipo

En razón de lo extenso que resultaría la explicación detallada de estas clasificaciones además de no ser especial punto de estudio de este trabajo, me limitaré únicamente a dar una breve explicación y señalar cada uno de sus tipos.

2.1. CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA

En ésta se atiende a la actividad o inactividad realizada en la comisión del delito, teniendo los siguientes:

- a) ACCION
- b) OMISION
- c) OMISION MEDIANTE ACCION
- d) MIXTOS DE ACCION Y OMISION
- e) DELITO SIN CONDUCTA, DE SUSPECHA DE POSICION O DE COMPORTAMIENTO.
- f) OMISION DE RESULTADO
- g) DOBLEMENTE OMISIVAS.

(7) Ibidem, p.p. 371 a 464.

- h) UNISUBSISTENTE Y PLURIBSISTENTE
- i) HABITUAL

2.2. CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO.

Esta clasificación se basa al tiempo de consumación del delito, esto es, el tiempo en que se agota el mismo, teniendo así:

- a) DELITO INSTANTANEO
- b) DELITO INSTANTANEO CON EFECTOS PERMANENTE O DELITO PERMANENTE IMPROPIO
- c) DELITO PERMANENTE
- d) DELITO NECESARIAMENTE PERMANENTE
- e) DELITO EVENTUALMENTE PERMANENTE
- f) DELITO ALTERNATIVAMENTE PERMANENTE
- g) DELITO DE SIMPLE CONDUCTA O FORMAL Y DE RESULTADO O MATERIAL.
- h) DELITO DE DAÑO Y DELITO DE PELIGRO.

2.3. CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO.

Esta última clasificación que señala Porte Petit, se basa en un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía o dependencia que guardan los tipos entre sí, siendo esta clasificación a la que daré mayor interés en razón de

ir íntimamente ligada al tema de estudio, por tratar a los de litos especiales, así pues, esta presenta los siguientes ti- pos:

A. Tipo Fundamental o Básico.

Es aquél que no deriva de ningún otro tipo y cuya existencia es totalmente independiente, (8) esto es, tiene va lidez por sí mismo, no vincula ningún otro tipo.

B. Tipos Especiales.

Estos se forman agregando al tipo fundamental o bá- sico algún otro requisito; adquiriendo así autonomía, dividién dose a su vez en dos tipos:

a) Privilegiados. Que se forman agregando al ti- po fundamental algún requisito que implique atenuación de la penal.

b) Cualificados. Formados al agregar al tipo bá sico algún requisito que implique aumento de la pena.

C. Tipos independientes o autónomos.

Estos en opinión de Porte Petit, son "una modifica- ción del tipo básico", surgiendo un delito que posee, una re-

(8) PORTE PETIT, Celestino. Ob. cit.,p.448

lativa independencia; aunque esta explicación no nos deja muy precisa la diferencia entre los delitos especiales y éstos, - Jiménez de Asúa, complementa la explicación opinando al respecto que, "la causa de agravación o atenuación es utilizada para formar un hecho punible nuevo e independiente".

D. Tipos Complementados Circunstanciados o Subordinados

Estos son los que se forman en base a un tipo básico añadiéndole determinada circunstancia pero sin que con esto se origine un delito autónomo, sino que solamente adquiere un diferente tratamiento en orden a la penalidad, apareciendo el mismo tipo pero con una pena más benigna o agravada, sin que esta circunstancia le de vida al delito pudiendo por consiguiente dividirse en:

- a) Privilegiados. (atenuados) vgr. Homicidio en riña.
- b) Cualificados. (agravados) vgr. Homicidio con Premeditación.

E. Tipos Presuncionalmente Complementado Circunstanciado o Subordinado Cualificado.

En estos delitos se presume la existencia de la premeditación como elemento que se agrega al tipo básico, señalando muy casuísticamente nuestra Ley cuales son estos tipos vgr.

Artículo 315, párrafo final del Código Penal, que se refiere a lesiones u homicidio causadas por inundación, incendio, me dios venenosos, etc., se presume que existe premeditación.

F Tipos de Formulación Libre.

En estos delitos se señala solamente un resultado típico no determinado, específicamente la conducta realizable para cometer el delito, esto es puede realizarse por cualquier actividad idónea para conseguir un fin. El Código Penal se limita únicamente a enunciar un comportamiento genérico vgr., decir que la violación es cópula violenta.

G. Tipos de Formulación Casística.

Son aquellos innecesariamente detallados, que surgen cuando la Ley Penal hace enunciamientos inútiles, vgr., el Artículo 288 del Código Penal, señala lo que se debe comprender bajo el nombre de lesiones, para lo cual da una lista muy extensa, sin definir de manera concreta lo que se debe entender por éstas.

H. Tipos Mixtos Alternativamente Formados.

Estos tienen lugar cuando la norma penal señala -- más de una conducta a realizar, y la tipicidad se integra al realizarse tan sólo alguna de ellas vgr., Art. 386 Código Pe

nal, "comete el delito de fraude, el que engañando a alguien o aprovechándose del error en que se haya, ..."

B) LOS DELITOS ESPECIALES

En nuestro sistema jurídico existen varias clasificaciones de delitos y por ende diversos tipos de ellos destacando de entre éstas un complejo cuerpo que se le ha denominado "Delitos Especiales" o "Derecho Penal Especial" y digo destacando en razón de ser considerados como "derechos sancionadores sui generis, susceptibles de tratamiento singular" - (9), además, de ser punto esencial del presente trabajo, por lo que me permitiré realizar una breve explicación de lo que estos delitos constituyen.

1. CONCEPTO DE LOS DELITOS ESPECIALES

Nuestro máximo Tribunal en una resolución dictada en relación a la "Autonomía de los Tipos" al hacer una clasificación sobre los delitos básicos, especiales y complementarios, desde un punto de vista doctrinario nos dice sobre estos delitos especiales:

"... suponen el mantenimiento de los caracteres de tipo básico pero añadiéndole alguna otra peculiaridad cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obli

(9) GARCIA DOMINGUEZ, Miguel Angel: Los Delitos Especiales Federales, Ed. Trillas, México 1987, p. 30.

ga a subsumir los hechos bajo el tipo especial", (10) esto es, estas figuras adquieren este nombre en razón de que a pe sar de nacer de un delito básico o fundamental conteniendo todos sus elementos y tutelando el mismo bien jurídico crean un delito autónomo en virtud de recoger ciertas modalidades o excepciones que se agregan al tipo básico, adquiriendo pre ferencia de aplicación, de tal manera, que éste, elimina al básico.

Surge un problema al querer determinar cuándo un delito se convierte en especial al agregársele algún requisi to, pero la respuesta la dará el mismo delito en particular ya que no existe ninguna regla que lo establezca categóricamente sino son los propios elementos que se agregan, los que los crean.

Algunos autores como García Domínguez o Porte Petit, destacan al sujeto activo del delito como el principal elemento en el que concurren estos requisitos o cualidades espe cíficas, ya que en la mayoría de las figuras delictivas es cualquier persona indeterminada la que puede encuadrarse en la descripción del tipo genérico; mientras que en los delitos especiales es un determinado grupo de personas quienes encu dran en la conducta descrita, en razón de poseer condiciones,

(10) SEMANARIO JURIDICAL DE LA FEDERACION, 6ª EPOCA, VOL. XV
p. 68

calidades o referencias típicas comunes entre sí vgr. Servidores Públicos (de ahí que se les conozca también como delitos exclusivos). Esta referencia abarca a todas las personas que lleguen a reunir ese requisito o calidad, sin que por -- ello vaya dirigido a una determinada persona en especial y - que con esto se rompa el principio de igualdad de la norma - jurídica; pues si bien es cierto, que al individualizarse el delito sólo puede ser una persona quién cometa el delito como sucede en el parricidio, también es cierto, que el tipo - que establece este delito va dirigido a cualquier descendiente consanguíneo que cause la muerte de un ascendiente en línea recta, pudiendo encuadrarse el sujeto activo en el delito especial con esa única condición; ahora bien, estos delitos a su vez se les denomina "de propia mano", ya que al realizarse la conducta sólo podrá ser un hijo, nieto, etc. de - la víctima quién actúe como sujeto activo, esto es, esa condición al particularizarse reduce el número de sujetos activos pues si no existiera el lazo paternal se caería simplemente en el tipo básico de homicidio.

Cabe aclarar, que el sujeto activo debe de cumplir o adecuarse a la calidad requerida en el tipo especial ya que si otra persona participa o coopera en la consumación del delito y no tuviese dicha calidad (según el caso) sería un simple participante de acuerdo a lo que establece el Código Pe-

nal en su Artículo 13, o simplemente realizaría la conducta - descrita en un tipo básico.

Regresando al punto de cuáles son los elementos que al agregarse logran crear los tipos especiales, Jiménez Huerta señala otros elementos que contienen estos tipos destacando las cualidades o referencias que se agregan al sujeto pasivo, así como el que se agregue un determinado elemento finalístico al tipo (11).

En cuanto al sujeto pasivo, en todo delito debe existir necesariamente para lo cual la doctrina distingue dos tipos de sujeto pasivo.

El primero, es el Estado, que se encuentra en todo delito en razón de ser el titular del interés público estatal y la comisión de un delito trasgreda éste interés.

El segundo es la persona física o moral titular del interés o bien jurídico dañado quién reciente la conducta lesiva, aclarando que en algunos casos no siempre es la misma - persona quién sufre directamente la conducta y es titular del bien jurídico tutelado vgr. En un robo a una persona moral, el titular del bien jurídico trasgredido es ésta, pero quién reciente la conducta o acción material del robo es una persona física necesariamente.

(11) Ob. cit. Tomo I pp. 95 al 21

En este sujeto pasivo, al igual que en el activo, - pueden agregarse calidades o referencias típicas que excluyen la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial estableciendo estas calidades en razón de proteger intereses preponderantes para el Estado o la Sociedad vgr. El infanticidio o el fraude a las Sociedades Nacionales de Crédito.

Como el elemento finalístico que nos señala Jiménez Huerta éste puede ser de lo más variado pudiendo consistir en algún elemento valorativo, en una referencia temporal o la -- concurrencia de un dolo específico, etc., pudiendo citar como ejemplos en el Parricidio, la intención de matar precisamente a un ascendiente conociendo de antemano esta circunstancia -- (dolo específico) o en el infanticidio además de la existen-- cia de un dolo específico, se requiere que la muerte del in-- fante se produzca dentro de las setenta y dos horas después - de su nacimiento (referencia temporal).

Ahora bien, dado que el elemento que se agrega al - tipo básico, para crear el tipo especial, puede ser de diversos tipos, según el elemento valorativo que se aplique, los - delitos especiales se pueden clasificar de dos tipos:

a) Calificados. Cuando la circunstancia o elemento específico que se agrega aumenta la penalidad que se aplica -

al crearse el tipo especial en comparación con la del tipo básico vgr., en el parricidio la penalidad es de 13 a 40 años - de prisión mientras que en el homicidio simple es de 8 a 20 - años.

b) Privilegiados. Cuando el elemento que se agrega disminuye la sanción en relación al tipo básico vgr., en el infanticidio la penalidad es de 6 a 10 años de prisión - - mientras que el tipo básico es de 8 a 20.

Cabe hacer mención, antes de pasar a otro tema, que en muchos casos al encontrar una figura delictiva en una Ley Administrativa o Especializada, no necesariamente implica que estemos frente aun delito especial o exclusivo, ya que aunque se encuentren fuera del Código Penal, estas figuras no crean la autonomía inherente a los delitos especiales, y que es requisito sine qua non para que se cree el mismo, lo que acarrea que existan muchos supuestos delitos especiales y que, por -- una falta de técnica legislativa, lo más que llegan a formar es un delito básico complementado y en algunos casos únicamente repiten los tipos básicos ya previstos en nuestro ordena-- miento penal, al grado de encontrar actualmente casi el doble de las figuras delictivas integradas en el Código Penal.

2. Localización Legislativa y Reglas de Técnica Legislativa Aplicable a los Delitos Especiales.

Localización legislativa de los Delitos Especiales.

Como hemos mencionado, los delitos especiales pueden estar localizados legislativamente en dos formas:

- a) Dentro del Código Penal o
- b) Insertos en un capítulo particular de una ley administrativa o especial.

Al pensar acerca de la existencia de figuras delictivas fuera del Código Penal, nos hace reflexionar sobre la legalidad de estos preceptos, lo que nos conduce a buscar las razones o fundamentos legales que sustentan la existencia de los mismos, que consecuentemente nos indican la localización legislativa de estos, ya que a simple vista, o para el común de la gente, el encontrar delitos en leyes especializadas hace pensar en que se trata de una ley privativa (o especial), que podría carecer de alguno de los elementos característicos de la ley (el ser general y abstracta), en razón de ir dirigida exclusivamente a un grupo de la sociedad o a alguna persona en particular, idea que chocaría con las garantías individuales contenidas en nuestra Carta Magna.

Esta idea resulta equivocada en razón de que a pesar de que estos delitos van dirigidos a un grupo determinado

de individuos por ejemplo, Servidores Públicos, estas leyes - se aplican en forma general para todos los individuos que posean esa característica o se encuadren en el tipo descrito, - sin que resulte restrictivo o determinado a una persona de -- forma nominal, por tanto, es obligatoria para todos los sujetos que se encuentren en tal supuesto.

A este respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha expuesto su criterio sobre lo que debe entenderse por Ley Privativa consignándolo en la tesis número 64B págs. 1147 y 1148 y que establece:

"Es carácter constante de las leyes, que sean de aplicación general y abstracta. Una ley - que carece de esos caracteres van en contra - del principio de igualdad garantizado por el Art. 13 Constitucional, y aún deja de ser una disposición legislativa, en el sentido material, puesto que le falta algo que pertenece a su esencia. Las leyes pueden considerarse como privativas, tanto las dictadas en el orden civil como en cualquier otro orden, pues el carácter de generalidad se refiere a las - leyes de todas las especies; y contra la aplicación de las leyes privativas, protege el ya mencionado Artículo 13 Constitucional".

Asimismo, la Suprema Corte en precedente a tesis jurisprudencial que aparece en la página 897 del Tomo XXXVI del Semanario Judicial de la Federación, ha estimado:

"La circunstancia de que en un decreto comprenda a un determinado número de individuos, no - implica que se le considere privativo, pues para ello se requiere que la disposición se dic-

te para una o varias personas a las que se mencione individualmente, pues las leyes - relativas a cierta clase de personas como los mineros, los fabricantes, los propietarios de alguna clase de bienes, etc., no son disposiciones privativas, porque comprenden a todos los individuos que se encuentran o lleguen a encontrarse en la clasificación establecida".

De la lectura y análisis de la jurisprudencia anterior, podemos distinguir los siguientes puntos:

1. Será privativa una ley en los siguientes casos:

a) Si la materia de que se trata desaparece después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano.

b) Si menciona individualmente (o nominalmente) a las personas que se va a aplicar.

c) Si comprende a un determinado número de individuos (de cierto grupo en general).

