



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
"ACATLÁN"

770607-S

LA NUEVA CONCEPCION DEL DELITO DE FRAUDE
EN LA BANCA NACIONALIZADA Y SUS
SIMILITUDES CON EL PECULADO

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

M-0013444



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

INTRODUCCION	I
CAPITULO I	
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE FRAUDE	
1. 1 El Fraude en Roma	2
1. 2 El Fraude en Francia	7
1. 3 El Fraude en México	9
CAPITULO II	
EL FRAUDE EN GENERAL	
II. 1 Definición	14
II. 2 Diferentes tipos de fraude	20
II. 3 Trascendencia Social, Económica y Jurídica	33
CAPITULO III	
III. 1 Diferencias entre Fraude y Peculado	39
III. 2 Naturaleza de ambas figuras	41
III. 3 Elementos Constitutivos	54
III. 4 La Culpabilidad y causas de inculpabilidad	67
La Punibilidad y excusas absolutorias	73
CAPITULO IV	
IV. 1 Planteamiento del Problema	87
IV. 2 Fraude en la Banca	112
IV. 3 Peculado en Sociedades Nacionales de Crédito	120
IV. 4 Repercusión de Ambas figuras	128
CONCLUSIONES	132
BIBLIOGRAFIA	135

M-0023444

Dedico la presente
a mi Madre

ADALJIZA BALLEZA DE TORRES

En agradecimiento por haberme
dado la vida, así como por -
los principios morales que -
nos inculcó.

Esperando retribuir en algo -
el cariño y apoyo que siempre
me ha brindado.

A mi Padre

SERGIO TORRES DURAN

Cuya voluntad y espíritu inquebrantable
han sido las cualidades que me han ser-
vido de guía para mi superación, espe--
rando algún día poder mejorar lo hecho-
por él.

A mi Esposa

MA. DE LOURDES HERNANDEZ DE TORRES

En agradecimiento por los hijos -
que me ha dado.

A mis Hijos

CLAUDIA CRISTINA Y VICTOR HUGO

Quienes como un sol llegaro a mi vida para llenarme de dicha y felicidad y a darme fuerzas para superarme, y alegría para vivir, a ellos todo mi amor.

A la Memoria de mi Abuelita

CRISTINA GUZMAN VDA. DE BALLEZA

Quien sigue presente en todo momento de mi vida y me ha iluminado para esquivar, los obstáculos que la vida -- nos pone. Y quien siempre nos enseñó a luchar con dignidad ante la adversidad y nos inculcó el deseo de superación a ella mi cariño por siempre.

A mi tía

MARIA GUZMAN VDA. DE ALVAREZ

En agradecimiento por el apoyo que nos ha brindado, así como por sus consejos mismos que me han servido para conseguir las metas que me he fijado.

A mi Abuelito

RODOLFO TORRES SANCHEZ

Con el gran cariño y agradecimiento
por haber contribuído para hacer de
mi un Profesional y pidiéndole a -
Dios me lo conserve muchos años más
a él con cariño y respeto.

A mi Abuelita

GUADALUPE DURAN DE TORRES

Agradeciéndole el cariño que siempre
ha brindado a toda mi familia.

A mis Tíos

ING. SAMUEL TORRES DURAN
ING. RODOLFO TORRES DURAN

Con cariño por el apoyo que
le brindaron a mi padre.

A mis hermanas

GUADALUPE

LAURA

MARTHA PATRICIA y
MA. DE JESUS

Por quienes siento un gran cariño,-
así como un profundo agradecimiento
por su valiosa ayuda para lograr -
uno de los objetivos más importan--
tes de mi vida.

A ellas con cariño.

A mis Cuñados

DR. ENRIQUE MENTADO MALDONADO
ING. DAVID BENITEZ AMADOR

De quienes he aprendido que con dedicación
y estudio se consiguen grandes metas y de-
quienes he aprovechado su profesionalismo-
a ellos con gratitud.

A mis Sobrinos

LILIANA, ENRIQUE, SERGIO, MARBELLA -
PATRICIA, CARLOS DAVID, LUIS GABRIEL,
PAOLA Y MARTHA PATRICIA.

Con cariño y respeto, esperando sea
la presente un aliciente para su --
superación personal.

AL SR. SALVADOR LECONA PASTRANA
Y FAMILIA.

Por quien siento un gran respeto-
y admiración y con agradecimiento
por la amistad y ayuda que siem--
pre me ha brindado, a él con sin-
cera gratitud.

A mis Amigos

A los cuales no los nombr uno por
uno, por no cometer el error im--
perdonable de omitir a alguno de-
ellos.

Para ellos mi amistad por siempre.

A mis Compañeros

A los cuales nunca olvidaré.

A mis Maestros

Con agradecimiento por haberme
dado sus conocimientos quienes
contribuyeron de alguna forma-
para la realización de el pre-
sente trabajo.

A mi Asesor

LIC. JOSE DIBRAY GRACIA CABRERA

A quien le viviré eternamente agrade-
cido por haberme orientado y ayudado-
a la elaboración de este trabajo.

A él mi lealtad y cariño.

{
}

A mi Escuela

ENEP - ACATLAN

Con cariño por siempre.

Y a todas aquellas personas
que de una u otra forma me-
ayudaron y alentaron a la -
realización del presente -
trabajo.

A ellas gracias.

AL HONORABLE JURADO

HONORABLE JURADO

Someto a vuestra respetable consideración -
este modesto trabajo, cuyo único mérito es -
el deseo de superación y el palpitante fer--
vor con que he abrazado la profesión.

Los errores en él contenidos son el producto
no de las enseñanzas de mis maestros, sino -
la falta de madurez intelectual que sólo se-
alcanza con la dedicación al estudio.

INTRODUCCION

En este trabajo no se trata de aplaudir ni de reprobare la Nacionalización de la Banca, tampoco es mi propósito presentar a los que en ella participaron como santos o demonios como traidores o patriotas, ninguna decisión tan importante, trascendental y complicada como la nacionalización puede tomarse como una simple comparación entre el negro y el blanco o entre la luz y la obscuridad.

Las causas y consecuencias de la nacionalización, trascienden la simple cuestión de culpa o justificación. Lo hecho, hecho está, ahora es una realidad y sean cuales fueran las irregularidades legales atribuidas al Decreto Presidencial y las dudas expresadas en cuanto a su constitucionalidad, pasan a segundo término.

Es difícil ser imparcial ante la nacionalización de la banca ya que unos se inclinan a favor y otros en contra hasta en la mejor de las circunstancias, resulta difícil sino imposible, separar por completo el razonamiento sereno y una fría lógica de los prejuicios personales, las simpatías y antipatías frente a un tema que ha suscitado tantas controversias.

Por una parte está el deseo de apoyar al Presidente en momentos de grave crisis financiera para la Nación.

II

Por otra parte, las implicaciones de la nacionalización para los empresarios son tan profundas, que no pueden ser -- aceptadas ciegamente sin cuestionamientos y análisis, en un - nuevo ambiente financiero que priva en nuestro País desde la - tan controvertida decisión.

Independientemente de lo antes señalado el principal objetivo de este trabajo se enfoca en los empleados de las Sociedades Nacionales de Crédito, ahora Servidores Públicos y - en especial a aquellos que la Administración Pública llama - Servidores Públicos de Mandos Medios y Superiores que son los que cuentan con facultades para autorizar tal o cual operación, a efecto de poder definir que tipo de responsabilidad penal - deben tener dichos servidores ya que anteriormente no había - ordenamiento legal que normara la conducta de los mismos.

Dos fueron los tipos que me inquietaron, el fraude y el-peculado, ambos me parecen afines con la gran variante de que el segundo es clasificado como delito cometido por los servidores públicos y eso fue lo que me motivó para realizar este-trabajo.

Quizá para algunos el título no diga nada en relación - con el contenido pero mi principal inquietud es poder definir que el fraude siempre que se presente en la Banca Nacional o-

III

dentro de la Administración Pública Federal traerá como consecuencia un peculado.

Espero que el objetivo se haya cumplido, así como poder-
aportar algo aunque sea poco con este modesto trabajo.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE FRAUDE

1. 1. EL FRAUDE EN ROMA

1. 2. EL FRAUDE EN FRANCIA

1. 3. EL FRAUDE EN MEXICO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE FRAUDE

ROMA

En el antiguo Derecho Penal los delitos de falsedad y estafa se trataban como delitos independientes, ya en el proceso público o en el privado por virtud de la ley penal, y otras - en virtud de resolución del tribunal; pero no se castigaban - como delitos de coacción, ni con arreglo a una ley penal privada, solamente se consideraba algunos hechos concretos de esta especie contra una serie de ellos se dirigía la ley sobre los testamentos y la moneda, dada por SILIA la jurisprudencia de los tiempos posteriores agrupo bajo la palabra de - (FALSUM) "Falsificación" a la serie de los hechos a que nos referimos. Dicha palabra que por su derivación etimológica (DE FALLERE) significa FRAUDE, que quiere decir engaño intencional de palabra o de obra, podía aplicarse a los más importantes hechos delictuosos conminados en aquella ley, pero no solamente comprendía la referida palabra sino que además de los muchos actos que caían bajo el ilimitado concepto de engaño fraudulento.