2. No será privativa la Ley:

a) Cuando se aplique sin consideración de especie o de personas a todos los casos que previene.

b) Cuando las leyes relativas a cierta clase de personas comprende a todos los individuos que se encuentran

o lleguen a encontrarse en la clasificación establecida.

El siguiente fundamento que justifica la existencia de esta clase de delitos especiales no comprendidos en el Código Penal, es el que encontramos precisamente en el Artículo 60. del propio ordenamiento y que a la letra dice:

Art. 60. "Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y en su caso: las conducentes del libro segundo. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones la especial prevalecerá sobre el general.

De la lectura del Artículo anterior, se desprende que el Código Penal no sólo acepta la existencia de delitos fuera del mismo, sino que además, establece una supremacía de aplicación de éstos sobre los contenidos de él.

Al hablar sobre la existencia de delitos en leyes administrativas, cabe mencionar lo que señala Miguel Angel García Domínguez, sobre la facultad para formular proyectos de leyes federales a las Secretarías de Estado del Gobierno Federal, a través de iniciativas del Ejecutivo, en donde cada una contiene un Capítulo de delitos.

"Esta facilidad contenida en el Artículo 12 de la Ley Orgáni

ca de la Administración Pública Federal ha resultado en crear 350 delitos tipificados en leyes especiales, que superan en más del doble a los contenidos en el Código Penal y que por carecer de una verdadera técnica legislativa, la mayoría de las veces sólo duplican tipos ya establecidos, o crean otros de irrelevante importancia, además de que como el mismo Doctor apunta que " estas Secretarías carecen de facultades para tratar el despacho de asuntos relacionados con delitos" - como se desprende de los Artículos 21 y 102 Constitucional - así como del 27 al 43 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (12).

Reglas de Técnica Legislativa Aplicables a los delitos especiales.

Dentro de nuestro orden jurídico existen reglas de técnica legislativa aplicables a los delitos especiales, en relación a su creación y aplicación, de las cuales Miguel Ángel Domínguez trata ampliamente y de las que me permitiré -- transcribir el resumen de estas en razón de ser el único autor que las maneja y que a mí parecer deberían tener una exacta aplicación por parte del legislador en la materia, para poder regular en una forma completa y sistemática los delitos especiales tan frecuentes en nuestra legislación (13).

(12) Ib. Idem. pp. 32 y 33

(13) Ib. Idem. p. 37

Primera. No deben repetirse en las leyes especiales las disposiciones existentes tanto en la parte general como en la parte especial del Código Penal, porque ello es innecesario e inútil. La repetición no se debe dar, incluso, cuando la norma de la ley especial tuviere una mejor redacción que la del Código Penal; en todo caso, deberían proponerse las reformas pertinentes a dicho Código.

Segunda. En relación con la parte general, las leyes especiales solo deben contener normas que ofrezcan verdaderas variantes, especialidades o excepciones a las reglas generales del Código Penal.

Tercera. Salvo por causa justificada perfectamente demostrable, en las leyes especiales no se deben modificar las reglas de aplicación de las sanciones establecidas en la parte General del Código Penal.

Cuarta. En las leyes especiales sólo se deben contener delitos que no estén tipificados en el Código Penal.

Quinta. Las normas que regulan los delitos especiales deben ser claras y precisas.

Sexta. En las leyes especiales sólo se deben crear tipos de delitos que previsiblemente puedan ser eficaces.

CAPITULO II

SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO

La inclusión de las figuras que a continuación trataré, obedece a que el Servicio Público de Banca y Crédito, matiza la realización de la figura delictiva en estudio, ya que el sujeto pasivo de tal conducta son las Sociedades Nacionales de Crédito, y son precisamente éstas, las encargadas de prestar dicho Servicio Público; de ahí que abordaré dicho tema, para tratar de conocer un poco las figuras y servicios que caracterizan o involucran a los delitos bancarios.

2.1 Sociedades Nacionales de Crédito.

De las figuras delictivas contenidas en las fracciones del artículo 90 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, se puede observar que en su descripción típica se requiere de la existencia de un quebranto patrimonial, como resultado de la conducta y que necesariamente deben sufrir las Sociedades Nacionales de Crédito.

Así, para conocer lo que son estas Sociedades Nacionales de Crédito, explicaré brevemente su naturaleza jurídica:

A) NATURALEZA JURIDICA DE LAS SOCIEDADES NACIONALES -
DE CREDITO.

En nuestra legislación no existe una definición de lo que son los Bancos, aunque Miguel Acosta Romero en su libro de Derecho Bancario (14) señala una idea muy generalizada que en doctrina se apega estrictamente a las figuras de las Sociedades Nacionales de Crédito en los siguientes términos: " es un concepto genérico, que hace referencia a una Sociedad Mercantil -- (Sociedad Nacional de Crédito o Sociedad Anónima) que cuentan con concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público , para llevar a cabo en forma permanente, profesional ó masiva -- cierto tipo de operaciones de crédito permitidas por la Ley, o una combinación de ellas ".

Cuando José López Portillo, Presidente de México en 1982, promulgó un Decreto por el cual " expropia (nacionaliza ó estatiza) a casi la totalidad de la Banca privada, (exceptuando sólo al Banco Obrero y a los intermediarios financieros no bancarios); retira la concesión otorgada a los particulares para manejar la banca, apoyandolo posteriormente con la adición al artículo 28 Constitucional, párrafo V, en donde se establece que el Servicio Público de Banca y Crédito " será prestado exclusivamente por el Estado a través de Instituciones, en los términos que establezca la correspondiente Ley Reglamentaria ", asimismo, establece en su párrafo VI que : " El Estado contará -- con los organismos y empresas que requiera para el eficaz mane-

(14) Ob. cit., p. 94.

jo de las áreas estratégicas a su cargo " (15). De esta manera, al pasar los bancos de manos de los particulares al Estado, " cam bían " su estructura jurídica dejando de ser Sociedades Anónimas casi en su totalidad, para ser Sociedades Nacionales de Crédito; aunque en sí, no cambian completamente en su estructura, ya que conservan rasgos o características de la Sociedad Anónima (como su personalidad, por ejemplo) e inclusive, este cambio se da realmente hasta el año de 1983, cuando se establecen y crean a través de su Ley Orgánica las primeras Sociedades Nacionales de Crédito.

Es así como al llegar a la creación y establecimiento de las Sociedades Nacionales de Crédito, la mayoría de los estu diosos, se enfrentan con el problema de determinar lo que son - estos organismos, ya que la misma Constitución no precisa qué - tipos de Instituciones crea, dejando a la Ley Reglamentaria - - (en este caso la del Servicio Público de Banca y Crédito) que lo determine, y en este sentido, se dan serias discusiones entre los autores, acerca de la naturaleza de las Sociedades Nacionales de Crédito y entre las teorías que existen, dándose -- principalmente las siguientes:

1) Que existe dualidad de regímenes legales entre De recho Público y Derecho Privado, ya que las operaciones que rea lizan pertenecen a cada una de las ramas del Derecho.

(15) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.-
1917. Artículo 28.

2) Otros opinan que se trata de Sociedades Mercantiles de Estado: mercantiles, en razón de que su constitución legal corresponde a la de una Sociedad Anónima, ya que conserva - caracteres propios de ésta, así como por las actividades y operaciones que realiza; y de Estado, en virtud de que éste ejerce gran influencia sobre dichas sociedades, además de la participación que directamente tienen sobre ellas.

3) Algunos otros opinan que se trata de Empresas de Participación Estatal Mayoritaria, ya que nuestra Constitución en su art. 28 párrafo 6º establece que: "El Estado contará -- con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo" (16)

4) Por último, hay quienes opinan que se trata simplemente de Sociedades Mercantiles, que continúan manteniendo una estructura similar a sus predecesoras Sociedades Anónimas.

Dentro de estas teorías, Miguel Acosta Romero, se inclina en opinar que se trata de Sociedades Mercantiles de Estado, opinión que comparto, en virtud de señalar:

PRINERO.- Que las Sociedades Nacionales de Crédito - son Sociedades por definición formal de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, artículos 2º y 9º.

(16) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, -- 1917, Artículo 28, párrafo V.

SEGUNDO.- Estas Sociedades tienen un carácter mercantil en base a su objeto, que en general es la intermediación en el crédito, con todas y cada una de las operaciones, tanto activas como pasivas, que esto implica; (además de estar determinado específicamente en los artículos 2º y 3º y del 30 al 66 de la propia Ley Bancaria.

TERCERO.- Que dichas Sociedades Nacionales de Crédito son, de acuerdo a la Ley Orgánica de la Administración Pública -- Federal, Empresas de Participación Estatal mayoritaria dentro --- del Sector Paraestatal (17), concepto que se apoya en la teórica necesidad de la existencia de socios, de conformidad con el artículo 11 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, en donde se establece el control y adquisición, por parte de particulares, de los Certificados de Aportación Patrimonial (CAP'S) Serie B que corresponde al 1% por persona física y que sólo puede constituirse hasta el 34% como capital monetario de las Sociedades, que contando al Estado como socio mayoritario nos da un total de 35 socios.

Por lo expuesto, concluye Acosta Romero, las Sociedades Nacionales de Crédito son una especie de Sociedades Mercantiles de Estado que únicamente están estructuradas para el efecto de prestar servicio Público de Banca y Crédito, en los términos

(17) REFORMAS A LA LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA - FEDERAL. Diario Oficial de 2 de diciembre de 1983.

nos del artículo 28 constitucional y de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985 ". (18)

B) REGIMEN JURIDICO (EVOLUCION Y DINAMICA).

Hablar del régimen jurídico que establece la creación, existencia y funcionamiento de las Sociedades Nacionales de Crédito, nos remonta a los orígenes del Derecho Mercantil, pues éstos van a la par sin desligarse, por lo menos gran parte de tiempo, ya que la mayoría de las operaciones propias de la Banca, --emanan del Derecho Mercantil y encuentran su sustento en la evolución del mismo.

La etapa más significativa que establece la creación del Derecho Bancario, se da en Florencia (donde se dice fue su cuna) con los mercaderes, en razón de encontrarse en una zona --de gran afluencia comercial y tráfico mercantil; aprovechando ---además las grandes ferias organizadas, propias de la edad media, apareciendo así la figura de los banqueros que realizaban diversas operaciones de préstamo, dando gran afluencia y uso a lo que ahora conocemos como letra de cambio, surgiendo además los tan --usados términos de "Quiebra y Banca Rota". En esa época, prevaleció la anarquía con relación a la regulación de los principios legales de carácter mercantil, ya que no había unificación de --

(18) ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario. P. 146.

critérios y por doquier se daban principios aislados.

Posteriormente van surgiendo la formulación de estatutos y ordenanzas que aunque no tuvieran aplicación general en todos los países del continente Europeo sentaron importantes bases, en la codificación de esta rama del Derecho; y es hasta -- los siglos XIV y XV, donde al nacer las organizaciones gremiales, empiezan a aplicarse dichas ordenanzas. Una de las ordenanzas que tuvo gran aceptación y aplicación, principalmente en España, fue la de Bilbao, a fines del siglo XVII, la cual fué aplicada y sancionada por Felipe V, llegando a tal magnitud su validez que llegó a tener aplicación en nuestro país (aún después de la lucha de Independencia).

Así a principios del siglo XIX, se llega a la época de las grandes codificaciones teniendo como máximo exponente el Código Napoleón, que fuera el Código de Comercio que rigiera en Francia y que también llegó a tener aplicación en nuestro país; en esa época, en México tuvieron vigencia alternada tanto las ordenanzas de Bilbao, como el Código de Napoleón; en 1854; un nuevo Código Mercantil llamado " De Lares ", sería copia de las legislaciones francesa y española, volviendo después de éste, en el año de 1856, a aplicarse las ordenanzas de Bilbao.

En 1917 la Constitución Mexicana da facultades a las Entidades Federales de legislar en materia mercantil y de comercio , y en 1863 se otorga esta facultad federal al Congreso,

promulgándose posteriormente, el Código de 1864 sustituido a su vez por el de 1889, el cual regula hasta la fecha, las operaciones económicas y de comercio de nuestro país, que entre otras - involucran las actividades bancarias como son, su establecimiento, estructura y funcionamiento como Sociedades Anónimas hasta 1982; pero toda esta tónica que regula diversos aspectos de estas Sociedades, involucra necesariamente otros perfiles que en sí, son los que dan base a estas figuras, como son el Servicio Público de Banca y Crédito, las concesiones antes existentes, - etc.; pero creo que es tiempo de que dejemos a un lado el Derecho Mercantil y a las Sociedades Anónimas que existían, antes - de que entraran en el plano del sistema bancario las Sociedades Nacionales de Crédito, quienes son las actuales encargadas de - prestar este Servicio Público.

Tomando como referencia una concepción kelseniana, --- Miguel Acosta Romero, señala la siguiente lista de las leyes -- que de alguna manera, tienen una intervención directa con relación a la prestación del Servicio Público de Banca y Crédito, - variando de acuerdo al tipo de fuente del Derecho que les da -- origen. (19)

1) En primer lugar, podemos citar a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 28, pá-

(19) ACOSTA ROMERO, Miguel. Ob. cit. p. 29.

rrafo V, en donde establece la prestación de Servicio Público - de Banca y Crédito así, como el artículo 73 fracción X en la -- que se otorgan facultades al Congreso para legislar en Materia Federal, respecto del Comercio, Instituciones de Crédito y el - establecimiento de un Banco Central; y por último, la referen-- cia a su artículo 123, apartado B.

2) La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en donde otorga atribuciones a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para establecer directrices en cuanto al uso -- del crédito público, política monetaria y crediticia, etc., y - en forma del 30 de diciembre de 1983, se considera a las Socie-- dades Nacionales de Crédito como empresas de Participación Esta-- tal Mayoritaria, dentro del Sector Paraestatal.

3) Una de las más importantes en la materia, es la -- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, ya - que establece precisamente las reglas generales y específicas - para la prestación del Servicio Público de Banca Y Crédito, las Instituciones encargadas de prestar tal servicio, y en general las reglas de su operación, sin olvidar por supuesto, el capítu-- lo cuarto del título tercero y que se refiere a los delitos.

4) Ley General de Organizaciones y Actividades Auxi-- liares de Crédito, (Diario Oficial del 14 de enero de 1985) - que regula el funcionamiento de organismos privados constitui-- dos como S.A., que funcionan como organismos auxiliares, en la

actividad bancaria, a través de una concesión para prestar este Servicio Público y que son conocidos como " Intermediarios financieros no bancarios " vgr. Sociedades de Inversión, bolsa de valores, casas de bolsa, almacenes generales de depósito, -- aseguradoras, arrendadoras financieras etc. (20)

5) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito --- (Diario Oficial del 27 de agosto de 1932, creo que esta Ley no necesita de mínima explicación, ya que es la base de la mayoría de las operaciones y títulos utilizados a diario por la banca.

6) Ley Orgánica del Banco de México (Diario Oficial - de 31 de diciembre de 1984) de la cual en sus primeros artículos podemos observar el objeto de la misma, ya que, a la letra - dice: " tiene por objeto regular al organismo público descentralizado del Gobierno Federal con personalidad y patrimonios propios, denominados Banco de México " (21), y quien es el principal encargado de la regulación crediticia y cambiaria; además de que las operaciones y servicios que presten las Sociedades - Nacionales de Crédito (22) se regulan por esta Ley.

(20) ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario. p. 118.

(21) AROCHA MORTON, Carlos y otro. Leyes Bancarias. Editorial Trillas. México p. 1988.

(22) LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO. Diario Oficial de 31 de diciembre de 1984. Artículo 5º.

7) Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

8) Ley General de Instituciones de Seguros.

9) Ley sobre el Contrato de Seguros.

10) Ley sobre el Mercado de Valores.

11) Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

12) Ley del Impuesto sobre la Renta.

13) Reglamento de Inspección, vigilancia y contabilidad de las Instituciones de Crédito; esto es de relevante importancia para las Sociedades Nacionales de Crédito; ya que establece la facultad de este organismo para observar y regular el comportamiento de las Instituciones relacionadas con la Banca.

14) Reglamento Interior de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros. Diario Oficial del 14 de enero de 1947.

15) Reglamento del Servicio de Compensación Bancaria - de la Ciudad de México, publicado por el Banco de México en mayo de 1980.

16) Reglamento Interior de Bolsa de Valores (Diario Oficial del 20 de febrero de 1983).

17) Leyes Orgánicas en general de las Sociedades Nacionales de Crédito y de las Organizaciones Nacionales de Crédito.

18) Circulares de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

19) Oficios-Circulares de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

Como se aprecia es bastante amplio el marco legal que regula el Servicio Público de Banca y Crédito ya que, aunque existe la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, ésta no abarca por completo todas las disposiciones aplicables a funcionamiento, operaciones, etc.

En opinión de Miguel Acosta Romero, (la cual apoyo) - se debería pugnar por establecer una Legislación única aplicable a la materia, en lugar de que existan dispersas, en distintas leyes, disposiciones aplicables a la banca (23), esto resultaría muy sano sobre todo para los estudiosos del tema, ya que daría gran facilidad de localización y pos supuesto de aplicación.

Esta materia de Derecho Bancario se caracteriza por ser demasiado evolucionante, ya que a diario se crean operaciones - (crediticias) por parte de los bancos, con el fin de estar a

la vanguardia en lo que a crédito se refiere, aunque lamentablemente nuestra legislación no tiene la misma evolución, y va cambiando conforme se crean las nuevas figuras crediticias, las -- cuales se van perfeccionando poco a poco (vgr. cuenta maestra), esto impide que la legislación se encuentre acorde con la realidad de la época, resultando la mayoría de las veces una legislación abstracta (vgr. L.G.T.O.C.).

2.2 El Servicio Público de Banca y Crédito.

Antes de la Reforma Constitucional de 1982 y la subsecuente expedición de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, se discutió mucho sobre si se debería considerar a la actividad bancaria como Servicio Público, obviamente después de estas reformas no queda duda alguna al respecto, ya que el mismo título de la Ley Reglamentaria, así como algunos - numerales de su contenido lo establecen; el problema ahora radica en determinar que es el Servicio Público de Banca y Crédito y que, como mencionamos anteriormente, únicamente prestan las - Sociedades Nacionales de Crédito (así como algunos intermediarios financieros no bancarios que también prestan parte del Servicio Público de Banca y Crédito, bajo concesión).

Antes que nada me parece importante señalar algunos conceptos de lo que en nuestra legislación y en teoría de algunos autores constituye un " Servicio Público ".

Miguel Acosta Romero en su obra de Derecho Administrativo, nos define " Se entiende por servicio público una actividad técnica, encaminada a satisfacer necesidades colectivas, básicas fundamentales, mediante prestaciones individualizadas, sujetas a un régimen de Derecho Público, que determina los principios de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad. Esta actividad puede ser prestada por el Estado o por los particulares (mediante concesión) ".

Otra definición que señala Acosta Romero en sus libros de " La Banca Múltiple " y " Derecho Bancario " es la extraída de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, artículo 23 (24), que a la letra dice:

" Para los efectos de esta ley, se entiende por Servicio Público la actividad organizada que se realice conforme a las leyes o reglamentos vigentes en el Distrito Federal, con el fin de satisfacer en forma continua, uniforme, regular y permanente, necesidades de carácter colectivo. La prestación de estos servicios, es de interés público ".

Como el mismo autor mencionado señala, este Servicio Público de Banca y Crédito debe reunir ciertas características inherentes a un Servicio Público como son : (25).

(24) DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DEL 29 DE DICIEMBRE 1978.

(25) ACOSTA ROMERO, Miguel. La Banca Múltiple. Ed. Porrúa, S. A., México 1981. p.p. 98 a 101.

1) Es la actividad que corresponde al Estado. Como - lo establece nuestra Constitución en su artículo 28, párrafo V, este servicio sería prestado exclusivamente por el Estado, a - través de las Instituciones que para tal caso establezca, en el particular las Sociedades Nacionales de Crédito, asimismo esta actividad está regulada y vigilada por autoridades hacendarias (Estatales).

2) Se trata de actividades técnicas, ésto en cuestión del grado de preparación técnico, que requiere el personal que labora en las Sociedades Nacionales de Crédito, además del equipo con que cuentan de acuerdo a su naturaleza.

3) Las concesiones conforme a nuestro sistema legal, no son transmisibles por tanto, los que se refieren al sistema bancario tampoco lo son (este tema es muy discutido en razón - de que algunos estudiosos de la materia opinan que el actual ré gimen bancario no requiere el otorgamiento de concesión, pero - en estricto sentido y desde un punto de vista superficial, nunca se han revocado estas concesiones, además que de acuerdo a - la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de -- Crédito, estas la siguen conservando y en los mismos términos - expresados.

4) Que el régimen jurídico aplicable es de Derecho -- Público, esto es, en virtud de que las leyes que lo rigen son

de Derecho Público, además de que la misma Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito las considera como personas jurídicas de Derecho Público ". (26)

5) Que ese régimen jurídico de Derecho Público garantiza los principios de : a) regularidad; b) adecuación; - - c) igualdad y d) continuidad.

A) REGULARIDAD. Esto es que la prestación del Servicio sea continuo, uniforme y adecuado.

B) ADECUACION. Que este servicio vaya evolucionando de acuerdo a las necesidades de la época .

C) IGUALDAD. Que en la prestación del servicio no se - haga ningún tipo de discriminación a los usuarios.

D) CONTINUIDAD. Esto se da en el sentido de no interrumpir. La prestación del servicio, dentro del horario y calendario establecido por las autoridades (Comisión Nacional -- Bancaria y de Seguros) para el normal funcionamiento de los -- bancos (artículo 75 de la Ley Reglamentaria del Servicio Públi co de Banca y Crédito.

En este orden de ideas, se establece las características de un Servicio Público, y que a simple vista corresponden a la actividad bancaria, pero en apoyo a lo anterior reiteramos la

indicación hecha al señalar, que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 28, párrafo quinto que se adicionó eleva a categoría de Servicio Público, la actividad Bancaria y de Crédito (Diario Oficial del 17 de noviembre de 1982, así como en diversos preceptos de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, vgr. artículos 1º, 2º y 3º .

Ahora bien, otro problema que se presenta es que la Constitución Mexicana, en su reforma, no establece lo que debemos considerar como Servicio Público de Banca y Crédito, dejando esta tarea al legislador secundario, para que lo regule en la ley reglamentaria, en este caso, del Servicio Público de Banca y Crédito; aunque de manera concreta, tampoco nos señala una definición del Servicio Público de Banca y Crédito, sino que nos detalla únicamente las actividades que deberán desarrollar las Sociedades Nacionales de Crédito, y que por tanto debemos entender como descripción de este Servicio:

" Artículo 82.- Para los efectos de lo previsto en el quinto párrafo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de esta Ley, 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 ". (27)

(27) LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO.
Ob. cit. Artículo 82.

CAPITULO III

LOS DELITOS CONTENIDOS EN LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO

A) Generalidades.

1. Los Delitos Bancarios (Antecedentes Legislativos).

La actual Ley que rige el Sistema Bancario mexicano es la Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito ----- (L.R.S.P.B.C.) la cual, es elaborada por el Congreso de la Unión con base en la facultad que la fracción X del artículo 73 Constitucional le otorga, de ahí su carácter " Federal ".

Considerada como Ley Especial por regular una materia - en particular, esta Ley establece en su contenido las regulaciones por las cuales se prestará el Servicio Público de Banca y Crédito, así como la operación y funcionamiento de las Instituciones que lo realicen, para tal efecto y con el fin de que se observen fielmente las disposiciones establecidas, se incluye un título referente a " Las Prohibiciones, Sanciones Administrativas y Delitos ". Dentro de este título, el capítulo tercero es el encargado del estudio de las figuras delictivas que particularmente se pueden cometer con motivo de la prestación del Servicio Público - de Banca y Crédito.

La inclusión de estas figuras delictivas, se entiende en razón de la importancia de las operaciones que realizan tales Insti-

tuciones de Crédito y con el fin de proteger los intereses de -- las mismas, así como el de los particulares que pudieren salir - afectados al contratar con ellas. Estas figuras delictivas, como mencioné en el primer capítulo de este trabajo, a pesar de encontrarse en una Ley Administrativa no pierden su carácter penal, por el contrario, logran una supremacía de aplicación sobre los tipos descritos en nuestra legislación penal en razón de la materia que regulan, (28). Estas figuras son una evolución de las ya contenidas en sus inicios en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, publicada en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 1982 y que a su vez emanan de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (título 4o. capítulo IV) del 31 de mayo de 1941.

En estas leyes anteriores los delitos en ellas plasmados sufrieron distintos cambios hasta llegar a la forma en que - actualmente se presentan, ya que en un principio la incipiente Ley Bancaria sólo se dedicaba a hacer remisión o reenvío a determinadas figuras del Código Penal, después poco a poco las figuras delictivas que en ellas aparecían, evolucionaron, pero sin que en - esencia, hayan variado con respecto a la conducta que en los mismos se establecía, o en cuanto al bien jurídico que tutelan, sino únicamente en cuanto a determinados aspectos de técnica legislativa que contienen, como sería, el que algunas figuras antes consideradas como faltas administrativas, actualmente se erigen como delitos, vgr., artículo 146 de la ley General de Instituciones de Cré

(28) ARTICULO 6o. Código Penal.

dito y Organizaciones Auxiliares, ahor 89 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito; o el que las sanciones - que aplicaban anteriormente eran más benignas en cuanto a la pena pecuniaria que se establecía, la cual ha ido incrementando de - acuerdo al nivel económico de la vida, llegando inclusive actualmente a fijarse en base a determinadas veces el salario mínimo -- diario; o bien, que las calidades de los sujetos del delito varien, esto es, antes se trataba de funcionarios, ahora de Servidores Públicos; antes eran Sociedades Anónimas y ahora, son Sociedades -- Nacionales de Crédito, etc.

Como se aprecia, las figuras delictivas contenidas en la Ley Bancaria han evolucionado desde su creación o inmersión en la Ley, aunque sólo en el grado y medida de las necesidades en que el ritmo de la actividad bancaria y de la propia vida lo han requerido, ya que sólo han cambiado en cuestiones secundarias pero sin variar su parte esencial.

En lo que se refiere al razonamiento de considerar a - las figuras plasmadas en la Ley Bancaria como Delitos Especiales, éste se apoya en los siguientes puntos:

1) El Código Penal mismo, nos remite a la aplicación de la Ley Especial, cuando se trata de delitos no previstos en él, o que se encuentren regulados por otra Ley aparte del Código Penal - (29), y ya que la Ley Bancaria, regula una determinada materia ---

que es el Servicio Público de Banca y Crédito, sanciona pues una serie de conductas delictivas previstas en ella, por lo cual tiene el carácter de especial, y por tanto, excluye la aplicación de la reglamentación general, lo que significa una derogación del -- Código penal en este aspecto (30).

2) Que las mencionadas figuras se crean a partir de un tipo básico o fundamental y a éste se agregan elementos secundarios, que si bien no son determinantes para la existencia del delito básico, si lo son tratándose de los delitos especiales, ya que ese " elemento o requisito ", es indispensable para la creación de una nueva figura delictiva autónoma e independiente del delito básico del que emerge.

Si bien es cierto, que tratándose de los delitos especiales, en general, no existe una regla que nos determine cuándo un delito se convertirá en especial al agregársele tal o cual requisito, en éstos delitos bancarios podemos tomar como referencia los siguientes puntos que la misma Ley, con relación a dichos elementos o requisitos(secundarios) que se agregan al tipo fundamental para crear el especial y que son básicamente los siguientes:

(30) Así lo apoya el Jurista Fco. Pavón Vasconcelos, al señalar que una norma tiene carácter especial, con relación a otra, cuando " contiene todos los elementos de ésta y además otros que le otorgan preferencia en su aplicación. Manual de Derecho Penal - Mexicano , Parte General, México 1974, p. 132.

a).- La calidad requerida en el sujeto activo del delito, que en la mayoría de los casos establecen las conductas tipificadas en la Ley Bancaria y que es precisamente, la de ser Servidor Público, la cual adquiere en base a lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y que respectivamente establecen:

ARTICULO 108 CONSTITUCIONAL, Párrafo Primero.

" Para los efectos de las responsabilidades a que alude este título se reputarán como Servidores Públicos a : Los representantes de elección popular; a los miembros de los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal; a los funcionarios y empleados, y en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o en el Distrito Federal, quienes serán responsables de los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones ".

Asimismo, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece:

ARTICULO 46. Son empresas de participación estatal mayoritaria, las siguientes:

" I.- Las sociedades nacionales de crédito, constituidas en los términos de su legislación específica; "

Como se observa, la calidad del sujeto activo requerida por los delitos bancarios, se cumple de acuerdo a los preceptos antes citados en virtud de que los empleados y funcionarios de las Sociedades Nacionales de Crédito, pertenecen a la Administración Pública Federal en su sector paraestatal.

b).- Un elemento muy sui géneris que motiva la creación de un tipo especial, es la prestación de un Servicio Público, como elemento normativo de valoración jurídica, que al ser vulnerado con la realización de una conducta descrita típicamente, logra la creación del tipo penal contenido en el art. 89, conducta que se vuelve antijurídica al ser realizada por sujetos no facultados para realizar tales actividades en contravención de una norma de orden público (art. 2o. de la L.R.S.P.B.C.).

c).- Otro elemento que se involucra en la creación de tipos especiales de esta especie, es que la conducta descrita produzca como resultado un quebranto patrimonial al sujeto pasivo - del delito, en este caso, las Sociedades Nacionales de Crédito.

d).- Algunos autores opinan, que la exigencia de algún requisito de procedibilidad, es capaz de crear un delito especial, lo cual en mi opinión, me resulta poco probable, ya que la falta de este requisito no impide en absoluto la realización del delito, sino que, cuando más, impedirá o logrará en su caso que esa conducta sea sancionada.