La falsificación, el Fraude y la Estafa no tienen en el Derecho Romano una idea unitaria, más que desde el punto de vista del procedimiento. (1)

1.- MOMMSEN TEODORO, DERECHO PENAL ROMANO TOMO II ED. LA ESPAÑA MODERNA PRIMERA EDICION PAGES. 139 y 140.

La acción para perseguir los delitos antes mencionados - como delito privado no tenía lugar sino en el caso de que concurriera un elemento ético que al magistrado le pareciera que requería ser tratado penalmente.

En el Derecho Penal Público estaban especificados por la ley los casos de falsificación, lo que no sucedía en el privado, puesto que aquí únicamente se citaba la estafa, y en cada caso concreto se hacía depender el derecho de entablar la acción del arbitrio del tribunal.

"Ninguna ley dispuso que la acción privada por causa de fraude punible (STELLIONATUS) fuese trasplantada al Derecho Penal la traslación se hizo naturalmente, en virtud } de las -
} mismas relaciones existentes entre el delito propio de Dere--
cho Civil y el propio del Derecho Penal como la acción priva-
da de STELLIONATO era auxiliar y subsidiaria en el procedimien
to civil, la acción criminal era auxiliar y subsidiaria en el
procedimiento acusatorio la pena que se imponía no era fija -
sino quedaba al arbitrio del tribunal" (2)

En Roma el fraude se practicaba en gran escala y estaba previsto y castigado como delito. Y las leyes de las XII ta-

2.- CONRADO FINZI LA ESTAFA Y OTROS FRAUDES ED. PALMA BUENOS - AIRES 1961 PAG. 154 y SIGS.

blas ya habían previsto un caso auténtico de fraude patrimonial, el de quien se hace entrega por medio de un título falso, la posesión privisional de una cosa controvertida; la pena consistía en pagar el doble de las ganancias obtenidas.

El fraude no sólo fue castigado por las leyes de Roma, sino también por varios otros derechos algunos de los cuales pertenecen a la más remota antigüedad. Previeron disposiciones contra el fraude y distintos tipos de fraudes, la ley Babilónica de Hamurabi, El Avesta Persa, El libro del Profeta Amos y otros.

LOS ANTECEDENTES MAS IMPORTANTES DE LA ESTAFA EN EL DERECHO PENAL SON.

- 1.- CRIMEN FURTI.- El cual cabía cualquier forma de atentado contra el patrimonio ajeno; sobre todo cometido con fraude.
- 2.- STELLIONATUS.- Comprendía las lesiones patrimoniales fraudulentas no previstas anteriormente (según la opinión de Carrara) (3) "se denominó STELLIONATO" al fraude, en forma clásica en la escuela y en el foro desde la época Romana, con el objeto de procurar una designación a la forma particular de los delitos contra el patrimonio.

3.- CITADO POR ANTONIO P. MORENO CURSO DE D.P. MEX. PARTE ESPECIAL SEGUNDA EDICION ED. PORRUA MEX. 1968 PAG. 185.

CARRARA (4) agrega en el Título IV, "Fraude o estelionato", párrafo 2336, lo siguiente:

"El estelió, animal dotado de colores indefinibles por su variabilidad a los rayos del sol, sugirió a los romanos el nombre de STELLIONATO como título delictivo aplicable a todos aquellos hechos criminosos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena que fluctúan entre la falsedad y el hurto".

Todos los casos de STELLIONATO integraban un atentado o una lesión a bienes patrimoniales, pero la ley no establecida pena correspondiente.

ELEMENTOS JURIDICOS

OBJETO DEL DELITO.- El patrimonio, el delito se consuma con el efectivo daño patrimonial ajeno, la tentativa era impune. Se requería el elemento subjetivo del dolo dirigido a la lesión patrimonial.

La ley Aelia Setia del año 757 contenía cierto número de restricciones para las manumisiones y una de ellas es la manumisión fraudulenta que EUGENE PETIT en su libro "Derecho Romano" menciona lo siguiente:

La ley declara la manumisión hecha en fraude de acreedo-

res. Se consideraba como tal la que disminuyendo la fortuna del señor la hacía insolvente o aumentaba su insolvencia -- causando por tanto un perjuicio a sus acreedores. Pero ciertos jurisconsultos exigían que el señor tuviese conciencia - del daño que hacía a sus acreedores.

La ley impide producir su efecto a la manumisión en interés de acreedores.

Uno de los recursos que eran concedidos a los acreedores era la acción PAULIANA que actualmente es concebida por nuestro Código Civil dicho recurso se aplicaba o concedía a los - acreedores para hacer rescindir los actos que el deudor ha cometido fraudulentamente en su perjuicio encuentra su aplicación cuando los bienes del deudor han sido vendidos sin que - los acreedores hubiesen sido pagados, el pretor PAULO les permitía ejercer en el término de un año desde la bonorum venditio una acción destinada a revocar los actos cometidos por el deudor. Esta acción era personal y estaba condicionada para su ejercicio, dichas condiciones son:

- I.- La acción Pauliana puede ejercerse cualquiera que sea la naturaleza del acto.
- II.- El demandante debe demostrar que el acto atacado ha sido hecho en fraude de los acreedores.
- III.- La acción puede ejercerse contral el deudor, se concede sobre todo, contra los terceros que se han aprovechado - del acto. Para triunfar contra estos terceros ¿Debe el de--

mandante probar que han sido cómplices del fraude?

IV.- La acción Pauliana puede ser ejercida por los acreedores anteriores al acto que les ha causado un perjuicio (5)

FRANCIA

El delito de Fraude dentro de la legislación francesa es llamado SCROQUERIE o Estafa aún cuando esta figura coincide con lo que en nuestra legislación conocemos como fraude, ya que se caracteriza por el hecho de inducir a alguien o mantenerlo en error por medio de engaño o artificio para obtener un provecho de ello.

El Código Penal Francés en su artículo 405 regula el Fraude o SCROQUERIE y a la letra dice:

ARTICULO 405.- Cualquiera que haciendo uso de falso nombre o falsas cualidades, o empleando maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder o un crédito imaginario o para hacer nacer esperanzas o temor de un suceso ó accidente; o ha intentado hacerse remitir o entregar fondos muebles u obligaciones disposiciones, billetes, promesas, desoargos y que por cualquiera de esos medios, estafa o intenta estafarla la totalidad o parte de la

5.- EUGENE PETIT, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, TRADUCIDO POR JOSE FERNANDEZ GONZALEZ NOVENA EDICION EDITORA NACIONAL 1980 PAG. 668 y 669.

fortuna de otro (6)

Las raíces de este delito en Francia al igual que en nuestra legislación vienen del Derecho Romano a pesar que en este no fué posible definir los delitos contra el patrimonio en particular.

EFECTOS

Siendo arbitraria la acción el juez debe dar al demandado que ha perdido el proceso, orden de restablecer las cosas en el estado en que estaban antes del acto contra el cual la Acción Pauliana fue dirigida. Cuando se trataba de una enajenación la cosa enajenada deberá ser restituída con los productos y los frutos.

6.- BARRERA DOMINGUEZ HUMBERTO DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO - ECONOMICO ED. TEMIS BOGOTA 1963 PAG. 202 y SIGS.

MEXICO

En nuestro Derecho el delito de fraude fue contemplado - desde varios años atras (7) El legislador mexicano abordó con éxito el problema de la definición del delito de fraude, - en su legislación de 1871 en el artículo 413 que a la letra - dice:

ARTICULO 413.- Hay fraude siempre que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro - ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido con perjuicio de aquel. (8)

Y más adelante agregó en su artículo 414:

ARTICULO 414.- El fraude toma nombre de estafa cuando el que quiere hacerse de una cantidad de dinero en numerario, en papel moneda o billete de Banco de un documento que importa - obligación, liberación o transmisión de derechos o de cualquier otra cosa ajena mueble, logra que se le entreguen por - medio de maquinaciones o artificios que no constituyan un delito de falsedad. (9)

Y el artículo 432 del mismo ordenamiento decía:

7.- MORENO DE P. ANTONIO OP. CIT. PAG. 185

8.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA SOBRE DELITOS DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA SOBRE DELITOS CONTRA LA FEDERACION IMPRENTA DEL GOBIERNO 1871 PAG. 112.

9.- IDEM.

ARTICULO 432.- Cualquiera otro fraude que no sea de los especificados se castigará con una multa igual al 25% de los daños y perjuicios que se causen: pero sin que la multa exceda de mil pesos. (10)

Analizando el precepto antes mencionado podemos deducir que era ridículo e injusto que una persona que dolosamente perjudicase a otra no debiera pagar el total de los daños causados eso es a mi modo de ver un grave error que cometieron los legisladores y la falta de justicia que en ese momento y aún ahora existe.

Destacan en la primera legislación penal mexicana, los siguientes tipos de fraude: Fraude Genérico, Fraudes Especificados, y Estafa o Fraude Especial.