2. Estructura y Contenido de las Figuras Típicas.

De las figuras delictivas tipificadas en la ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, artículos 89 , 90 y 91, me permito señalar los elementos esenciales o fundamentales que constituyen la estructura y contenido de estos delitos.

En este sentido, cabe mencionar que Jiménez Huerta distingue como tales:

- a) El Sujeto Activo.
- b) La Conducta.
- c) El Bien jurídico Tutelado.

Ahora bien, para distinguir cada uno de estos elementos transcribiré el contenido de los artículos ya mencionados para poder separarlos uno por uno.

ARTICULO 89.

" Serán sancionados con prisión de dos a diez años y multa hasta por la cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo general -- diario del Distrito Federal, a quienes practiquen habitualmente operaciones de Banca y Crédito en contravención a lo dispuesto por el -- art. 82 de esta Ley ".

a) En cuanto al primero de los elementos en cuestión , el sujeto activo del delito es indeterminado, ya que no requiere ninguna calidad especial, pudiendo por tanto, ser cualquier persona quién realice la conducta descrita en el tipo, sin diferenciar siquiera entre personas físicas o morales, dada la naturaleza de la conducta que se describe.

b) En el segundo de los elementos, es decir la conducta, el tipo describe la realización de una acción o actividad, habitual ó continuada, consistente en la realización de actos que -

por su naturaleza constituyen la prestación del Servicio Público de Banca y Crédito, como es la captación de recursos por parte - del público y su colocación rentable, actividad que se encuentra reservada para las Sociedades Nacionales de Crédito legalmente - constituidas, tal y como lo establecen los arts. 2 y 82 de la pro pia Ley, esto es, tal conducta se convierte en ilícita cuando es realizada en contravención a lo establecido por una norma de orden público, conjugándose para este caso dos elementos que consti tuyen el "injusto" de la conducta y que son:

- 1) La Prestación de un Servicio Público como elemento normativo de valoración jurídica y,
 - 2) La realización de esa conducta en contravención a lo establecido por la Ley como elemento subjetivo del "injusto", esto es, la conciencia del actor de estar realizando una conducta - indebida a sabiendas del deber de abstenerse a ejecutarla.
- c) En cuanto al bien jurídico que se tutela, se puede señalar como tal, la facultad exclusiva de prestar un Servicio - Público por parte del Estado a través de los organismos con que éste cuenta o faculte legalmente.

ARTICULO 90.

" Serán sancionados con prisión de tres meses a tres años y multa de treinta trescientas - veces el salario mínimo general diario 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; cuando exceda dicho monto serán sancionados con prisión de dos a diez --

años y multa hasta por la cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo señalado:

I) Las personas que con el propósito de obtener un préstamo, proporcionen a una Institución de Crédito datos falsos sobre el monto de activos o pasivos de una entidad o persona física o moral, si como consecuencia de ello resulta quebranto patrimonial para la Institución;

II) Los servidores públicos de una Institución de Crédito que, conociendo la falsedad sobre el monto de los activos o pasivos, concedan el préstamo a que se refiere la fracción anterior, produciéndose los resultados que indican en la misma;

III) Las personas que para obtener préstamos de una Institución de Crédito presenten avales que no correspondan a la realidad, de manera que el valor real de los bienes que ofrecen en garantía sea inferior al importe del crédito, resultando quebranto patrimonial para la Institución; y

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

En el numeral transcrito, encontramos el caso que Finzi denomina " delitos con pluralidad de hipótesis " (31) en donde por ser igual el cuadro de comportamientos antijurídicos dominante, se señalan ciertos comportamientos típicos, que varían entre sí pero que en esencia coinciden en la trasgresión del mismo bien jurídico tutelado. (El patrimonio de las Sociedades Nacionales de Crédito).

(31) Derecho Penal Argentino y Comparado. Argentina 1944. p.p. 4 y 9.

Lo anterior se confirma al encuadrar las conductas ⁵⁵des-
critas en las cuatro fracciones señaladas, al delito de fraude,
que en este caso, tiene una connotación especial en virtud de
la especialidad que le da la Ley Reglamentaria del Servicio Pú-
blico de Banca y Crédito, en relación al Código Penal, en ra-
zón de regular una materia en especial.

En cuanto a la estructura y contenido del delito, pa-
saré al primero de sus elementos:

a) El Sujeto Activo. En este caso y dado que se tra-
ta de un delito con pluralidad de hipótesis, el sujeto activo
puede ser de dos tipos:

a) Cualquier persona en general, como sujeto indeter-
minado que realiza la conducta.

2) Los servidores públicos que laboren en la Institu-
ción de Crédito que resiente la conducta lesiva.

b) Con relación a la conducta cabe señalar que esta-
mos frente a un delito que emerge del tipo básico de fraude,
y por tanto, presenta sus mismos elementos pero con caracteris-
ticas especiales, y estos son: La conducta falaz, que puede con-
sistir en el engaño, el aprovechamiento de un error, la obten-
ción de un lucro indebido, etc; y la relación directa entre es-
tos dos elementos, esto es, el nexo causal que se da entre con-
ducta y resultado.

Así pues, en este delito la conducta puede darse en cuatro supuestos, dado el tipo de que se trata, las cuales se pueden dividir a su vez, en dos grupos tomando en cuenta al sujeto activo del delito, así tenemos:

En primer lugar, cuando un particular con el fin de obtener algún crédito por parte de Institución Crediticia, proporcione datos falsos sobre la solvencia de una persona física o moral, ya sea presentando datos falsos sobre activos y pasivos de esa persona, o bien presentando avalúos sobre bienes que no correspondan con el valor real del bien que se ofrece en garantía, - - creando una falsa representación de la realidad en el sujeto pasivo, con el fin de que éste voluntariamente otorgue la prestación requerida.

En segundo lugar, se encuentra la conducta lesiva que pueden realizar los servidores públicos que laboren en la Institución crediticia al otorgar los créditos solicitados por particulares en los cuales proporcionen datos falsos, siempre y cuando este funcionario tenga conocimiento de ese engaño y aún así otorgue el crédito, sin sacar del engaño al sujeto pasivo del delito, este es la Institución de Crédito, esta conducta constituye lo que en doctrina se conoce como Administración Fraudulenta y de lo cual hablaré un poco más adelante.

Asimismo, y para que estas conductas sean sancionadas, debe producirse un quebranto patrimonial en perjuicio de la Sociedad -

Nacional de Crédito otorgante del préstamo, el cual se da al momento en que el solicitante obtiene éste sin tener derecho a él en razón de no ser solvente en la medida del crédito que se le va a obtener, o no tener debidamente garantizado el mismo, así obtiene su enriquecimiento patrimonial valiéndose de un medio operatorio ilícito o ilegítimo.

En relación al nexo causal, estimo que no merece especial explicación, en virtud de que como es bien sabido, la relación causal debe ser tal que el engaño produzca el error en el sujeto pasivo del delito, o bien que el servidor público a sabidas de tal falsedad, con su omisión, no saque del error a la Sociedad Nacional de Crédito otorgante del crédito.

c) En relación al bien jurídico tutelado como lo señalo en líneas atrás, por ser el fraude el delito básico del cual nace este delito especial, se trasgrede el mismo bien jurídico del patrimonio, que en este caso es el de las Sociedades Nacionales de Crédito, el cual se ve afectado al alcanzar el sujeto activo un lucro al que no tenía derecho.

Ahora bien, antes de pasar al estudio del siguiente artículo, me permitiré hacer una observación con relación a una reforma que sufrió el artículo 90 de acuerdo al decreto publicado en el Diario Oficial del día 19 de enero de 1988, modificando su primer párrafo en lo que respecta a la penalidad aplicable a los sujetos que realizan la conducta en él tipificado.

Anteriormente, en este artículo se establecían sanciones de 2 a 10 años de prisión y multa hasta por el equivalente de 5000 veces el salario mínimo general diario vigente en el D.F., - para los cuatro supuestos en general, actualmente las sanciones - se establecen tomando en consideración el monto del quebranto que se realice a la Institución, ya que si éste llega hasta 500 veces el salario mínimo general, la pena será de 3 meses a 3 años de -- prisión y una multa de 30 a 300 veces el salario mínimo general y cuando el quebranto excede de el equivalente a dicho monto, la - sanción será de 2 a 10 años de prisión y multa de 5000 veces el - salario mínimo vigente.

El objeto de esta reforma según Carlos Aroche y Abelardo Rojas, es " con el propósito de respetar el principio de proporcionalidad entre la magnitud del delito, el daño y el castigo " (32).

ARTICULO 91.

" Serán sancionados con prisión de dos a diez años y multa hasta por la cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de cometerse el delito, en los casos de la fracción II, serán sancionados con las penas que establece el artículo que antecede, los servidores públicos de las Instituciones de crédito:

1.- Que omitan registrar en los términos del artículo 78 de esta ley las operaciones efectuadas por la institución de que se trate, o que mediante maniobras alteren los registros

para ocultar la verdadera naturaleza de las - operaciones realizadas afectando la composi-- ción de activos, pasivos, cuentas contingen-- tes o resultados;

II.- Que falsifiquen, alteren, simulen o a - sabiendas realicen operaciones que resulten en quebrantos al patrimonio de la institución en la que presten sus servicios;

Se consideran comprendidos dentro de lo dis-- puesto en el párrafo anterior y, consecuen-- temente, sujetos a iguales sanciones los servi-- dores públicos de instituciones:

a) Que otorguen préstamos a sociedades cons-- tituidas con el propósito de obtener finan-- ciamientos de instituciones de crédito, a sa-- biendas de que las mismas no han integrado el capital que registren las actas constitutivas correspondientes;

b) Que otorguen préstamos a personas físicas o morales cuyo estado de insolvencia les sea conocido, si resulta previsible al realizar la operación que carece de capacidad económica - para pagar o responder por el importe de las - sumas acreditadas, produciendo quebranto patri-- monial a la institución.

c) Que renueven créditos vencidos parcial o - totalmente a las personas físicas o morales a que se refiere el inciso b) anterior;

d) Que para liberar a un deudor, otorguen -- créditos a una o varias personas físicas o mo-- rales que se encuentren en estado de insolveñ-- cia, sustituyéndolo en los registros de la Insti-- tución respectiva unos actos por otros;

e) Que a sabiendas, permitan a un deudor des--viar el importe del préstamo en beneficio de - terceros, reduciendo notoriamente su capacidad para pagar o responder por el importe del crédito y como consecuencia de ello, resulte que-- branto patrimonial a la institución;

III.- Que a sabiendas, presenten a la Comi-- sión Nacional Bancaria y de Seguros datos fal-- sos sobre la solvencia del deudor o sobre el - valor de las garantías que protegen los crédi-- tos, imposibilitándola a adoptar las medidas - necesarias para que se realicen los ajustes --

correspondientes en los registros de la institución respectiva.

En este artículo se encuentra lo que en doctrina se conoce como " Administración Fraudulenta ", la cual consiste en el quebranto o violación de un deber de fidelidad por parte de algún dependiente o mandatario, con relación a su patrón o mandante, resultando una conducta que combina las figuras de abuso de confianza, fraude, falsificación, etc., sin embargo, esta conducta no es subsumible en ninguna de las figuras mencionadas, ya que presenta caracteres propios que no permiten encuadrarla .

Este delito de " Infidelidad Administrativa " o " Administración Fraudulenta " es un delito propio o especial que sólo puede ser cometido por determinadas personas, las cuales deben poseer cierta cualidad o calidad jurídica vgr.. tutores, albaceas , gerentes, etc., dicha calidad impone al infractor la obligación de comportarse con probidad con respecto de los intereses patrimoniales que están a su cargo.

Para la aparición de este delito, es necesaria la existencia de una obligación aceptada de antemano consistente en administrar o cuidar los intereses patrimoniales ajenos durante un determinado tiempo; lo que constituye en esencia un presupuesto del delito.

La ilicitud de la conducta que se realiza va a consistir principalmente, en la utilización de las facultades que se le han

delegado para servir a los intereses patrimoniales de un tercero, en la realización de una conducta que sólo beneficia a los intereses patrimoniales propios, violando así el deber jurídico de fidelidad con el que debería realizar su encargo aprovechándose de las facultades o posición privilegiada de que goza; pero - ahora pasaré al estudio de la estructura del artículo transcrito:

a) Con relación al Sujeto Activo de este delito, además de poseer la calidad jurídica de ser un Servidor Público de una Sociedad Nacional de Crédito, se requiere que éste cuente, - entre sus facultades o funciones, las contables o de control de crédito, para poder estar en posibilidad de realizar la conducta descrita.

b) De las hipótesis que plantea este artículo, se destacan principalmente tres conductas realizadas por el Servidor Público.

La primera prevee dos supuestos para su realización, uno mediante una omisión (comisión por omisión) que consiste en no registrar las operaciones ahí descritas en la contabilidad del Banco, y el otro mediante una acción que consiste en alterar dichos registros; los cuales tendrá como resultado la afectación de la contabilidad general del Banco.

En la segunda fracción, se establece una conducta consistente a realizar un engaño ya sea falsificando, alterando o simu-

lando realizar operaciones de crédito, o realizar esas mismas operaciones de crédito en contravención a lo que dispone la Ley Bancaria y que vayan en perjuicio de la institución bancaria en que labora el sujeto activo, provocándole un quebranto patrimonial, - siendo factor determinante en la comisión de este delito, el elemento subjetivo " a sabiendas " que presupone la lógica existencia de un dolo específico por parte del autor.

Dentro de esta fracción se establecen además, cuatro - incisos que contienen igual número de conductas y que describen en forma casuística, acciones que por sí constituyen delito, y - digo que de forma casuística, ya que de su lectura se desprende que estas pueden quedar incluidas en el primer párrafo de la segunda fracción, en lo que dice " realicen operaciones que resulten en quebranto al patrimonio de la Institución en la que presten sus servicios " lo cual constituye un tipo abierto con relación a la conducta que pueda realizarse.

La tercera de las fracciones, establece una conducta - que consiste en encubrir a los sujetos que proporcionen datos fal_{sos} a las Sociedades Nacionales de Crédito, frente a la Comisión - Nacional Bancaria , a efecto de que esta no pueda realizar sus fun - ciones de inspección y vigilancia por tener una falsa representación sobre la solvencia de los deudores o de las garantías que se otorguen en la solicitud de crédito, esta fracción también requie - re del elemento subjetivo " a sabiendas " lo cual, constituye la aceptación de la voluntad del actor.

c) El bien jurídico tutelado en este artículo es el patrimonio de las Sociedades Nacionales de Crédito que pudiera salir afectado con la realización de alguna de estas conductas, además, se podría decir que el legislador al proteger este patrimonio, lo hace de una manera especial, estableciendo para los Servidores Públicos que laboren en estas instituciones un "deber de fidelidad" con respecto a sus intereses patrimoniales pudiendo decir que este deber resulta ser también un bien jurídico que se protege - en este caso.

Al igual que el art. 90 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, el primer párrafo del artículo - que se trata, fue reformado por decreto publicado en el Diario -- Oficial de la Federación del 19 de enero de 1988, para distinguir de manera proporcional, la gravedad de la conducta delictiva y el daño patrimonial causado con relación a la sanción que debe de imponerse al autor de la conducta.

ARTICULO 92.

" En los casos previstos en los artículos 89, 90 y 91 de esta 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 " .

Tratándose de los delitos a que se refieren los artículos 90 y 91 fracción II, también se podrá proceder a petición de la Sociedad Nacional de - que se trate.

Lo dispuesto en los artículos citados en el primer párrafo, no excluye la imposición de las - sanciones que conforme a esta y otras leyes fue ren aplicables por la comisión de otro u otros delitos.

A pesar de no contener ningún tipo penal el artículo - descrito, éste se incluye en virtud de ir íntimamente ligado a estas figuras delictivas al contener lo que en la práctica se conoce como requisitos de procedibilidad y que la ley adjetiva en su ámbito federal, prevé en su artículo 113, fracción II y último párrafo; estos son requisitos "sine qua non" para que se inicie la etapa de averiguación previa por parte del Ministerio Público.

De la lectura del artículo 92, se puede uno percatar -- que se establecen dos tipos de requisitos de procedibilidad, o -- más bien, es el mismo requisito que puede ser satisfecho por dos entes distintos; por una parte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con opinión de la Comisión Nacional Bancaria (antes - de Seguros), y por la otra, la Sociedad Nacional de Crédito que - resulte afectada por la conducta ilícita. Según Carlos Aroche y Abelardo Rojas, este precepto " ha dado lugar a comentarios tales como la invasión del monopolio de la acción penal constitucionalmente reservada al Ministerio Público, según la disposición contenida en el artículo 21 Constitucional " (33), esto en virtud de que se rompe con este principio, pues dicha intervención se supedita a que tales organismos satisfagan o cumplan este requisito sin que hasta ese momento el Ministerio Público pueda realizar cualquier tipo de pesquisa o investigación; esta opinión la comparto en razón de que la persecución de los delitos no puede quedar supeditada a la voluntad o al capricho de la Secretaría de Hacienda y Cré-

(33) Ob cit.

dito, sino que estos delitos deberían tener el mismo trato que cualquier otro, ya que su reprochabilidad ante la Sociedad es igual.

Por otra parte, el numeral en cuestión, al establecer este requisito de procedibilidad, es omiso en señalar las razones que motivan el que se deba proceder en unos casos a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y en otros a petición de la Sociedad Nacional de Crédito, lo que me hace suponer que en todo caso el legislador se basa únicamente a que estas figuras delictivas además de afectar principalmente el patrimonio de las Sociedades Nacionales de Crédito, involucran facultades de inspección y vigilancia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, pero sin determinar las razones que motivan tal diferenciación.

CAPITULO CUARTO

ESTUDIO DOGMATICO DEL ARTICULO 90 FRACCION I DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO

ARTICULO 90.

* Serán sancionados con prisión de tres meses a tres años y multa de treinta veces el salario mínimo general diario 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; cuando exceda dicho monto, serán sancionados con prisión de dos a diez años y multa hasta por la cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo señalado.

I.- Las personas que, con el propósito de obtener un préstamo, proporcionen a una institución de crédito datos falsos sobre el monto de activos o pasivos de una entidad o persona física o moral, si como consecuencia de ello resulta quebranto patrimonial para la institución.

En este momento y antes de tratar los elementos del delito en estudio, me permitiré citar algunos conceptos de lo que se entiende por un estudio Dogmático o en estricto sentido, lo que algunos autores citan como Dogmática Jurídico Penal.

Comenzaré por reproducir una definición de Rafael De Piña del término Dogma y que dice: es aquella proposición que se asienta por firme y cierta; y como principio innegable de una ciencia, doctrina o religión, considerado por ello su fundamento exclusivo ". (34)

Porte Petit, precisa el contenido de la Dogmática Juri-

dico Penal, manifestando que " consiste en el descubrimiento, -- construcción y sistematización de los principios rectores del ordenamiento Penal, señalando además que la función de ésta servirá para que el dogmático, interprete la Ley Penal en busca de su voluntad; una vez hallada, necesita construir las instituciones jurídicas y por último, sistematizar y coordinar todas ellas. (35)

Para Jiménez de Asúa " la Dogmática Jurídico Penal " -- consiste en la reconstrucción del derecho vigente en base científica. (36)

Un estudio dogmático implica por lo tanto el análisis de los elementos, principios o proposiciones, que constituyen el tema de estudio, desentrañando el valor o veracidad de cada uno de ellos, para poder conocer el contenido o sentido, en este caso, - del delito, por tanto, al sistematizar los elementos del delito - como principios rectores de la Ley Penal, podremos así determinar los valores jurídicos que rigen a una sociedad a través de su ordenamiento legal, constituyendo de esta forma la Dogmática Jurídico Penal.

(35) Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. Ed. Porrúa. México 1987.

(36) 16 idem.

PRESUPUESTOS

Presupuestos. " Circunstancias constitutivas antecedentes (37)

Respecto a éste tema ni la doctrina ni los autores en general, se han puesto de acuerdo en determinar la existencia o ausencia de lo que se conoce como presupuestos, y aún más los que aceptan la existencia de éstos tampoco coinciden en determinar si sólo existen los presupuestos del delito y los presupuestos del hecho o solamente éstos últimos.

Vincenzo Manzini al hablar sobre los Presupuestos del Delito, dice que estos sólo pueden ser de naturaleza jurídica si en necesarias para la existencia del título del delito o tipo de que se trata, determinando la falta de éstos la traslación de la conducta o hecho a un diverso tipo delictivo, por tanto son aquellos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o hechos.

La doctrina diferencia de estos presupuestos a aquellos que son comunes al delito en general y aquellos propios de cada delito, teniendo como presupuestos generales los siguientes:

1) La Norma Penal que comprende el precepto y la sanción.

(37) GRISPIGNI FILIPPO. Diritto Penale Italiano, Tomo II, pág. 174. Ed. padova 1945.

- 2) El Sujeto Activo y el Sujeto Pasivo.
- 3) El Bien Jurídicamente Tutelado.
- 4) La Imputabilidad.
- 5) El Instrumento del Delito.

Como presupuestos especiales de los delitos se pueden determinar aquellas circunstancias especialmente requeridas por el tipo, creando una modificación del tipo original o básico invocándose entre otras la relación de parentesco requerida en el parricidio o infanticidio o la calidad de funcionario en el sujeto activo del delito pudiendo modificar estos presupuestos especiales al sujeto activo o pasivo del delito al objeto del delito o al bien jurídico tutelado.

En este sentido y al hablar del delito contenido en la fracción I del art. 90 de la Ley Bancaria, además de contener -- obviamente los presupuestos generales del delito, en relación a los presupuestos especiales, se puede señalar la modificación del bien jurídico tutelado, esto es la afectación del patrimonio de las Sociedades Nacionales de Crédito, así como la calidad del sujeto pasivo del delito requerida que varían en comparación del delito básico de fraude, pues aquí solo puede ser una Sociedad Nacional de Crédito.

En cuanto a los presupuestos del hecho Manzini establece que estos pueden ser tanto jurídicos como materiales (encontrándose dentro de éstos las propias normas de derecho), anteriores a la ejecución de la conducta ó hecho, las cuales son neces-

..70
rias para que se pueda constituir una figura delictiva y que cuando falten éste hecho no es punible como delito. Como presupuesto del hecho en el delito que se estudia, no se señala ningún presupuesto en particular, más que las normas de orden público que regulan la prestación del Servicio Público de Banca y Crédito, y que establecen la forma en que deberán realizarse las operaciones crediticias, en particular el otorgamiento de un préstamo.

ELEMENTOS DEL DELITO

CONDUCTA O HECHO.

Para que el delito exista, es necesario que se produzca una conducta humana, la cual Castellanos Tena define como " el comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito "; positivo, cuando consiste en un movimiento corporal producto de un resultado, es decir una mutación en el mundo exterior, y negativo, consistente en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, que en ocasiones también producirá un resultado material, estos conceptos son conocidos como acción y omisión.

Porte Petit señala como Elementos de la Acción los siguientes:

a) La voluntad o el querer, que constituye el elemento subjetivo de la acción, es el querer la actividad, no hay acción sin voluntad o querer, es el elemento psíquico.

b) Actividad o movimiento corporal, que es la actividad del agente que realiza al exterior la interna decisión, es el elemento físico.

c) Deber Jurídico de abstenerse o de no obrar, se infringe una Ley prohibitiva.

Elementos de la Omisión.

a) La voluntad o no voluntad o olvido; se pueden dejar de hacer cosas voluntariamente, y también se puede dejar de realizar la acción esperada por un olvido.

b) Inactividad, que consiste en una abstención voluntaria o culposa (olvido).

c) Deber jurídico de obrar, se viola una norma preceptiva, imperativo, ya que no se hace lo que se debe hacer.

La omisión a su vez presenta dos formas que son la omisión simple y la comisión por omisión u omisión impropia; en los delitos de omisión simple, el delito se colma con la falta de actividad jurídicamente ordenada, sin requerir un resultado material sólo se viola la norma dispositiva mientras que en los de comisión por omisión es necesario un resultado material, mediante el no hacer que el derecho ordena, violándose la norma dispositiva, que impone el deber de obrar y la prohibitiva que sanciona la causación del resultado material penalmente tipificado.

Esta clasificación se hace más clara, si se recuerda - la diferenciación teórica, o más bien práctica y con fines docentes que realiza Porte Petit al hablar de la conducta y el hecho , ya que al referirse a la conducta, ésta sólo describe una acción u omisión simplemente (delitos de mera conducta) y en cuanto al hecho, éste se da cuando la ley además de requerir una acción u omisión, establece un resultado material el cual está unido a la conducta por un nexo causal (delitos de resultado material).

Al analizar la conducta que describe el tipo en estudio, esta es, " la obtención de un préstamo, engañando a una Sociedad Nacional de Crédito , proporcionándole datos falsos sobre el monto de activos o pasivos de una entidad o persona física o moral "; es a todas luces perceptible que ésta únicamente puede realizarse a través de una acción, es decir, el sujeto activo del delito deberá desplegar un movimiento corporal, mediante el cual genere un estado subjetivo de error o engaño en el paciente del delito o la conducta, para obtener de éste " voluntariamente " un lucro indebido. Además por ser este tipo de los llamados de resultado material, para su realización se requiere una necesaria mutación en el mundo externo, que va a consistir en un " quebranto patrimonial " para la Institución que otorgue el crédito, siendo este resultado, consecuencia directa e inmediata de la obtención de un préstamo a través del engaño, lo que constituye el nexo causal del hecho.

Trataré de apoyar lo antes expuesto en el siguiente -

cuadro.

ELEMENTO
FISICO

Acción consistente en realizar el engaño proporcionando datos falsos, para obtener un préstamo.

CONDUCTA

ELEMENTO
PSIQUICO

Voluntad de realizar la acción contraria a la Ley.

RESULTADO

Provocar un quebranto patrimonial a la Institución Crediticia.

NEXO CAUSAL

La relación o consecuencia directa e inmediata entre conducta y resultado.

AUSENCIA DE CONDUCTA.

La ausencia o falta de conducta, es el aspecto negativo de la conducta o hecho; el estudio de este aspecto, implica el análisis entre la distinción de los hechos humanos voluntarios e involuntarios, esto es la existencia o falta de la especial actividad del delito.

Basándose en la fracción I del art. 15 del Código Penal, la doctrina reconoce como supuestos en los que no existe voluntad, pero si una participación del hombre, los siguientes:

a) Vis Absoluta.- Que es la fuerza fisica exterior e irresistible proveniente del hombre.

b) Vis maior.- Es la fuerza fisica exterior e irresistible proveniente de la naturaleza.

c) Los actos o movimientos reflejos.- Son los movimientos corporales involuntarios causados por la excitación o estímulo de los nervios motores.

d) El sueño.- Que es el estado fisiológico normal de descanso del cuerpo humano y de la mente.

e) El sonambulismo.- Es un estado de inconciencia causado por el sueño patológico que se caracteriza por la activación del subconciencia provocada por enfermedad nerviosa o neuropatias , que se manifiesta por actividad motora o verbal y que generalmente dura unos minutos.

f) Hipnotismo.- Método por el cual se pierde la conciencia a través de causas artificiales provocando estados que van desde la simple somnolencia hasta el sonambulismo.

En cuanto al delito que tratamos, y en razón de que el sujeto pasivo hace entrega voluntaria del préstamo que se solicita, a virtud de los medios engañosos empleados por el agente; adquiere singular importancia, la actividad intelectual que debe de

sarrollar el sujeto activo del delito para expresar acción, por lo que, cualquier situación en que el agente actúe sin voluntad, no es medio adecuado o idóneo para poder obtener el préstamo o - lucro, ya que la propia actitud mentirosa, así como el empleo de artificios que proporcionen datos falsos, implica plena conciencia de su parte, por lo que se niega la viabilidad de alguna hipótesis de ausencia de conducta.

TIPICIDAD.

Jiménez de Asúa considera que la tipicidad, es " la exigida correspondencia entre el hecho real de la imagen rectora - expresada en la ley en cada especie de la infracción " (38)

Castellanos Tena dice: " la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto ". (39)

Estas dos definiciones así como otras, coinciden en esencia con el concepto tan generalizado que utiliza Porte Petit, al referirse a este elemento :

" Tipicidad, es la adecuación de la conducta al tipo penal ". (40)

De esta definición nace otro concepto fundamental, para entender el significado de la tipicidad, y este es el " Tipo ".

Al referirse al " Tipo ", Jiménez de Asúa dice que " es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito ".

(38) La Ley y el Delito, Ed. Hermes. Buenos Aires, Argentina. 1959.

(39) Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa. México 1984. p. 165.

(40) Importancia Jurídico-Penal. Ed. Gráfica Panamericana. México 1954. p. 254.

Castellanos Tena define al tipo como " la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales ".

Es importante diferenciar cabalmente, al tipo de la tipicidad, ya que mientras el primero establece una descripción que realiza el legislador de una conducta en abstracto, la segunda, es la adecuación de la conducta a aquella descripción típica.

La tipicidad tiene entonces como función la de conjuntar hechos estrictamente materiales con conceptos de riguroso orden abstracto legal, necesarios para que dicha conducta pueda sancionarse por ser antijurídica y culpable surgiendo así la máxima jurídica. " Nullum Crimen Sine Tipo ".

Este tipo Penal regularmente va a estar formado por tres elementos constitutivos:

- a) Descriptivos.
- b) Normativos.
- c) Subjetivos.

a) Descriptivos.- Estos establecen o detallan los elementos materiales del delito, realizando " una descripción objetiva de la conducta, haciendo referencia a un movimiento corporal o a un resultado material tangible ". (41)

(41) Jiménez Huerta, Mariano. Ob cit. Tomo I, p. 76.