El efímero código de 1929 denominó al delito "Estafa" en la fracción I del artículo 1151 incluye la definición del fraude genérico bajo la denominación dicha. En la fracción II la del fraude especial "Estafa" del artículo 414 transcrito íntegramente. En el artículo 1169 se consignó la "Estafa no especificada" equivalente al no especificado fraude de la ley de 1871.

La estafa es, en realidad, una especie del género "Fraude" motivo por el cual la denominación legislativa resulto incorrecta.

En Código de 1931 no subordina los distintos tipos de fraude sin embargo, todos ellos participan en la esencia jurídica de fraude el engaño, la mutación de la verdad, la inexacta apreciación de los hechos y de sus circunstancias específicas en que incide el pasivo y que aprovecha el sujeto activo para hacerse ilícitamente de cosas ajenas.

Nuestra legislación penal actual si consigna la descripción típica del fraude, en el artículo 386 que a la letra dice:

"Comete el delito de fraude el que, engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido" (11)

Analizando el artículo anterior encontramos al fraude genérico simple y al fraude genérico calificado. Es necesario introducirnos al ámbito de la conducta que se realiza para que encuadre en el tipo previsto por la ley.

FRANCISCO ANTOLISEI (12) en su obra nos dice.

"Está fuera de discusión que para constituir el delito nunca es suficiente un fenómeno psíquico, ya se trate de un pensamiento, deseo, propósito, ya de una abolición. El delito en todo caso es un suceso, un hecho que se realiza en el mundo exterior. En el delito por consiguiente existe un elemento material o físico, sin el cual por lo menos en la fase actual de la evolución del derecho, aquel no es concebible"

11.- DE P. MORENO ANTONIO OP. CIT. PAG. 186.

12.- LA ACCION Y EL RESULTADO DEL CODIGO TRADUCIDO DEL ITALIANO POR JOSE LUIS HERNANDEZ PEREZ ED. JURIDICA MEXICANA, - MEX. 1959 PAGES. 9, 10.

EL FRAUDE EN GENERAL

DEFINICION

El delito denominado FRAUDE por nuestro Derecho Positivo, ha recibido en otras épocas y en otras legislaciones nombres - nombres diversos tales como.

A) ESTELIONATO.- Al decir de CARRARA 13, parece haber - sido el estelión, animal de indefinibles colores, el que sugirió a los Romanos, el nombre de estelionato como título delictivo aplicable a los hechos criminosos realizados en perjuicio de la propiedad ajena los cuales fluctúan entre la falsedad y el hurto.

La palabra estelionato se habría inspirado en un concepto intelectual, habiéndose querido expresar la índole distinta - del hecho mismo, más bien que la figura ambigua del delincuente que artificiosamente toma diverso color.

El estelionato, según SOLER (14), era una impostura encaminada a la obtención de un lucro indebido y capaz de engañar y causar perjuicio al diligente padre de familia pero se diferenciaba del "FALSUM" aún cuando suponía la falsedad en forma impropia.

13.- CITADO POR PAVON VASCONCELOS FRANCISCO OP. CIT. PAG. 147.

14.- SEBASTIAN SOLER DERECHO PENAL ARGENTINO IV, BUENOS AIRES 1951 PAG. 321.

B) ESCROQUIERIE.- Es su designación que le otorga al fraud de o estafa el Código Francés, aún cuando su esencia coincide en lo general con nuestra figura, ya que se caracteriza por el hecho de inducir a alguien en error por medio de engaño o artificio para obtener un provecho injusto (15).

C) TRUFFA.- Según MAGGIORE (16), "la etimología del nombre de estafa en italiano, TRUFFA, es incierta. Unos le hacen derivar del francés TRUFFE, TARTUFO, o del TRUFLE, que tiene el doble significado de TRUFA (hongo subterráneo comestible) - y de burla; otros la hacen derivar del alemán TREFFEN, golpear coger, y por ende, jugar una mala pasada".

En el derecho italiano al delito de estafa que al decir del propio MAGGIORE (17), "Consiste en el hecho de quien al inducir al otro a error por medio de artificios o engaños, obtiene para sí mismo o para otros algún provecho injusto, con perjuicio ajeno".

D) FRAUDE.- Este término es usado por el Código Mexicano y es similar a las anteriores denominaciones que de este delito mencionamos. Para MERKEL (18) el fraude o la estafa. "Es --

15.- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO OP. CIT. PAG. 148

16.- MAGGIORE GIUSEPNE DERECHO PENAL V, ED. TEMIS BOGOTA 1956
PAG. 122

17.- IDEM.

18.- CITADO POR PAVON VASCONCELOS FRANCISCO OP. CIT. PAG. 149.

antijurídica apropiación de un bien patrimonial ajeno, sin -
 compensación y mediante engaño" mientras SEBASTIAN SOLER(19)-
 considera una "Disposición patrimonial perjudicial tomada por-
 un error determinado mediante ardiles tendientes a obtener un
 beneficio indebido".

Nuestro Código, en su artículo 386 define el fraude en -
 su acepción genérica simple, diciendo: "Comete el delito-
 de fraude el que engañando a otro o aprovechándose del error-
 en que este se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o -
 alcanza un lucro indebido". Concretándose el hecho ilícito -
 en virtud del medio empleado. (20)

POSICIONES QUE ADOPTAN ALGUNOS CODIGOS PENALES PARA REGLAMEN-
 TAR EL DELITO DE FRAUDE.

A) Hay códigos que formulan un concepto general de frau-
 de. EUSEBIO GOMEZ (21) nos informa que los códigos italianos
 de 1889 y 1930 definen la estafa, esencialmente, expresado: -
 "El empleo de artificios o engaños para inducir en error a -
 fin de procurar para sí o para terceros un provecho injusto -
 en perjuicio ajeno".

El código Uruguayo sigue tal orientación, en su artículo
 347, al igual que el proyecto PECO en su artículo 151.

19.- SEBASTIAN SOLER OP. CIT. PAG. 332

20.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL ED. PORRUA PAG.153

21.- CITADO POR PAVON VASCONCELOS FRANCISCO OP. CIT. PAG. 153

B) Otros además formulan un concepto de fraude señalando casos específicos del mismo, como sucede en el Código Vigente del Distrito Federal.

C) Por último, hay códigos que señalan únicamente casos-específicos de fraude sin dar concepto general del delito. - En nuestro criterio la mejor técnica es la adoptada por los - primeros, o sea los que reglamentan el delito dando un concep- to general de lo que debe entenderse por FRAUDE (22)

Es necesario mencionar que de acuerdo a lo antes expues- to considero que nuestro Código Penal vigente contempla clara- mente el delito de fraude en su amplio concepto ya que en el- artículo 386 define el fraude en su acepción genérica y a - la letra dice; "Comete el delito de fraude el que engañando a otro o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido" (23)

En el último párrafo se describe el delito conocido ori- ginalmente como estafa y que es fraude calificado por el apro- vechamiento de maquinaciones o artificios. Las tres fraccio- nes intermedias numeradas del mismo artículo señalan la mé-- trica de la penalidad medida preferente tomando en cuenta el- valor creciente en dinero.

22.- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO OP. CIT. PAG. 153

23.- IDEM.

El artículo 386 en su último párrafo dice: "Cuando el - sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a - virtud no sólo de engaño, sino de maquinaciones o artificios- que para obtener esa entrega se haya empleado, la pena seña-- lada en los incisos anteriores se aumentará con prisión de - tres días a dos años." (24)

Este delito, llamado estafa en la legislación de 1871 y- en la doctrina, constituye actualmente un caso de fraude cali- ficado, con agravación de la penalidad comparándola con la - del fraude genérico, en consideración a que el agente, para - defraudar lo ajeno, no se conforma con el simple engaño cau-- sante del error de la víctima, sino que utiliza maquinaciones o artificios.

Cierto es que el escroquerie del Código Napoleónico es- el antecedente más cercano de nuestro delito de estafa, pero- nuestra legislación después de 1871, se ha separado en gran - parte del Derecho Francés, que sigue un método de exposición- confuso y vago y que en su artículo 405 a la letra dice: "Cual- quiera que haciendo uso de falso nombre o falsas empresas, - de un poder o de un crédito imaginario, o para hacer nacer - esperanzas o temor de un suceso o accidente o cualquier otro-

(24) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO OP. CIT. PAG. 153

evento quimérico se hace remitir o entregar, o ha intentado - hacerse remitir o entregar fondos muebles u obligaciones, disposiciones, billetes promesas descargos y que por cualquiera- de esos medios estafa o intenta estafar, la totalidad o parte de la fortuna de otro." (25)

Es importante recalcar que nuestra legislación vigente - hace mención en su artículo 386 de la completa concepción del delito de fraude al señalar en su primer párrafo el conocido- como FRAUDE GENERICO, en su último párrafo la estafa o fraude calificado. (26)

Comparándola con el código francés éste es muy confuso - en su redacción y además mucho muy incompleto ya que solamente se especifica un delito de estafa y no da lugar para poder - diferenciar entre una estafa genérica y una calificada ya que su redacción es muy confusa y carece de claridad.

25.- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO DERECHO PENAL MEXICANO LOS DELITOS ED. PORRUA DECIMO SEXTA EDICION PAGS. 252 y 253.

26.- IDEM.

CLASIFICACION DEL DELITO DE FRAUDE

DIFERENTES TIPOS DE FRAUDES

El artículo 386 del Código Penal, conecta, a la conducta, como su consecuencia (resultado) el hacerse ilícitamente de una cosa, bien el obtener un lucro indebido, de manera que de la redacción del precepto se infiere que tanto las cosas (muebles e inmuebles) como los derechos patrimoniales, pueden ser objeto del delito de fraude.

CLASIFICACION DEL FRAUDE EN ORDEN A LA CONDUCTA Y AL RESULTADO

A) Por cuanto a la conducta, el fraude es un delito comisivo (de acción), de comisión por omisión unisubsistente o plurisubsistente.

El engaño, como medio comisivo del delito, supone necesariamente actividad del agente; en tal caso es un delito de acción. El aprovechamiento del error, como medio comisivo, por lo común implica también actividad comprendiendo ésta todos los actos realizados por el sujeto, pueden consistir en una inactividad para llegar a la obtención de la cosa o del lucro indebido. Si la actividad delictuosa a menester de unidad o pluralidad de actos, el fraude será delito unisubsistente o plurisubsistente.

B) Por cuanto al resultado, el fraude es un delito instan

táneo material y de daño o lesión.

Es instantáneo en virtud de que la disminución del bien jurídico revela la consumación instantánea del delito. En el momento en que el sujeto activo se hace de la cosa o alcanza el lucro indebido.

CARRARA (27) expresa: "El resultado, el evento en el cual reide la consumación del maleficio es la entrega de la cosa que se obtuvo merced al fraude del propietario engañado; es el haber engañado, no el haber usado el engaño; así como el evento de la lesión está en haber herido y no haber blandido el puñal. La amenaza se completa en sí misma y el delito es perfecto en la sola acción de amenazar, aunque el amenazado, en presencia de ella, no haya experimentado temor pero el estelionato no se completa con el sólo usar el engaño; es preciso, además, que la víctima haya creído en el engaño"

"El delito se consume en el momento mismo de su comisión y no puede en forma alguna estimarse que por el sólo hecho de pagar lo defraudado al o los ofendidos, deje existir el delito" 28

Es el fraude un delito material por requerir un resultado de tal índole (la entrega de la cosa y el daño patrimonial concurrente con ella así como la obtención del lucro indebido), con independencia de los medios comisivos; engaño o aprovechamiento del error.

27.- CITADO POR PAVON VASCONCELOS FRANCISCO OP. CIT. PAG. 67

28.- SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. TOMO XLVIII PAG. 38 6a. EPOCA.

En virtud de que el resultado en el fraude implica una efectiva disminución del patrimonio, este delito es de daño o de lesión, contrariamente a aquellos delitos en que la acción u omisión del sujeto amenaza con probabilidad de lesión.

CLASIFICACION DEL FRAUDE EN ORDEN AL TIPO

Con toda evidencia el hecho descrito en el aparato primero del artículo 386, constituye un tipo básico, por cuanto de sus elementos se origina otro tipo penal, complementando o circunstandiando y subordinando en relación con aquel y cuantificado respecto a su sanción. En efecto, el fraude genérico-calificado ha sido construido en la ley en el último aparato del artículo 386 que a la letra dice: "Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no solo de engaños, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se haya empleado, la pena señalada en los incisos anteriores se aumentará con prisión de tres días a dos años" (29)

No requiriendo, el fraude simple, de ningún otro tipo legal para tener existencia propia, tiene el carácter de tipo autónomo e independiente.

El delito de fraude, descrito en el artículo 386 aparta-

do primero hace expresa referencia a la ilicitud del resultado típico de la acción u omisión (se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido), teniendo este elemento naturaleza normativa en el amplio sentido del término.

El fraude es, asimismo, un tipo de formulación casuística y alternativamente formado por incluir en su descripción los medios comisivos de engaño y aprovechamiento del error.

Tomando en cuenta el alcance de la tutela jurídica, el fraude es un tipo simple, por proteger como único bien el patrimonio.

EL DELITO DE FRAUDE GENERICO SIMPLE

Este tipo de fraude es el que se menciona en el párrafo I del artículo 386 de nuestro Código Penal y para poder entrar en el estudio de este delito debemos de empezar por tratar la tipicidad que en el encontramos.

El tipo comprendido en el artículo 386 del Código Penal no establece calidad especial en los sujetos activo o pasivo del delito, razón por la que cualquier persona puede colocarse en el supuesto de la ley, con la única excepción de que el activo debe ser un sujeto plenamente capaz.

A) Sujeto es el que engaña o se aprovecha del error para-

hacerse ilícitamente de alguna cosa o bien alcanzar un lucro -
indebido. Puede acontecer que quien se beneficie sea:

A) El que engaña o se aprovecha del error

B) Un tercero

B') El sujeto pasivo del fraude es la persona que reciente
el daño patrimonial aunque en ocasiones no se identifica con -
la que ha sido víctima del engaño o del aprovechamiento del -
error.

Lo anterior se desprende de la redacción del precepto del
Código Penal de 1871 en el que no podía comprenderse el caso -
de que el daño patrimonial lo resintiera un tercero.

Sujeto pasivo de la estafa puede ser cualquiera dice MA--
GIORE (30). Pero aquí también hay que distinguir entre el pa-
ciente del error y del engaño y el paciente del daño, esto es-
entre el estafado y el perjudicado. Estas dos cualidades pue-
den coincidir pero también estar separadas, si el sujeto pasi-
vo el engaño es persona distinta del perjudicado, al primero -
le compete técnicamente la calificación del paciente; ¿y si al
paciente del engaño fuera una persona naturalmente incapaz de
entender y de querer? entonces, como la víctima del engaño no-
puede ser sino un sujeto capaz, hemos de responder que con el
concurso de los demás requisitos, supuestos por la ley, se ten-
drá hurto o engaños, pero no estafa.

C) El objeto jurídico del delito queda identificado plenamente con el bien tutelado y no es otro que el patrimonio.

SOLER (31) nos dice que tratando de hacerse influctuosa - defensa del término propiedad, usado en la legislación penal - de su país, lo considera el adecuado para designar el bien jurídico motivo de tutela, tanto en las defraudaciones, incluyendo la estafa acudiendo a la amplia noción dada por el Código - Penal que en manera alguna, afirma se identifica con la del - Derecho Civil".

Abunda FONTAN BALESTRA (32)"que si bien tuvo en su país - preponderancia la tendencia innovadora que propuso como título adecuado el de Delitos contra el Patrimonio, habida cuenta que la palabra propiedad, en su aceptación más limitada la identifica con el derecho real de dominio".

31.- SEBASTIAN SOLER OP. CIT. PAG. 422

32.- CITADO POR PAVON VASCONCELOS FRANCISCO OP. CIT. PAG. 167

La Altipicidad en el fraude:

En principio, las únicas situaciones que pueden estimarse constitutivas de atipicidad en el Fraude son:

- A) Ausencia de los medios comisivos.
- B) Ausencia del objeto jurídico

En el primer caso, la ausencia del engaño o del aprovechamiento del error para obtener la cosa o lucro, hace desaparecer el delito.

"Habrá atipicidad por falta del medio exigido por la ley relevante si es posterior al acto de disposición patrimonial, tampoco es relevante el engaño del que se hace objeto a un incapaz y la atipicidad, en este caso, surge por falta de medio si el engaño, aun que existiendo, no está unido usualmente con el acto de disposición patrimonial. (33)

"Hay atipicidad por carencia de los elementos subjetivos del injusto, cuando el delincuente actúa con fines diversos que el ánimo de lucro. (34)

"La definición del delito en turno está contenida en el artículo 386 del Código Penal del Distrito Federal, además del fraude genérico simple, el cual se encuentra tipificado en el párrafo primero del mencionado artículo, no así el deli-

33.- ZAMORA PIERCE JESUS EL FRAUDE EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO, ED. PORRUA PAG. 62 y SIG. MEXICO 1961.

34.- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO DERECHO PENAL MEXICANO ED. PORRUA -- PAG. 265.

to de fraude genérico calificado el cual se encuentra tipificado en el último párrafo del mismo artículo que a la letra dice:

ARTICULO 386.- "Cuando el sujeto pasivo del delito entregue la cosa de que se trata a virtud no sólo, de engaños, sino de maquinaciones o artificios que para obtener esa entrega se haya empleado, la pena señalada se aumentará con prisión de tres días a dos años" (35)

Como podemos apreciar en lo que se escribe anteriormente encontramos que el fraude calificado es una figura agravada con una penalidad de tres días a dos años, con relación a la escala valorativa de sanciones establecidas en las diversas fracciones del artículo 386 construyéndose su concepto en la ley vigente.