Ahora bien, no todos los tipos penales, agotan su contenido con abstractas descripciones en las que se recoge una conducta o un resultado, sino que llegan a ser más detalladas, involucrando en la realización de dicha conducta o resultado, formas, medios o modalidades especiales para cada tipo, las cuales son conocidas como " modalidades o referencias de la acción " - (42); dichas modalidades llegan afectar a los sujetos, objeto a los medios comisivos, al lugar o tiempo de realización del delito, etc.

De entre estas modalidades se pueden citar como las más destacadas:

Referencias de los Sujetos (Pasivo o Activo), en estos se exigen calidades especiales que deben poseer estos sujetos vgr. funcionarios públicos, ascendientes, descendientes, etc.

Modalidades al Objeto, se concretiza al requerir cierta calidad en el objeto materia del delito vgr., bien mueble art. 367 Código Penal.

Modalidades en cuanto a los Medios de Ejecución, esto es, que los medios comisivos sean de determinada naturaleza, vgr. utilizando la " violencia ", el " engaño ", etc.

Referencias de Tiempo y lugar, establecen o limitan un

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

..79

determinado tiempo o lugar dentro del cual se deberá realizar - la conducta o aparecer el resultado vgr " a bordo de una nave - mercante " art. 146 Código penal; " dentro de las setenta y dos horas ", en el infanticidio.

Como se aprecia, las modalidades o referencias que se agregan a los tipos pueden ser muy variadas. o inclusive no existir, ya que van desde los conocidos tipos delictivos en blanco, en donde no se establece un determinado contenido factico, pudiendo ser cualquier conducta que produzca determinado resultado, o requerir un reenvío a otra ley o reglamento (vgr. " psicotropicos " en los delitos contra la salud) hasta establecer detalladamente los elementos materiales que constituyen el delito y además requerir diversas " referencias " o " modalidades " - - (vgr. infanticidio).

b) Elementos Normativos.- Estos implican una valoración de carácter jurídico o cultural, por parte del legislador (en principio), y del juzgador (en última instancia) en relación con determinados conceptos plasmados en la descripción legal del injusto; esto es, se efectúa una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada basándose en conceptos jurídicos (vgr. casa mueble, ajena, servicio público) o culturales (acto erótico sexual, casta y honesta etc.).

c) Elementos Subjetivos.- Implican una valoración de la tendencia interna del sujeto activo del delito, del estado de ánimo o conciencia del actor de estar realizando un acto indebi-

do o contrario a la ley; son referencias a determinada finalidad, dirección o sentido, que el actor imprime a su conducta vgr., en el acto erótico-sexual, no cualquier tocamiento o palpación constituye el acto, sino que se requiere que estén presididos por una intención lasciva, sabe que su conducta es reprochada.

Un ejemplo muy claro, se da en el uso de documento falso, el cual no tiene relevancia típica, sino hasta que se realiza -- " a sabiendas ", de que este es falso; o el caso en que un sujeto da muerte a un ascendiente suyo " conociendo " esta relación.

En cuanto a la tipicidad del delito que se estudia, se puede decir:

Se trata de un delito especial que emerge del tipo básico de fraude, y digo especial, porque además de estar contenido en una ley especializada, establece otros elementos o modalidades que le dan autonomía y supremacía de aplicación con relación al delito que le da origen, los cuales se pueden apreciar del análisis de sus elementos constitutivos:

a) Elementos Descriptivos.- En estos como lo mencioné, los elementos materiales del delito son los mismos del delito de fraude, pero, con algunas variantes:

1) Conducta o Hecho.- Consiste en el engaño que realiza el sujeto activo al utilizar " Datos falsos " (medios comisivos) que proporciona a la Sociedad Nacional de Crédito, para -

inducirla al error y lograr el engaño.

2) Resultado.- Este deberá ser siempre material, (en oposición a los de mera conducta), que consistirá en el quebranto patrimonial que producirá a la Sociedad Nacional de Crédito - al obtener el préstamo.

3) El Nexa Causal.- Que es la necesaria relación entre conducta y resultado, siendo este último consecuencia directa e inmediata de la primera.

4) Sujetos.- Activo, es indeterminado pudiendo ser -- cualquier persona (física).

Pasivo, necesariamente deberá ser la Sociedad Nacional - de Crédito a la que se le afecta su patrimonio.

5) Objeto.- Este se identifica con el bien jurídico - tutelado, que es el patrimonio de las Sociedades Nacionales de Crédito.

De entre estos elementos descriptivos, cabe señalar - que como modalidades o referencias especiales, la Ley Bancaria establece, la de determinados medios comisivos (el engaño al proporcionar datos faltos), la modalidad en el objeto que será el patrimonio pero sólo el de las Sociedades Nacionales de Crédito.

6) Elementos Normativos.- En este caso, estimo que sólo se pueden considerar como tales, los términos " datos falsos " sobre montos de activos o pasivos, y el " Quebranto Patrimonial " - como aquellos que requieran una valoración por parte del Legisla-dor y Juzgador.

c) Elementos Subjetivos.- Aqué la valoración se dá so-bre el principal interés o intención del actor que es el " propó-sito de obtener un préstamo a tarves del engaño ", que constitu-ye un provecho injunto en perjuicio de otro realizado en forma - ilícita a través del engaño, y con plena conciencia del actor.

ATIPICIDAD.

" La atipicidad, es la ausencia de adecuación de la con-ducta al tipo ". " Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa " (43)

En este punto, me parece importante diferencias los tér-minos de atipicidad y ausencia del tipo, que regularmente se confunden.

Ausencia del tipo, es cuando el legislador no describe - una conducta, que en determinado momento pudiera ser considerada y sancionada como delito.

(43) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit.

La ausencia de tipicidad, se presenta cuando existiendo el tipo penal, no se encuadra en él la conducta realizada.

Ahora bien existen varios autores que señalan las causas de atipicidad o ausencias de tipicidad que deben considerarse, pero por economía, me permitiré citar únicamente las que -- Porte Petit considera como tales y que por sí solos se explican.
(44)

- 1) Ausencia del presupuesto de la conducta o hecho;
- 2) Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida - en el tipo.
- 3) Ausencia de la calidad del sujeto pasivo requerida en el tipo.
- 4) Ausencia del Objeto Jurídico.
- 5) Ausencia del Objeto Material.
- 6) Ausencia de las modalidades de la Conducta.
 - a) de referencias temporales.
 - b) de referencias espaciales.
 - c) de referencias a otro hecho ponible.
 - d) de referencias de otra índole exigidas por el tipo.
 - e) de los medios empleados.
- 7) Ausencia del elemento normativo, y
- 8) Ausencia del elemento subjetivo del injusto.

Con respecto al delito que se trata, los casos de tipicidad que en mi opinión pueden llegar a darse, serían.

1) La ausencia de calidad requerida en el sujeto Pasivo, esto es, que no se tratase de una Sociedad nacional de Crédito y fuera otra persona moral, vgr. una empresa filial de un banco, que regularmente operan junto con estos como sería el caso de las empresas de factoraje.

2) Ausencia de los medios comisivos, que sería el proporcionar datos falsos, esto es el engaño sobre los activos o pasivos de una entidad o persona física o moral, este caso se daría si un " cliente " demostrase su falta de solvencia y aún así obtuviera el préstamo " o en lugar del engaño utilizase la violencia (sería un robo).

3) Las ausencias de los elementos normativos que serán los conceptos de " Datos falsos o quebranto patrimonial " - por ejemplo, ya que requiere una valoración por parte del juzgador, para examinar si llegan a constituirse o no, además de que implicarían atipicidad por la falta de medios o de resultado en el tipo.

4) Ausencia del elemento Subjetivo del injusto, el cual se podría dar al no provocar el quebranto al intentar obtener un préstamo, por ejemplo en el robo, lo cual provocaría en dado caso la traslación de la conducta a otro tipo.

ANTI JURIDICIDAD.

Para la consumación de todo delito, es necesario que el hecho además de ser típico, sea antijurídico, es decir que no es te protegido por una causa de justificación.

Como en todos los elementos del delito, existen diversos autores que definen este elemento:

Jiménez de Asúa dice " la antijuridicidad es lo contrario al derecho " (45).

Porte Petit afirma que " para la existencia de la antijuridicidad se requiere una doble condición: positiva una, adecuación a una norma penal, y negativa otra, que no esté amparada por una causa de exclusión de lo injusto: La conducta, por tanto, será antijurídica si no está protegida por una de las causas que enumera el Código Penal en su artículo 15 " (46)

Carlos Binding, señala que la antijuridicidad en el delito, no es lo contrario a la ley, sino más el acto se ajusta a lo previsto en la Ley Penal, vgr. cuando un hombre mata a otro, la conducta se adecua a lo que señala el artículo que contiene la figura del homicidio.

(45) Tratado de Derecho Penal, Ed. Lozada. Buenos Aires, - Argentina. 1964.

(46) El Delito de Contrabando, Tesis UNAM. México 1962.

Antijuridicidad Formal y Material.

Varios autores coinciden en señalar que la antijuridicidad tiene un doble aspecto:

Formal.- Cuando implica transgresión a una norma establecida por el Estado.

Material.- Cuando signifique contradicción a los intereses colectivos, es decir, cuando la conducta lesiona el bien jurídicamente protegido.

" La antijuridicidad es esencia de todo delito sin que la ley deba declararlo expresamente en su texto ". (47) El daño que resiente el bien jurídico tutelado, deberá ser siempre - contra el Derecho, por ende, el solo describir una conducta como típica, merecerá ser antijurídica o injusta.

La antijuridicidad en el delito contenido en la fracc. I del art. 90 de la Ley Bancaria es inherente a la naturaleza de la acción que establece, el engaño proporcionando datos falsos, y al resultado de obtener un préstamo o lucro ilícitamente.

CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Son aquellas condiciones contenidas en la Ley que tie-

(47) Pavón Vasconcelos, Fco. Comentarios de Derecho Penal, - Parte Especial. Ed. Jurídica Mexicana. México 1960. p. 143.

nen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica.

Dado el doble carácter (material y formal) de la antijuridicidad, ésta sólo puede ser eliminada, por una declaración expresa del legislador. Según Mezger el Estado excluye la antijuridicidad, que en condiciones ordinarias subsistiría, basado en dos supuestos:

1) La ausencia del interés que se trata de proteger , ésta se puede dar cuando el ofendido otorga su consentimiento , y el Estado en una forma genérica establece este consentimiento para todos los casos en razón del interés colectivo, vgr., la gestión de negocios.

2) En función de un interés preponderante, el cual se da cuando concurren en peligro, dos intereses jurídicamente tutelados y no pueden salvarse ambos; el legislador opta por la conservación del más valioso.

De acuerdo a su concepción legal, las causas de justificación deberán reunir las siguientes características: Ser objetivas, externas, impersonales y referirse al hecho y no al sujeto.

El Código Penal Mexicano, reconoce como causas de justificación las siguientes:

- 1) La legítima defensa,
- 2) El estado de necesidad, (si el bien salvado es de más valía que el sacrificado).
- 3) El cumplimiento de un deber.
- 4) El ejercicio de un derecho.
- 5) La obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer), cuando se equipara al cumplimiento de un deber.
- 6) Impedimento legítimo.

Estas causas de justificación, actualmente son en mi forma de ver, muy bien redactadas en nuestra legislación penal, por lo que me permitiré transcribir en lo más importante, el contenido de los artículos y fracciones que las contienen, para posteriormente mencionar las que pueden concurrir en el delito en estudio.

1) Legítima Defensa.

Art. 15. del Código Penal.

Fracción III. Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor, de sus bienes o de la vida, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión - actual, violenta, sin derecho, y de la cual resulte un peligro inminente...

En esta fracción del artículo 15 se define lo que debe entenderse por legítima defensa, de la cual Pavón Vasconcelos destaca como elementos principales : (48)

- a) La existencia de una agresión.
- b) Un peligro de daño derivado de ésta.
- c) Una defensa contra la agresión para repelarla.

Además de lo transcrito, cabe señalar que la propia ley señala determinadas excepciones para que opere la legítima defensa, así como ciertos supuestos muy casuísticos en los que se presume la existencia de la misma; pero en razón de que considero que esta causa de justificación, así como otras que se señalan se encuentren fuera de contenerse en el delito en estudio, me abstendré de entrar en un análisis más detallado de estas.

2) Estado de Necesidad.

Esta causa de justificación la prevee la fracción IV - del artículo 15 del Código Penal vigente que a la letra dice:

" El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contrayente o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o bienes de otro, de un peligro real, grave o inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

No se considerará que obra en estado de necesidad aquel que por empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro ".

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos señala que -- " el estado de necesidad se caracteriza por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares; es una situación de peligro, grave, cierto y cuya superación para el -

amenazado, hace imprescindible el sacrificio de interés ajeno,^{..90} como único medio para salvaguardar el propio destacando como elementos del estado de necesidad los siguientes: (49)

- a) La existencia de un peligro real, grave e inminente.
- b) Que ese peligro recaiga en bienes jurídicos.
- c) Que el peligro no haya sido provocado dolorosamente.
- d) Que se lesione o destruya un bien jurídicamente protegido.
- e) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para superar el peligro.

Cabe señalar que de entre estos elementos, se podría agregar uno, que es el bien jurídico salvado sea de mayor valor que el sacrificado.

3) Cumplimiento de un deber.

El Código Penal establece en su artículo 15 fracción V como excluyente de responsabilidad: " obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho consignado en la ley ",

Estos deberes tienen su origen en disposiciones legales y en obligaciones derivadas o impuestos a quienes ostentan un empleo, autoridad o cargo público y en casos excepcionales o particulares.

(49) Ob. cit. p.p. 304 a 307.

4) Ejercicio de un Derecho.

Esta causa de justificación, se encuentra contenida -- como se observa en la misma fracción V del art. 15 del Código Penal y a diferencia de la anterior que es de carácter obligatorio, el ejercicio de un derecho es de naturaleza potestativa.

Ambas son originadas por el reconocimiento hecho por la Ley sobre el derecho ejercitado, facultad o autorización otorgada lícitamente por la autoridad competente.

5) Obediencia Jerárquica.

Contenida en la fracc. VII del art. 15 del Código Penal, se refiere a " obedecer a un superior, legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito si esta -- circunstancia no es notoria, ni se pruebe que el acusado la conocía ".

Algunos autores como Fco. Pavón Vasconcelos, opinan que la obediencia jerárquica, más que una causa de justificación - constituye una causa de inculpabilidad, toda vez que la relación de jerarquía legítima la falta de notoriedad del carácter ilícito de la orden y la ignorancia del sujeto que la complementa, son los ingredientes que configuran el error invencible recordando la citada fracción una causa de inculpabilidad (50):

(50) Ob. cit. p.p. 324 y 325

Se contiene en la fracción VIII del art. 15 del Código Penal, que dice, " contravenir lo dispuesto en uan Ley Penal , dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legitimo " . Este opera cuando el sujeto teniendo la obligación de ejecutar un acto se abstiene de realizarlo, encuadrándose su conducta en un tipo penal. Este comportamiento siempre será omisivo y emerge en razón de un interés preponderante, que se contrapone a - otro interés menor.