La génesis de este tipo agravado en la legislación de México independiente, la encontramos en el artículo 414 del Código Penal 1871, precepto que definió la estafa en función de la entrega de la cosa ajena mueble a virtud de maquinaciones o artificios que no constituyeran delito de falsedad. (36)

MIGUEL S. MACEDO 37 propuso la reforma al precepto antes-

35.- CODIGO PENAL OP. CIT. PAG. 153

36.- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO OP. CIT. PAG. 183

37.- CITADO POR PAVON VASCONCELOS FRANCISCO OP. CIT. PAG. 184

señalado, a efecto de que se suprimiera aquella parte en que se expresaba que las maquinaciones y artificios no constituyeran delito de falsedad, a cuyo fin razono en el sentido de que la cuestión quedaba reducida a determinar cuales fraudes eran más graves y debían, por tanto, ser castigados con pena mayor. Esta cuestión dice: Queda resuelta con su mero planteamiento, no obstante lo cual el Código no la soluciono de manera lógica, terminando el autor citado expresando textualmente "Y no se diga que en el caso de uso de documentos falsificados o del empleo de otro artificio que constituya delito de falsedad, por la acumulación de ambos delitos falsedad y fraude, resultará aumentada la pena".

El Código Penal de 1929, expresa González de la Vega (38), atendiendo a las críticas hechas a la legislación de 1871 re-dactó su artículo 1152 en los siguientes términos: "Si las maquinaciones o artificios, constituyen un delito de falsedad se acumulará éste delito de estafa, observándose las reglas de la acumulación para la imposición de la sanción".

En la generalidad de los casos en que la falsedad concurre con el fraude calificado o estafa, la primera constituye simplemente un medio de comisión del delito por tanto no puede constituir un delito autónomo, ya que debe formar parte intrin

seca en atención a un principio lógico, de los elementos constitutivos del tipo penal. En esos casos las maquinaciones o artificios constituyan o no falsedad, son los medios necesarios para llegar al resultado típico que se propone el autor y por consecuencia no deben tener la relevancia y autonomía que la ley les otorgó.

"La legislación de 1931, como lo destaca ANTONIO DE P MORENO (39) describió la estafa como uno de los supuestos del fraude en su artículo 389, conservando el sistema numerativo del Código de 1871, pero suprimiendo de la definición aquella parte que consideraba a las maquinaciones o artificios constitutivos del específico delito".

La supresión de esta parte del precepto del Código de 1871 constituyó un acierto, siendo pertinente destacar que en cambio se cometió el error de consignar, en el texto original junto a las maquinaciones y a los artificios al engaño como un medio comisivo.

Acertada fue la reforma hecha al artículo 386 mediante Decreto del 31 de Diciembre de 1945 publicado en el Diario Oficial del 16 de Julio de 1946, supuesto que dicha reforma permite aclarar el sentido del texto anterior que dice: Comete el-

delito de fraude genérico calificado quien obtiene del sujeto-pasivo la entrega de la cosa no sólo a virtud de engaño, sino de maquinaciones o artificios, caso en el que la pena señalada en las tres fracciones del artículo 386 se aumentará con prisión de tres días a dos años.

CLASIFICACION DEL DELITO DE FRAUDE EN ORDEN A LA CONDUCTA
Y AL RESULTADO

El fraude genérico calificado admite en orden a la conduc
ta la siguiente clasificación:

A).- Es un delito de acción, pues la estructura típica -
del mismo, precisa de una actividad del agente; de un conjunto
de actos materiales y movimientos corporales que exteriorizan-
la conducta consistente tanto en el engaño como en el empleo -
de maquinaciones o artificios, por lo tanto debemos excluir la
omisión simple y la comisión por omisión.

B).- Es un delito plurisubsistente, ya que la acción que-
lo constituye requiere de una pluralidad de actos. En efecto,
la norma penal que describe el tipo aludido exige no sólo el -
engaño sino el empleo de las maquinaciones o artificios para -
obtener la entrega de la cosa, por lo que la conducta no puede
agotarse con un solo acto sino con un conjunto de actos idó- -
neos para llegar al resultado señalado.

En orden al resultado el fraude genérico calificado se
clasifica:

A).- Es un delito instantáneo, por cuanto se consuma y -
agota con la entrega de la cosa.

B).- Es igualmente un delito material, dado que la norma-
describe una mutación concreta en el mundo externo de la gente.

C).- Por último, el fraude calificado es un delito de daño, ya que la actividad del agente se traduce en una lesión al bien jurídico ajeno (patrimonio).

Es importante analizar el lugar y el tiempo de la comisión del delito de fraude genérico calificado.

En el fraude genérico calificado, como en todo delito material, se puede presentar el problema de la determinación del lugar y tiempo de su comisión.

Debe atenderse al criterio de la consumación, pues tratándose de un delito material en que el resultado tiene una realidad tangible, sólo puede hablarse de consumación del fraude cuando se realiza al entrega de la cosa. (40)

TRASCENDENCIA SOCIAL, ECONOMICA Y JURIDICA

El medio en que vivimos, podía describirse en estos términos, parece que el hombre tiene como obsesión el poseer dinero y que esta posesión lo justifica todo. Parece que el bien, el mal, lo justo, lo injusto, no existe, los delincuentes que pueden pagar gozan de la libertad mientras el peligro no está, en casa el hombre se dedica al trabajo y lo agota por lo que trata de "pasar el rato" pero rara vez tiene tiempo para sentimientos de justicia.

¿Cómo puede el hombre sustraerse a la influencia de lo que se ve por todas partes?. Entre la gente del mundo, lo que uno tiene es lo que uno es, las necesidades naturales son consideradas como primitivas y formulan la mínima parte de un presupuesto.

Por otra parte, el desarrollo de las técnicas ha aumentado la interdependencia humana y la necesidad de colaboración ajena. En cualquier ramo bajo las actuales circunstancias, esa colaboración sólo se obtiene con dinero. Esto justifica en cierta forma la conducta del hombre en su lucha por éste.

(41)

Es natural que el dinero haya aumentado su importancia y que los delitos patrimoniales vayan incrementándose en número y cuantía.

La codicia de los hombres crece hasta la avidez por ese - satisfactor universal, que va ahogando los sentimientos éticos hereditarios. Hoy esta sea como sea conduce directamente a - los Delitos Patrimoniales.

Por otra parte, si la sociedad es importante, el hombre - no lo es menos. Aunque la antitesis entre el hombre y Estado escapa a este estudio, es necesario recordar aquí que sin iniciativa individual no existen sociedad ni historia inteli- - gibles y como los principios del liberalismo siguen firmes hasta - en materia económica.

La libertad no puede constreñirse más allá de determina- dos límites. Por eso la tiranía empieza donde termina la ley.

La ley, equilibrio entre la autoridad y la libertad, re- - clama la concurrencia en los dos principios. La libertad pre- supone la autodeterminación, esto es, la capacidad de elegir - los medios adecuados para alcanzar un fin y "La libertad del - ciudadano depende de las buenas leyes".

La libertad tiene también un aspecto económico, pese a -

las críticas de los socialistas, el hombre, promotor de actividades, tiene derecho a trabajar o no trabajar. La libertad de no hacerlo está sancionada en disposiciones constitucionales cuya filosofía se base en esto: Bajo un régimen de esclavitud el trabajo es obligatorio para todo el mundo, tan obligatorio como en los regimenes de la antigüedad era para los esclavos o los siervos. El hombre no puede optar entre hacerlo o no hacerlo, tiene que hacerlo por coerción. Un régimen totalitario funciona a la manera de una escuela en que los gobernantes son mentores y nadie puede ocuparse en lo que quiera, - donde quiera, con quien quiera y por el precio que quiera.

El empresario es el promotor de las actividades económicas. La empresa por naturaleza azarosa, necesita el aliciente de la ganancia.

El estado tolera esta situación propicia para defraudaciones y se pregunta ¿hasta donde debe ser suprimida la venta? - (lesión), ¿Cual es el límite de la represión?

México, con su tradición democrática, ha tratado de ampliar a un máximo el viejo principio de autonomía de la voluntad.

C A P I T U L O I I I

- III. 1. DIFERENCIAS ENTRE FRAUDE Y PECULADO

- III. 2. NATURALEZA DE AMBAS FIGURAS

- III. 3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

- III. 4. ELEMENTOS CULPABILIDAD Y CAUSAS
 DE INCULPABILIDAD
 LA PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

TECNICAS JURIDICAS PARA LA REPRESION DEL DELITO DE FRAUDE

En algunas legislaciones se enumeran en forma limitada - los diversos artificios, maquinaciones o engaños que tipifican el delito. Es un ejemplo: la legislación francesa; ello tiene el inconveniente de que siempre podrán inventar nuevas - maniobras o engaños y así va aumentando a medida que se legisla, el número de disposiciones consideradas como delitos.

En otras legislaciones como la ITALIANA, se ofrece un concepto general al que se da gran amplitud para comprender al - juez, quien puede considerar como delictuoso casos de relaciones contractuales.

En sistemas como el nuestro, se combinan ambos sistemas - con la idea de que cuando se trate de nuevas maniobras o engaños, puede aplicarse el concepto general y lograr en los demás casos la tipificación del hecho punible. Tiene el inconveniente de que cuando las maniobras no encajan dentro del concepto-general tiende a quedar impules. Nuestro Derecho trata de salvar esto diciendo que no se trata de fraude sino de casos que se equiparan en penalidad al fraude.

Nuestro legislador eludio la dificultad separando del concepto general los otros fraudes. Muchas de esas formas que se

apartan del concepto general han recibido la denominación de -
"FRAUDES ESPECIFICOS". Esto es impropio, ya que algunos de -
ellos verdaderamente fraudes y en cambio otros indebidamente -
se llaman fraudes por que carecen de sus elementos. (42)

Sucedan actualmente muchos casos en que se logran inducir
a error al público, no por maniobras o artificios como se con-
sideraba clásico. Es el caso de las defraudaciones en que no-
existe la actitud mentirosa o que haya que incurrir en una --
creencia falsa al sujeto pasivo de la maquinación.

Para ejemplificar: en la fracción XII del artículo 387 -
del Código vigente, se establece como fraude específico; "al -
fabricante, empresario, contratista o constructor de una obra-
cualquiera que emplee en la construcción de la misma, materia-
les en cantidad o calidad inferior a la convenida o mano de -
obra inferior a la estipulada. Puede suceder que el fabrican-
te, empresario o contratista, no sólo obtenga lucro, sino sim-
plemente de cumplir e incluso pierda en la operación contrata-
da. Sin embargo, por estar penado como fraude, debe estimarse
el delito como consumado si ocurriere".

El fraude ha sufrido mayores modificaciones que cualquier
otro de nuestro Código, hasta el grado de hacernos pensar que

es un delito en estado de transición y que camina hacia su perfeccionamiento. Nos encontramos ante el hecho de que las acciones fraudulentas ya no encajan en forma precisa dentro del fraude clásico como orígenes en el derecho romano, en que el individuo trataba por medio del engaño, de apoderarse de bienes ajenos. (43)

En la actualidad se hace a las grandes colectividades, por medio de la propaganda comercial, la baja calidad en los productos, la adulteración de los alimentos, las rifas, aparentes seguros, la especulación. A este caso cabría mejor el nombre de fraude; que el de defraudación social.

DIFERENCIA ENTRE FRAUDE Y PECULADO

Una vez analizados los tipos prescritos en el Código Penal vigente encontramos las siguientes diferencias:

En principio el peculado es un delito cometido por los servidores públicos en tanto que el fraude es un delito contra el patrimonio.

En el peculado el sujeto activo recibe la cosa en posesión, en el fraude se requiere de engaño, maquinaciones o artificios para lograr la obtención de la cosa objeto material del delito.

En el peculado la cosa objeto material del delito puede - ser mueble o inmueble, no así en el fraude en el que la cosa - objeto material del delito debe de ser mueble.

El peculado tutela la fidelidad del encargado de un servicio público: como bien superior, como razón especial de ser la tutela penal, y como causa que califica la gravedad del delito, en tanto que en el fraude lo que tutela es el patrimonio de las personas.

En el peculado el sujeto activo sólo puede ser el encargado de un servicio público del Estado o de un organismo des--centralizado, en tanto que en el fraude cualquier persona puede ser sujeto activo del delito.

El acto consumativo en el peculado es la distracción de - la cosa, del objeto para el cual estaba destinada, en el fraude el acto consumativo es la obtención de un lucro indebido.

NATURALEZA JURIDICA DEL DELITO DE FRAUDE

Cabe hacer notar, que este punto ya ha sido tratado en el capítulo primero de este trabajo, por lo que solamente haré una pequeña remembranza del mismo.

"En el Derecho Romano, después de ADRIANO surgió el llamado "CRIMEN STELLIONATUS", base fundamental de la moderna figura jurídica de fraude. EL DIGESTO menciona como casos de -- estelionato la enajenación a otro de la cosa, disimulando la - obligación existente.

El empleo insidioso de locuciones obscuras en las negociaciones y contratos, vender la cosa ya vendida a otro etc., y en general se consideró como estelionatus todo género de actos de impro- vidad no realizados de modo franco y manifiesto cuando no cons- tituyen otro delito". (44)

En nuestra legislación ya hallamos hechos que hoy se pe- nan como estafa por ejemplo el del sujeto que maliciosamente mezcla con el oro la plata otros metales. "considerando como- falsedad la definición en la venta de objetos de oro y de pla- ta" (45)

(44) .- CUELLO CALON EUGENIO.- DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL, - VOLUMEN SEGUNDO, 14a. EDICION EDITORIAL BOSEH BARCELO NA PAG. 937

45 IDEM.

Cabe señalar que en nuestra legislación penal se consideraban ya estos tipos en el Código Penal de 1817, no así en la Legislación Española en la que fue hasta 1848, el Código Penal Español contemplaba ya a la estafa y a otros tipos que se le equiparan.

Tales como, defraudación como pretexto de supuestas remuneraciones a servidores públicos.

"Cabe agregar que el delito de estafa constituye el inmediato precedente de la figura hoy conocida como fraude".

PECULADO NATURALEZA JURIDICA Y ANTECEDENTES HISTORICOS

Para iniciar el estudio de esta figura jurídica es importante conocer sus raíces y significado dentro del Antigo Derecho Romano el cual es la fuente de nuestro derecho.

PECULADO.- "Peculatus (como pecunia, Peculim) deriva de Pecus, Originalmente fue el delito de quien se apodera del ganado público porque antiguamente era el ganado el que servía al Estado y a los particulares como medio de cambio y común medida de los valores". (46)

SACRILEGIUM era a su vez, el hurto de la res sacra, es decir, consagrada a los dioses. Pero no obstante la diferente denominación de uno y otro, cabe destacar que en un principio se les consideró como delito semejante, ya que en Roma los Bienes Divinos del Estado no se diferenciaban jurídicamente.

Se ha significado la ausencia de conocimientos respecto de cómo se consideraba el delito en los tiempos antiguos de allí, en consecuencia el valor de la Ley Julia para el estudio de esta figura jurídica.

"El peculado aparece como un hurto agravado por la calidad de las cosas sobre las que recaía; pero esa estrecha no-

46.- NEGRI.- CITADO POR DANIEL P. CARRERA PECULADO EDITORIAL DE PALMA BUENOS AIRES 1968 PAG. 2

ción se amplió y se extendió a quitar, interceptar o aplicar - en uso propio dinero público. Asimismo se comprendieron formas que no consistieron precisamente en tomar algo de pertenencia del Estado, sino procurándose lo fraudulentamente, la evolución alcanzó también al objeto material, porque si bien en un principio sólo se protegió a los bienes del pueblo Romano, después se comprendió a las ciudades. (47)

"El proceso evolutivo se tradujo asimismo, bajo el imperio en que la represión atendió no solamente a la calidad o al carácter de los bienes, sino que entró en consideración la calidad del agente, funcionario del Estado que actuaba deslealmente. (48)

Al referirse al peculado la Ley Julia plasma lo siguiente: "Que nadie quite, ni entrecepte, ni invierta en cosas suyas, - parte de dinero sagrado, religioso, público ni haga de modo - que alguno lo quite, lo intercepte o lo aplique a cosa suya, - a no ser que a el le fuere ciertamente lícito por la Ley, y - que nadie ponga ni mezcle en el oro o en plata o en el dinero público alguna cosa, ni haga a sabiendas con dolo que se ponga o se mezcle, por la que se deteriore". (49)

47.- CARRERA P. DANIEL OP CIT PAG. 3

48.- CARRERA P. DANIEL OP CIT PAG. 4

49.- CARRERA P. DANIEL OP CIT PAG. 5

La ley Julia provenía además del peculado y los sacrilegios, a los residuos que consistían en la suma o los bienes que quedaban en poder de alguien después del ejercicio de una misión pública y que debía restituir con la rendición de cuentas. Esta se estableció entre los Romanos para los residuos, no para el peculado, sin embargo, la Doctrina Moderna la ha trasladado al peculado y la hace jugar como significadora del momento de su consumación o bien sujeta al delito una cuestión prejudicial.

"La pena del peculado y la de los residuos se diferenciaban notablemente. El primero llegó a ser sancionado con la pena de minas, la deportación e incluso con la muerte, mientras que los residuos acarreaban como testigo el pago de una tercera parte más de lo debido". (50)

LABEON "Define en su libro trigésimo octavo al peculado como el hurto del dinero público o sagrado no cometido por -- aquel a cuyo riesgo estuvo. Aunado a esto LABEON dicta la regla del riesgo que comprende el caso en que se asuma el riesgo de las cosas que se han entregado." (51)

En ella se excluye al peculado, queda definido como antes expuse "hurto de dinero público o sagrado no cometido por -- aquel a cuyo riesgo estuvo". Ha sido destacada la dificultad-

50.- CARRERA P. DANIEL OP CIT. PAG. 5

51.- CITADO POR CARRERA DE P. DANIEL OP CIT. PAG. 5

que ofrece el principio expuesto por LABEON frente a aquellos casos en que se tiene la responsabilidad administrativa de la cosa encargada.

En el Derecho Español Antiguo encontramos que la norma - que regía el delito de peculado son las leyes de partidas que establecen que esta delincuencia fue mirada primordialmente - como una ofensa a la autoridad real, en este cuerpo de legislación encontramos supuestos de peculado y de residuos, siendo de destacar el distinto tratamiento en cuanto a la pena.