Algunos autores opinan que esta causa de justificación carece de valor, ya que se encuadra el supuesto del estado de necesidad en el que se contraponen dos intereses o valores.

En el delito bancario en estudio, a mi parecer como - causas de justificación, sólo podría operar:

El Estado necesidad, ya que tal conducta no es sino la superación del estado de peligro sacrificando el bien menor el patrimonio ajeno, para salvar el mayor, la vida o la integridad corporal, si el sujeto activo se encontrase en algún peligro - grave o inminente vgr. en caso de una extorsión.

Aún esta causa de justificación lo pondría en duda, ya que en este caso, la problemática se presentaría en demostrar o comprobar la naturaleza del peligro, esto es, que sea grave o inminente y además que no existía otro medio practicable menos perjudicial.

IMPUTABILIDAD.

Algunos autores al hablar de la Imputabilidad, opinan que ésta, más que un elemento del delito, debería ser considerada como soporte o presupuesto de la culpabilidad, ya que para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable, esto es, en la culpabilidad se requiere el conocimiento y la voluntad del sujeto activo, pero para poder ser culpable se requiere además la posibilidad de ejercer esas facultades.

Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto, y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce, así entonces, la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

" La Inimputabilidad es la capacidad de entender y querer considerada dentro del derecho penal " (51), es decir, para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener por tanto, capacidad de entender, " elemento volitivo, que es la capacidad para desear el resultado " (52).

Estas condiciones psicológicas y psíquicas que se dan al momento de realizarse la conducta, permiten que la conducta

(51) Síntesis de Derecho Penal (Parte General). 2a. Edición, Ed. Trillas. p. 62.

(52) 16 idemn.

sea reprochada al individuo por parte de la sociedad.

..94

Será imputable, según Carrancá y Trujillo, " Todo que el que posea el tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la Ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responde a las exigencias de la vida en sociedad humana. (53)

El maestro Castellanos Tena al hablar de la Imputabilidad, agrega la " responsabilidad " que define como el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado (54).

INIMPUTABILIDAD.

Ya se dijo que la imputabilidad es la calidad del sujeto referido al desarrollo y la salud mental, y la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la primera.

Las causas de inimputabilidad son pues todas aquellas capaces de anular o neutralizar el desarrollo o salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para realizar una conducta delictiva.

(53) Derecho Penal Mexicano. Tomo I. 4a. Edición. México - 1955. p. 222.

(54) Ob. cit. p. 219.

Actualmente la Legislación Penal en su art. 15 establece como causas de inimputabilidad las siguientes:

" Fracc. II Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente ".

En opinión de Sergio García Ramírez, esta reforma " contempla cabalmente el fenómeno que se trade abarcar, esto es, el caso de quienes no pueden comprender el carácter ilícito del hecho (incapacidad de entender) o conducirse de acuerdo con esa comprensión (incapacidad de querer) " (55) .

La fracción transcrita abarca entonces dos hipótesis:

- a) Trastorno mental .
- b) Desarrollo intelectual retardado.

Estas hipótesis consisten en la perturbación de las facultades psíquicas del individuo que anulan su conciencia mental, abarcando tanto el trastorno mental permanente, como el transitorio, lo cual resulta muy acertado, ya que esto únicamente ocasionaba que el tratamiento de estos fuese desigual favoreciendo a los que padecían enajenación mental transitoria

ya que al recuperarla, eran individuos normales y no responsables de sus actos, asimismo, en estos supuesto, se abarcan desde luego los demás individuos que en general padezcan un trastorno o desarrollo mental o intelectual deficiente con relación al común de la gente, pudiéndose comprender a sordomudos, algunos ciegos, etc., que por su estado no puedan comprender el carácter ilícito de la conducta que realizan; aún cuando no presenten un verdadero trastorno mental.

En esta fracción también se prevee una excepción a la inimputabilidad, en doctrina se conoce como " acciones libres en su causa ", que si bien se trata de un estado de trastorno mental o inconciencia del individuo provocado por la ingestión o empleo de sustancias embriagantes o tox infecciosas, situándolo en un caso de inimputabilidad; también es cierto que dicho individuo al procurarse culposa o dolosamente en ese estado, es responsable de sus actos toda vez que el individuo movió su voluntad para colocarse en ese acto y finalmente realizar la conducta delictiva.

Fracc. VI .- " Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente

Otro caso de inimputabilidad, que aunque no se encuentra de manera expresa en la legislación penal, se desprende de la interpretación a contrario sensu de lo que es la imputabili-

dad, y este es la minoría de edad, en razón de no tener " la - suficiente capacidad " para entender el alcance delictivo de - la conducta que pudiesen realizar; lo cual en mi punto de vista es bastante discutible, pues actualmente existen individuos con minoría de edad, que tienen una plena capacidad de raciocinio y desarrollo mental, que los hace plenamente capaces y que en el mayor de los casos estos menores se aprovechan de esta - excusa para delinquir abiertamente, pues saben de la protección de que gozan, lamentablemente la Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal, sigue fijando como límite de edad de 18 años para aplicar este régimen, por considerar a los menores de esa edad como " una materia ductil susceptible de corrección " (56).

Considero que en el Delito en estudio, y en un caso que, de momento me parecería hipotético, podría presentarse los supuestos de miedo grave y minoría de edad como causas de inimputabilidad, al momento de realizarse la conducta en él descrita, suponiendo en el primero de los casos el uso de la VIS COMPULSIVA o fuerza moral, que menciono asimismo en las causas de justificación, en el caso de que se realizase una extorsión y en cuanto al segundo, igualmente que como se engaña con respecto de los datos falsos sobre activos o pasivos proporcionados, también se puede demostrar una mayoría de edad falsa.

(56) Art. 1º y 21.

CULPABILIDAD.

Jiménez de Asúa dice " la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el acto que comete " (57).

Existen dos teorías o corrientes que explican la naturaleza de la culpabilidad.

1) TEORIA PSICOLOGISTA.- Para esta, la culpabilidad radica en el nexo psicológico que se da entre el sujeto y el resultado, conteniendo dos elementos:

a) El elemento intelectual (entender) que sirve para comprobar si el autor del delito obró con conocimiento.

b) El elemento volutivo (querer) que sirve para comprobar que si se obró con voluntad.

Así, la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto, en consecuencia " supone el análisis de la situación interna del sujeto que delinque ".

2) TEORIA NORMATIVISTA.- En esta teoría, la culpabilidad no es sólo el nexo psicológico entre el sujeto y el resultado, sino que implica una valoración de la reprochabilidad hacia el sujeto acto por haber contrariado lo establecido por

(57) Ob. cit. p. 444.

una norma jurídica penal.

En conclusión, en la culpabilidad, existe una relación de causalidad psicológica entre el agente y la acción, un juicio de reprobación de la conducta de éste, motivado por su - - comportamiento contrario a la Ley, pues al ejecutar un hecho que esta prohibido, ha quebrantado un deber de obediencia a la Ley por tanto hay una reprobación a la conducta del agente y se reprocha este comportamiento porque no ha obrado conforme a su - deber.

El Código Penal para el Distrito en sus artículos octavo y noveno, hace una pequeña clasificación de los delitos, -- atendiendo a la culpabilidad definiendo los de la siguiente - forma:

1.- Intencionales.- " Obra intencionalmente el que , conociendo las circunstancias del hecho típico quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley ";

2.- No Intencionales o de Imprudencia.- " Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un - deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen ".

3.- Preterintencionales.- " Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o -- aceptado, si aquel se produce por imprudencia ".

De esta clasificación, se infieren las formas que según la doctrina y la propia legislación penal, puede presentar la culpabilidad:

- A) Dolo.
- B) Culpa.
- C) Preterintencionalidad.

A) DOLO.

Castellanos Tena dice que el dolo " ... consiste en el actuar, conciente y voluntario dirigido a la producción - de un resultado típico y antijurídico " (58).

Existen dos teorías que tratan de explicar la naturaleza del dolo.

a) Teoría de la Voluntad.- Que dice que el dolo radica en la intención del sujeto, en la voluntad conciente dirigida hacia el resultado, cuando el sujeto quiere la acción y el resultado típico.

b) Teoría de la Representación.- A la cual basta que el sujeto represente el o los resultados dañosos para imputarle su actuar como dolo.

(58) Ob. cit. p. 239.

- Elementos del Dolo.

..101

1.- Realizar un comportamiento activo u omisivo.

2.- Conocimiento de que se quebranta un deber jurídico (elemento intelectual).

3.- Aceptación del resultado prohibido por la Ley - (elemento volutivo).

- Clases de Dolo.

1.- Dolo Director.- El resultado delictuoso coincide con la intención del agente.

2.- Dolo Indirecto.- Se da cuando el sujeto se propone un fin delictuoso determinado y con certeza sabe que se van a producir otros resultados y aún así, comete la conducta

3.- Dolo Indeterminado.- Es la intención genérica de delinquir.

4.- Dolo Inseguro.- Se da cuando el sujeto se propone a causar un daño determinado y prevee, que eventualmente o muy posiblemente pueden darse otros resultados no queridos y no obstante realiza la conducta.

B) CULPA.

Castellanos Tena señala que " ... existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable por no oponerse en luego las cautelas o precauciones legalmente exigidas " (59) :

Eugenio Cuello Calón dice que " ... existe culpa cuando se obra sin intención y sin diligencia debida, causando un resultado dañoso previsible y sancionado por la Ley ".

Teorías que determinan la naturaleza de la Culpa:

a) Teoría de la Previsibilidad.- La esencia de la culpa consiste " en la previsibilidad del resultado no querido ", afirmando que la culpa consiste en la voluntad de omisión de diferenciar las consecuencias posibles y previsibles del hecho.

b) Teoría de la Previsibilidad y Evitabilidad.- En esta además de admitir la previsibilidad; añade el carácter de vitable para integrar la culpa, ya que no habría lugar al juicio de reproche cuando el resultado, siendo previsible, -- fuese inevitable.

c) Teoría del Defecto de la Atención. La esencia de la culpa consiste en la violación por parte del sujeto de una orden de atención impuesta por la Ley al realizar determinada conducta.

Elementos de la Culpa.

- 1) Existencia de una conducta (positiva o negativa).
- 2) Que dicha conducta se realice sin las cautelas debidas.

3) Que el resultado sea previsto o previsible y además típico.

4) Una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado obtenido.

Formas de Culpa.

Existen dos formas en que puede presentarse la culpa:

1).- Culpa Conciente o con representación.- Se prevee el resultado, pero se tiene la esperanza de que no suceda, este no es deseado.

2).- Culpa inconciente o sin representación.- Cuando el sujeto no prevee el resultado siquiera.

PRETERINTENCIONALIDAD.

Esta es una hipótesis de la culpabilidad, de naturaleza mixta; " es una suma del dolo y la culpa, una conducta que tiene un inicio doloso o intencional, y una culminación culposa o imprudencial, el resultado típico es mayor que el que inicialmente quiere o acepta el activo, pero dicho resultado se produce por imprudencia". (60)

En el delito que se estudia, en orden a la culpabilidad, la conducta que se realiza es dolosa necesariamente, ya -

que requiere el despliegue de una actividad tendiente a producir error, lo cual excluye la forma culposa o imprudencial, -- pues el dolo debe ser anterior a la ejecución de los artificios empleados por el agente, y a la entrega viciada del préstamo que la Sociedad nacional de Crédito efectúa.

Dicha conducta, no solo debe estar orientada a realizar las maniobras engañosas lo cual integraría el elemento objetivo, del delito, sino que además esta se dirige a obtener el préstamo o lucro indebido lo que equivale a decir que el elemento subjetivo " dolo ", constituye ese especial ánimo de lucro requerido por el tipo.

En resumen, existe el dolo en razón de que el sujeto activo tiene plena conciencia de su ilicitud (elemento intelectual) y actúa en forma voluntaria para llegar al resultado (elemento voluntivo); además en este delito, el tipo de Dolo que se requiere, deberá ser Directo, ya que el resultado -- concuerda con la intención del agente que es obtener el préstamo.

INCUPLABILIDAD.

El aspecto negativo de la culpabilidad se da cuando la conducta delictiva surge sin la existencia del dolo o la culpa.

Los elementos de la culpabilidad son el " conocimiento " y la " voluntad " la ausencia de estas constituye la Inculpabilidad. que consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche, es decir " el inculpable es completamente capaz y si no le es reprochada su conducta es porque a causa de un error o por no podersele exigir otro modo de obrar en el juicio de reproche, su culpabilidad se le absuelve, más para todas las demás acciones su capacidad es plena ". (61)

La Doctrina reconoce como causas de inculpabilidad:

A) EL ERROR, definido por Castellanos Tena como - "... un falso conocimiento de la verdad, es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognocente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad ". (62)

El error se divide en:

a) Error de hecho y

(61) Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit. p. 389.

(62) Ib. Idem.

b) Error en Derecho.

a) El error de hecho a su vez se divide en: Esencial y Accidental.

a.a) El error esencial debe ser invencible para - que pueda eliminar la existencia del dolo y la culpa, ya que aquí se presenta el desconocimiento total de la antijuridicidad por parte del sujeto (si el error fuese invencible daría lugar a la culpa).

Dentro de este tipo de error pueden darse algunas - conductas que por encontrarse el sujeto en la creencia de --- hallarse en una situación lícita o amparada en una causa de - lícitud no se reprocha:

- 1) Legítima Defensa Putativa.
- 2) Estado de necesidad Putativo.
- 3) Deberes y Derechos Putativos.
- 4) Obediencia Jerárquica (en caso de no tener el subordinado facultad de inspección sobre la orden).

a.b) El error de hecho accidental recae en circunstancias secundarias del hecho y puede presentar tres formas:

1) Error en el golpe o " aberratio ictus " que se da cuando el resultado a pesar de no ser el buscado equivale al mismo vgr., se priva de la vida a Juan intentando matar a

Pedro.

2) Error en la persona ó " aberratio in persona ", se confunde al sujeto pasivo del delito.

3) Error en el delito ó " aberratio in delicti ", sucede cuando se comete un delito diferente al buscado vgr., en lugar de homicidio se comete parricidio.

b) Error en derecho, este tipo de error no es causa de inculpabilidad ya que el desconocimiento de las leyes - no beneficia a ninguna persona ya que nadie puede alegar desconocimiento ó ignorancia de la Ley.

B) LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA, hace referencia sólo a condiciones de naturaleza o emotividad, pero no de derecho, por lo que resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado aún cuando haya violado una prohibición de la Ley o cometiendo un acto que no puede ser aprobado ni reconocido por el derecho o el orden social; es decir, la no exigibilidad de otra conducta opera cuando la Ley no reclama al sujeto un obrar diverso.