"Conforme a dichas leyes, debían no sólo el Oficial del - Rey que tuviere algún tesoro en guarda, o que recaudara pagos o derechos y los hurtara, o el juzgador que mientras estuviera en la función los "Maravedis". del rey o de un consejo, sino también aquel o aquellos que les presentaran ayuda, o los encubriera" (52)

En cambio, aquellos a quienes se les hubiera encomendado realizar un pago y no lo hicieran, aparecen diferenciados de los anteriores, en cuanto sólo se les aplicaban sanciones de orden pecunitario.

PECULADO EN LA DOCTRINA

CARMIGNANI

Coloca al peculado entre los delitos contra la fe pública, se nota decididamente la influencia de la regla romana del riesgo, en virtud de que adopta la misma definición de LABEON "Hurto de dinero público o sagrado no cometido por aquel a cuyo riesgo estuvo" (53)

Al tratar de los elementos que deben concurrir para que un hurto de dinero público sea peculado, se refiere al Título por el cual el dinero se posee y hace referencia a la regla romana del riesgo, con arreglo, a la cual, quien lo asumía el riesgo por ser deudor no cometía peculado.

En TOSCANA no era así, pues respondía por peculado los administradores de dinero público, sea que lo poseyeran a propio riesgo o no.

CARRARA

En él existe también la influencia de la regla formulada por LABEON, en cuanto excluye el peculado cuando los riesgos de los bienes están a cargo del agente. CARRARA (54) "Construyó su doctrina distinguiendo al delito de peculado en cuatro -

53.- GIOVANNI CARMIGNANI CITADO POR CARRERA P. DANIEL OP. CIT. PAG. 28

54.- CITADO POR CARRERA P. DANIEL OP. CIT. PAG. 30

tipos:

- A).- PECULADO PROPIO.- Lo enuncia la apropiación de la cosa pú
blica cometida por una persona investida de un oficio pú
blico a la cual le ha sido entregada la cosa con la obli-
gación de conservarla y restituirla.
- B).- PECULADO IMPROPIO.- Consiste en el hurto de objetos o di-
neros públicos cometidos por personas que no lo tenina en
consignación, pero que conocía de su cualidad o potencia.
- C).- "RESIDUOS".- De acuerdo con la definición de peculado que
nos da CARRARA, sólo el funcionario deudor de especie, y-
no el deudor de cantidad puede cometer peculado. Para el
deudor de cantidad puede caber si la responsabilidad por-
"residuos".
- D).- QUEBRANTO DE CAJA.- Señala CARRARA (55) que la doctrina -
moderna ha creado un título delictivo distinto para el -
funcionamiento público, llamado quebranto de caja o vacía
de de caja. Así el artículo 174 del Código Penal Toscano
convirtió en precepto legislativo esta doctrina, sanciona
ba al oficial público o a su ayudante, deudor de cantidad
cuando no rindiera cuenta exacta de los valores que se le
entregaron con pena más benigna, que los anteriores"

DOCTRINA ITALIANA

Para LUIGI MAGIO (56) "En esta doctrina se encuentra" en el peculado un abuso de confianza, abuso de cierta especialidad, pues lo es de la confianza dispensada por el Estado, el peculado es caracterizado como apropiación indebida, diferenciada por la calidad del agente. A pesar de ésto, parte de la doctrina hizo la distinción "del peculado cometido por sustracción, de aquel peculado logrado por distracción y rehusó limitar la noción del delito a la apropiación indebida y reservarla su forma la aplicación de la figura del hurto agravado".

No obstante considerar al peculado como apropiación indebida diferenciado por la calidad del agente, la doctrina no exige la concurrencia del daño patrimonial. "El daño necesario exige la concurrencia del daño patrimonial. "El daño necesario y suficiente para que se concrete el delito es el necesariamente inherente a la violación del deber de fidelidad para con la administración pública, tanto si se une como si no se une a un daño patrimonial."

Debe tenerse presente, al remitirse a la teoría italiana, que la del Código de 1885 trabaja sobre un dispositivo, en el que el objeto material comprendía tanto los bienes públicos como los privados. Es en el Código de 1930 donde se plasma a-

los bienes públicos, al ser previstos los bienes privados.

OBJETIVIDAD JURIDICA

Las conclusiones de esta doctrina son aprovechadas para seguir la evolución producida en torno a la objetividad jurídica del peculado, como para el estudio de esta en sí por cuanto la Ley Italiana coloca al peculado entre los delitos contra la administración Pública.

"Esta doctrina considera que lo que tutela no es la seguridad de una categoría de bienes, sino la normal y regular actividad patrimonial de la administración pública" (57)

PRESUPUESTO DEL DELITO

"La presencia de administrar la entrega de los bienes ha permitido sostener, diferenciando que la posesión de los bienes puede ser material o inmediata o sea atribuir calidad de peculado a quien tiene poder de disposición sobre los bienes aunque materialmente no los posea". (58)

La denominación razón del cargo, o sea la causa de la relación funcional con los bienes, ha dividido a los autores, de un lado se encuentran los que sostienen que basta la llamada entrega facultativa, y que la relación con los bienes guar-

57.- CARRERA P. DANIEL OP. CIT. PAGS. 37 y 38

58.- IDEM.

de sólo dependencias con la calidad investida, sin que sea preciso que el agente tenga competencia estrictamente legal para su manejo.

De otro se manifiesta que esta interpretación es excesiva, pues una cosa es razón y otra es ocasión.

ELEMENTO MATERIAL

"Distinguiendo "sustraer" de "distraer" en el Código de 1889 y "apropiar" de "distraer" en el Código de 1930 la doctrina italiana ha elaborado su construcción respecto del momento consumativo. Para ello formula una distinción entre deudores de especie y deudores de cantidad no admitido por la doctrina y jurisprudencia española, los deudores de cantidad quedan sujetos a la rendición de cuentas y, como en la doctrina francesa es ésta la que precisa el momento consumativo. (59)

La teoría establece que se trata de un delito de lesión, material, al igual que afirma que es comisivo pero perpetrable también mediante omisiones.

ELEMENTO SUBJETIVO

"La doctrina se pronuncia el elemento subjetivo del peculado se satisface con el dolo genérico: Sin embargo, no faltan los autores que hacen referencia el espíritu de lucro o al dolo específico." (60)

59.- CARRERA P. DANIEL OP CIT. PAG. 37 y 38

60.- IDEM.

DOCTRINA FRANCESA

Los autores consideran al peculado, y en ello concuerdan con la doctrina italiana, como un abuso de confianza agravado solamente por el abuso de funciones que se le agregan.

PRESUPUESTO DEL DELITO

Aparece exigido por cuanto se llega a considerar al peculado como delito de función. "La Teoría requiere que las calidades previstas por la Ley concurren en el autor, quien además tiene que atentar contra bienes que se encuentran en su poder en virtud de sus funciones". (61)

ELEMENTO MATERIAL

El delito se consuma cuando la rendición de cuenta es negada, hecha imposible o se deja transcurrir el término para efectuarla.

La teoría francesa guiada por los ordenamientos legales de su país, construye todo un sistema respecto de la prejudicialidad del juicio de cuenta, ha influido igualmente en este aspecto, en la teoría argentina.

61.- CARRERA P. DANIEL OP. CIT. PAG. 41

ELEMENTO SUBJETIVO

"El fraude aparece requerido para el peculado, aunque en el fondo esa exigencia esta destinada a señalar que no basta - la mera comprobación de déficit, tampoco el sólo retardo, para la existencia del delito. Se precisa, para ésto, la intención delictuosa. Esta se le encuentra en la negativa a presentar las cuentas." (62)

62.- CHAVEAN HELIE CITADO POR CARRERA P. DANIEL OP. CIT. PAG.

ELEMENTOS DEL DELITO DE PECULADO

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo - 223 nos dice quienes cometen el delito de peculado en su texto siguiente:

ARTICULO 223.-"Comete el Delito de Peculado:

- I.- Todo servidor público que para sus usos propios o ajenos distraigan de su objeto dinero, valores fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo lo hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa.
- II.- El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos y otorgue algunos de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.
- III.- Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondo público o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades.

IV.- Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal y estando obligado legalmente a la custodia, administración aplicación de recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les de una aplicación distinta a las que se les destinó". (63)

En su esencia jurídica, el peculado consiste en la distración que para usos propios o ajenos un servidor público hace de los bienes que, por su carácter, le han sido confiados. Es infracción de la misma naturaleza que el abuso de confianza, pero se le ha tipificado especialmente:

- A) Por su carácter público
- B) Para reprimirla con mayor pena
- C) Para marcar su persecución de oficio.

Sus constitutivas son:

CALIDAD DEL AGENTE

Debe ser el encargado de un servicio público del Estado o descentralizado, aunque sea en comisión por tiempo limitado y no tenga el carácter de funcionario. Por tanto, quedan comprendidos los funcionarios y empleados federales o comunes, y los comisionados para el desempeño aislado de labores oficiales, estatales o descentralizadas.

63.- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL RAUL, CARRANCA Y RIVAS RAUL, CODIGO PENAL ANOTADO EDITORIAL PORRUA DECIMA EDICION MEXICO 1983 PAG. 491.