Dentro de este caso se comprende por la Doctrina -- así como por ciertos autores el temor fundado contenido en la fracción IV del art. 15 del Código Penal, que obliga al sujeto a comportarse bajo una coacción moral lo que impide que se conduzca de otra forma; el encubrimiento de familiares o allegados

contenido en la fracción IX del mismo artículo, así como la obediencia jerárquica (en caso de conocer la ilicitud del acto, se recibe además una amenaza grave en caso de desacato a dicha orden).

C) ESTADO DE NECESIDAD, tratándose de bienes de igual valor, algunos autores consideran éste como otro supuesto que puede darse en la inculpabilidad ya que establece que en este caso " debe aceptarse la excusa en atención a que no es exigible el sacrificio de un bien nuestro para salvar un bien ajeno de igual jerarquía ". (63)

D) CASO FORTUITO, es considerado como una especial causa de inculpabilidad, ya que considera un "... acontecimiento que no ha podido ser previsto, pero que aunque lo hubiera sido, no habría podido evitarse". (64)

En la conducta del tipo que se estudia, a mi parecer podrían operar las siguientes causas de inculpabilidad.

1) El Error de hecho esencial e invencible, en el supuesto caso que un representante de una persona física o moral, proporcionase datos falsos, mismos que a su vez le fueron proporcionados a él, y con los que se acredita una supuesta solvencia económica, para solicitar un crédito, siempre -

(63) Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., p.p. 255 a 257 y 266.

(64) De Piña, Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa México 1981, p. 140.

y cuando el representante ignore la falsedad de dicha documentación; en este caso el sujeto no sería culpable del fraude, por no haber tenido representación del resultado, ni conciencia de su ilicitud. En este supuesto que también abarca la obediencia jerárquica, el representante o subordinado son meros instrumentos del verdadero autor intelectual.

2) Dentro de la no exigibilidad de otra conducta, creo que podrían proceder tanto el temor fundado como la obediencia jerárquica, ya que en ambas el sujeto activo va a realizar la conducta bajo una coacción o fuerza moral, la cual impide su libre determinación o voluntad al realizar la conducta.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Las condiciones objetivas de punibilidad, son aquellas circunstancias o requisitos que la propia ley penal establece para la aplicación de una pena o en sí para que opere la punibilidad, pero sin que llegue a constituir un elemento del delito, ya que en solo contados casos se presenta, como sucede en los delitos fiscales en los que se requiere una declaración de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o en los delitos bancarios, en donde se requiere la declaración por la Sociedad Nacional de Crédito, en el sentido de que existe un perjuicio o daño patrimonial que requieren o necesitan que se persiga.

Francisco Pavón Vasconcelos, al hablar de las condiciones objetivas de punibilidad, dice que " ... estas subordinan la procedencia de la pena a la manifestación que haga el paciente del delito ". (65).

Castellanos Iena las define como " ... aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para - que la pena tenga aplicación ". (66)

En el artículo que se estudia, la Ley Reglamentaria

(65) Ob. cit. p. 150.

(66) Ob. cit. p. 271.

del Servicio Público de Banca y Crédito en su artículo 92 establece requisito que constituye una condición objetiva de punibilidad, ya que en tanto no se de éste, la conducta delictiva no puede ser sancionada a pesar de que dicha conducta se adecue de una forma total a lo establecido por la fracción 1ª. del art. 90.

De acuerdo al contenido de este artículo, el primer párrafo, establece la necesidad de que la Secretaria de Hacienda y Crédito Público escuchando la opinión de la Comisión Nacional Bancaria, realice una petición ante el Ministerio Público Federal, para que dicha conducta sea perseguida y sancionada.

Esta disposición fué reformada y adicionada por decreto publicado en el Diario Oficial de fecha 19 de enero de 1988, en el que se faculta a la Sociedad Nacional de Crédito afectada a formular la petición referida en determinados casos de los delitos bancarios entre ellos, la fracción I del art. 90.

Este requisito que menciono, es conocido de acuerdo a su verdadera naturaleza procesal como " requisito de procedibilidad ", necesarísimo para la incoación de una averiguación previa, ya que de acuerdo al contenido del art. 113 del Código Federal de Procedimientos Penales, " ... la averiguación previa, no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

Fracción II. Cuando la ley exija algún requisito - previo, si este no se ha llenado.

Como mencioné antes, si se observa las condiciones objetivas de punibilidad, quedan fuera de la existencia o inexistencia del delito, ya que la presencia o ausencia de estas no impide la realización de la conducta delictiva, sino únicamente subordinan la aplicación de la pena en razón de que se dé esta o no. Este requisito en el caso particular, ha sido muy criticado, ya que se dice que tal "es una invasión del monopolio de la acción penal constitucionalmente reservada al Ministerio Público, puesto que, rompe con el principio de que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público". (67)

AUSENCIA DE LAS CONDICIONES OBJETIVOS DE PUNIBILIDAD.

Este aspecto negativo de uno de los " elementos " del delito, no tiene mayor significación que la ausencia de -- algún requisito de procedibilidad o condición objetiva de punibilidad para que la conducta delictiva sea penada; esto es, -- cuando requiriéndose dicha petición esta no es satisfecha por la Sociedad Nacional de Crédito ni por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por lo cual no puede iniciarse la correspondiente averiguación previa y por lo tanto no será sancionada esa conducta.

(67) Arocha Morton, Carlos A. y Abelardo Rojas Roldan. Ob. cit. p.p. 85 y 86.

PUNIBILIDAD

La punibilidad ha sido dentro de la doctrina uno de los conceptos más discutidos, en razón de que algunos autores no lo consideran como elemento del delito, en virtud de que - ésta queda fuera de la realización de la conducta delictiva, - siendo una consecuencia de la misma.

De acuerdo a la definición del delito que establece el art. 70. del Código Penal, este problema " se resuelve " considerando a la pena como elemento del delito al definirlo como " el acto u omisión que sancionan las leyes penales ".

La punibilidad va a consistir entonces, en la amenaza que el Estado hace a los particulares de imponerles una pena si violan determinadas normas legales, lo que consiste en - el ejercicio del jus puniendi por parte del Estado.

En cuanto a la punibilidad en el delito contenido en la fracción 1a. del art. 90 de la Ley Bancaria se establece:

" Serán sancionados con prisión de tres - meses a tres años y multa de treinta a -- trescientas veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de cometerse el delito, cuando el monto del quebranto no exceda del -- equivalente de quinientas veces el referido salario; cuando exceda dicho monto, serán sancionados con prisión de dos a diez años y multa hasta por la cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo señalado ".

Este párrafo de la Ley, fue reformado por decreto publicado en el Diario Oficial el 19 de enero de 1988; ya que anteriormente se fijaba una sola pena para los delitos contenidos en este artículo, actualmente se establece una graduación de la pena que va de acuerdo con el monto de lo defraudado, lo cual va acorde con el principio de proporcionalidad que debe existir entre la magnitud del delito, el daño causado y el castigo. (68)

EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Son circunstancias que por razones de política criminal, y en casos excepcionales, se considera conveniente dejar impune una conducta delictuosa, no aplicando pena alguna al sujeto activo del delito, en razón de considerar más perjudicial afectar otras instituciones sociales como la familia por ejemplo; Castellanos Tena, las define como " ... aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictuoso de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena ". (69)

Como excusas absolutorias reconocidas por nuestro sistema jurídico penal se pueden citar:

1. Excusa por razones de mínima temibilidad, contenido en el art. 375 del Código Penal, que trata sobre el robo que no exceda de diez veces el salario mínimo y sea restitui-

(68) Arocha Morton, Carlos. ob. cit. p. 84.

(69) Ob. cit. p. 271.

do por el infractor espontáneamente siempre y cuando no se hubie¹¹⁵
se empleado la violencia, ni haya tenido conocimiento la auto-
ridad competente y el infractor pagase los daños y perjuicios
provocados.

2. El conocido como robo de famelico contenido en el
art. 379 del Código Penal.

3. El aborto imprudencial o en embarazo resultado de
violación contenido en el art. 333 del Código Penal.

4. En el caso de que familiares presten auxilio pa-
ra la evasión de presos contenido en el art. 151.

5. La contenida en la fracción IV del art. 247 del
Código Penal referente a rendir una falsa declaración (el acu-
sado).

6. La contenida en el art. 280 fracción II en rela-
ción a la violación de leyes sobre inhumaciones y exhumacio--
nes cometido por los familiares del homicida.

7. La contenida en el tercer párrafo del art. 399
del Código Penal referente a los delitos patrimoniales tratán-
dose del fraude perseguible por querrela, siempre y cuando se
haya resarcido los daños y perjuicios y no haya oposición de -
los ofendidos, etc.

El delito en estudio no prevé ninguna excusa absoluta que anule la punibilidad, ya que no se encuentra entre el sujeto activo y pasivo, ningún vínculo que por su rompimiento ponga en peligro alguna institución estatal o social.

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

I. De acuerdo a la doctrina, existen tres puntos de vista para considerar un delito como especial:

I) Que el tipo descriptivo además de contar con caracteres o elementos propios, se le agregan ciertos requisitos, elementos o peculiaridades, que forman un nuevo tipo especial, el cual adquiere por tanto autonomía y a la vez supremacía de aplicación sobre el tipo básico que le da origen, obligando a subsumir esa conducta bajo el delito especial.

II) Por encontrarse en una ley especializada distinta al Código Penal, la cual posee por tanto, supremacía de aplicación sobre la legislación común.

III) En razón de su singular régimen de procedibilidad que lo distingue de los demás.

De entre estas tres posturas considero a la primera como la más acertada, ya que para concebir a un delito como especial, este debe de contener esos elementos o requisitos que lo hacen diferente de los demás en razón de la peligrosidad o responsabilidad que generan o del bien jurídico que se protege, lo cual implica un interés preponderante por parte del legislador para sancionar dicha conducta; y es por eso, que tal delito debe tener supremacía de aplicación sobre el básico del que emerge.

En cuanto a las otras dos posturas considero que - estas deben ser resultados o consecuencias de la primera, en virtud de que estos delitos especiales requieren de un tratamiento especial o sui generis, que implica en ciertos casos, el hallarlos inmersos en alguna ley especial o administrativa en razón de la materia que regula, o que se establezca para su persecución determinados requisitos de procedibilidad por ejemplo.

2. Las Sociedades Nacionales de Crédito son por - disposición legal Empresas de Participación Estatal Mayoritaria (art. 46 Ley Orgánica de la Administración Pública Federal).

3. El delito contenido en la fracción I del art. 90 de la ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, es indudablemente un delito especial, en razón de que además de contener los elementos constitutivos del delito de fraude (básico), contiene determinados elementos que constituyen un delito autónomo y de aplicación preferente como sería la calidad requerida en el sujeto pasivo, esto es, que se trate de una Sociedad Nacional de Crédito, y que por tanto, el bien jurídico que se trasgrede es el patrimonio de esta, afectando consecuentemente la prestación de un servicio público -- (de Banca y Crédito).

Lo anterior se corrobora formalmente con el hecho - de encontrarse ubicado en una ley especializada, así como --

contar con un régimen " procesal " especial.

4. El requisito de procedibilidad establecido en la Ley Bancaria consistente en la petición que realicen las - Sociedades Nacionales de Crédito o la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, invade las facultades exclusivas del ---- Ministerio Público en cuanto a la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal, (artículo 21 constitucional) ya que impide la persecución de las conductas delictivas establecidas en esta ley así como la aplicación de las penas correspondientes, subordinandolas al arbitrio de estas entidades, procurando si una " amistosa " composición entre el autor y el - pasiente del delito, pero dejando atras los intereses de la - comunidad, ya que esta conducta delictiva deja de ser sancionada sin que para ello exista razón alguna que medie para que no se haga pública y sancionable esa conducta, sobreponiéndose el interés particular sobre el de la colectividad.

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

1. ACOSTA ROMERO MIGUEL "DERECHO BANCARIO", ED. PORRUA MEXICO
2. ACOSTA ROMERO MIGUEL "LA BANCA MULTIPLE", ED. PORRUA MEXICO 1981.
3. AROCHA MORTON CARLOS Y ABELARDO ROJAS "LEYES BANCARIAS", ED. TRILLAS MEXICO 1988.
4. BETTIOL "DIRITTO PENALE, PARTE GENERALE" 3ª EDICION PADERMO 1955
5. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL "DERECHO PENAL MEXICANO" TOMO I, 4ª EDICION MEXICO 1955.
6. CASTELLANOS TENA FERNANDO "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", ED. PORRUA MEXICO 1984.
7. DE PIÑA, RAFAEL "DICCIONARIO DE DERECHO" ED. PORRUA, MEXICO 1989.
8. FINZI "DERECHO PENAL ARGENTINO Y COMPARADO", ARGENTINA 1944.
9. GARCIA DOMINGUEZ, MIGUEL ANGEL "LOS DELITOS ESPECIALES FEDERALES" ED. TRILLAS MEXICO 1987
10. GARCIA RAMIREZ SERGIO "LA REFORMA PENAL SUSTANTIVA" EDICION MIMEOGRAFICA, ED. UNAM MEXICO 1984.
11. GRISPIGNI, FILIPPO "DIRITTO PENALE ITALIANO" TOMO II, ED. PADOVA ITALIA 1945.
12. JIMENEZ DE ASUA, LUIS "LA LEY Y EL DELITO" ED. HERMES BUENOS AIRES, ARGENTINA 1959.
13. JIMENEZ DE ASUA, LUIS "TRATADO DE DERECHO PENAL" ED. LOZADA, BUENOS AIRES ARGENTINA 1964.
14. JIMENEZ HUERTA, MARIANO "DERECHO PENAL MEXICANO" ED. PORRUA MEXICO 1983
15. PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO "COMENTARIOS DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL", ED. JURIDICA MEXICANA, MEXICO 1960.

16. PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO "MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL" MEXICO 1974.
17. PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL" ED. PORRUA MEXICO 1982.
18. PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO "IMPORTANCIA DE LA DOGMATICA JURIDICO-PENAL", ED. PORRUA MEXICO 1954.

LEGISLACION CONSULTADA

1. "CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS" EDICIONES ANDRADE, S.A. 18ª ED. MEXICO 1989.
2. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. D. OF. 14 AGOSTO DE 1931. EDIT. EDICIONES ANDRADE, S.A. OCTAVA EDICION 1978.
3. LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO D.OF. 31 DE JULIO DE 1985 ED. PORRUA, MEXICO 1989.
4. "LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES" D. OF. 31 DE MAYO DE 1941.
5. "LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL" D. OF. 29 DE DICIEMBRE DE 1976 EDIT. EDICIONES ANDRADE, DECIMO QUINTA EDICION 1986.
6. "LEY QUE CREA LOS CONSEJOS TUTELARES PARA MENORES INFRACTORES DEL DISTRITO FEDERAL."
7. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DEL 2 DE DICIEMBRE DE 1983.
8. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1978.
9. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DEL 19 DE ENERO DE 1988.
10. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, 6ª EPOCA, VOL. XV.