DISTRACCION DE BIENES O VALORES PUBLICOS, O DE PARTICULARES.

Por distraer para usos propios o ajenos se entiende que - que el agente, violando la finalidad jurídica de la tendencia - se adueñe de los bienes obrando como si fuera su propietario, - sea para apropiárselos, sea para disiparlos en su personal sa- tisfacción o en beneficio de otra persona; la distracción es - un elemento semejante a la disposición indebida del abuso de - confianza, e implica un injusto cambio de destino del objeto.

"El agente debe haber recibido por razón de su cargo los bienes o valores a título precario. Supone el delito la ten-- dencia provisional con obligación restitutoria o de rendir -- cuentas o darles un fin determinado. Si el agente no tiene su posición y los toma comete robo." (64)

ELEMENTOS DEL PECULADO

El delito del peculado tiene un presupuesto lógico, estre-- chamente unido a la posición del agente activo del delito.

Solamente puede ser responsable del delito de peculado el encargado de un servicio público del estado, o descentralizado, aunque sea en comisión por tiempo limitado y que no tenga el - ca - caracter de funcionario (servidor). Esta es la posición que - debe guardar el sujeto activo del delito, en el momento en que

lleve a cabo la conducta delictuosa prevista por la ley. El presupuesto lógico del delito que es a la vez uno de sus elementos materiales, consiste en que, por razón de su cargo hubiere recibido dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, en Administración, en depósito o por otra causa que produzca la simple transmisión de la tenencia y no del dominio de la referida cosa.

"Es presupuesto lógico, por que solamente puede distraerse de su objeto una cosa que se haya recibido plenamente y de la que el sujeto activo tenga la simple tenencia la falta de previa entrega de la cosa al agente, hace imposible lógicamente, el acto consumativo de la acción delictuosa, típicamente descrita en la Ley; la distracción de la cosa para el objeto de la misma; si el agente del delito hubiera recibido la cosa en virtud de un contrato o de un acto, por el que se hubiera transmitido no la simple tenencia de la cosa sino el dominio de ella, no habría posibilidad tampoco, sin que se llevara a cabo la acción consumativa distracción de la cosa de su objeto violación de la finalidad jurídica de la tenencia. (65)

La acción consumativa del delito consiste en la distracción de su objeto de la cosa recibida, con transmisión de la

simple tenencia de ella y no del dominio, la violación de la finalidad jurídica de la tenencia el abuso de la cosa y con él, el abuso de la confianza depositada en el encargado del servicio público trae aparejada la infidelidad, la deshonestidad, del servidor público, la violación de la fé en él depositada públicamente.

El elemento subjetivo del delito es la intención dolosa del agente, su voluntad de cometer el delito y de emplear los medios idoneos para ejecutarlo, la distracción de la cosa de su objeto, se consuma tanto cuanto tenga por finalidad destinarla a usos propios, egoístas de enriquecimiento de modo personal, como cuando se emplea para usos ajenos del agente. El delito se consuma simplemente con la violación de él finalidad jurídica de la tendencia, que equivale a distracción ilícita de la cosa, como del objeto para el cual estaba destinada. (66)

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE FRAUDE

La definición del delito de fraude contenida en los párrafos primero y último del artículo 386 pone en relieve que sus elementos constitutivos son:

- A) Una conducta falaz
- B) Un acto de disposición; y
- C) Un daño y un lucro patrimonial

El delito de fraude es un delito material o de resultado, pues su integración conceptual presupone el desplazamiento o la disminución patrimonial que implica el acto de disposición.

Ahora bien es importante entrar en estudio de todos y cada uno de los elementos que deben presentarse para que esta figura se tipifique, ya hago mención en líneas arriba de cuales son dichos elementos y a continuación trataré de definirlos:

A) CONDUCTA FALAZ

"Dicha conducta esta ^εpresedida por un elemento de naturaleza psíquica, pues, en esencia consiste en inducir a otro, mediante engaños a realizar un acto de disposición patrimonial o aprovecharse de su error no rectificándolo oportunamente. Antiguamente se consideraba que sólo integraban el delito en estudio aquellas conductas en que, para sumergir en error al sujeto pasivo se ponían en juego maquinaciones o artificios; pos

teriormente se admitió que el simple engaño bastaba para inducir a un error; en la actualidad también se admite en algunos códigos, como el nuestro que el aprovechamiento del error es suficiente para integrar la conducta ejecutiva del delito de fraude" (67)

MAQUINACIONES Y ARTIFICIOS

Se ha sostenido que el fraude es un delito constructivo, queriéndose indicar con esto que el delito surge cuando las afirmaciones falsas aparecen en hechos externos y corpóreos que les presentan una aparente realidad ilusoriamente visual y tangible.

"Las maquinaciones o artificios empleados para obtener la entrega de la cosa, a que hace mención el párrafo último del artículo 386 del Código Penal han de tener la suficiente corporeidad, visualidad o tangibilidad para impresionar la mente o los sentidos, no existe maquinación o artificios en las simples palabras por fascinantes o sugestivas que fueren preciso que vayan acompañadas, por algún hecho material y corporáneo que dé apariencia de realidad a la afirmación, Y dado el sistema de nuestro Código, en el que claramente se distingue entre simple engaño y maquinaciones y artificios (párrafos primero y último del artículo 386 del Código Penal)" (68)

67.- JIMENEZ HUERTA MARIANO DERECHO PENAL MEXICANO, TOMO IV LA TUTELA PENAL DEL PATRIMONIO EDITORIAL PORRUA CUARTA EDICION MEXICO 1981 PAG. 145

68.- JIMENEZ HUERTA MARIANO OP CIT. PAGES. 146 y 147

Lo que caracteriza los casos conocidos con el nombre de fraudes maquinados son, precisamente las estrategias o maniobras despelgadas sobre todo, con destreza, ingenio o arte para sorprenderle o deslumbrarle, despertar su ilusión y vencer sus naturales desconfianzas o psicológicas resistencias.

"El fraude también existe cuando las maniobras o artificios son dirigidos a conmover los sentimientos humanísticos y caritativos del sujeto pasivo, mediante simulaciones de enfermedades, mutilaciones, deformaciones, infortunios o desgracias, el engaño opera aquí tanto sobre la inteligencia, como sobre el sentimiento de caridad del sujeto pasivo". (69)

La circunstancia apuntada de que la disposición patrimonial se hubiere realizado a impulso de los sentimientos de caridad que provocan los engaños o los artificios simuladores de enfermedades o deformaciones, no aportan ningún elemento psicológico o jurídico para que pueda llegarse a la tipicidad del hecho. La nobleza del sentimiento de humanidad cuya reacción se espera y explota en la estafa medincante, no solamente obstaculiza la integración típica del delito, sino que por el contrario nutre y circunda de una mayor densidad jurídica.

Otra maquinación artificiosa, es el llamado fraude de se-

guro. Y si bien el mismo no está tipificado específicamente - en nuestra legislación, pero es encuadrable en los párrafos - primero y último del artículo 386 del Código Penal.

Aunque la destrucción de cosa propia en perjuicio de terceros es generalmente constitutiva del delito de daño que describe y pune con las sanciones del robo simple dice el artículo 399, "Que cuando la destrucción o deterioro u ocultamiento, se realiza con la finalidad o interna tendencia de cobrar la indemnización estipulada para el caso de siniestro en un contrato de seguro, el hecho adquiere una distinta y especial significación típica, a tenor de lo que estatuyen los párrafos - primero y último del artículo 386 antes citado, siempre y cuando vaya seguido de otros actos que culminan en la obtención de un lucro indebido. El fraude de seguro es, un delito plurisubistente pues para su consumación, se requiere una serie sucesiva de actos integratorios de la acción delictuosa". (70)

ENGAÑOS

La segunda forma que puede asumir la conducta ejecutiva - del delito de fraude es, como expresa el párrafo primero del artículo 386 del Código Penal "ENGAÑANDO A UNO" proyectándose esta frase sobre todo comportamiento positivo en el que se falsa la verdad en lo que hace dice o promete, y que encierra -

una deacuada potencialidad psico-casual para sumergirse a --
otro en un error.

Su contenido conceptual abarca no sólo la puesta en mar--
cha de un medio idóneo para poner ante el entendimiento del -
sujeto pasivo una notaria desvinculación de la verdad sino tam
bién la causación de este resultado, ésto es, el error en que
queda el sujeto pasivo como efecto de la conducta engañosa, el
comportamiento del sujeto activo produce o refuerza el error -
y desde un punto de vista casual, ambos antecedentes son idó--
neos para calificar la conducta de engañosa. (71)

La más corpórea forma en que encarna el engaño consiste -
en entregar, a virtud de un título obligatorio, un objeto di--
verso en su entidad, sustancia, cantidad o calidad de aquel -
que debía ser entregado. Entran aquí las entregas de cobre -
por oro, de cuentas de vidrio por piedras preciosas, mercancías
faltas de peso o medida etc., El engaño en estos casos puede
entrar en juego tanto en el momento de concertarse como en el
instante de darle cumplimiento.

Además de los engaños que se plasma en actos corpóreos. -
WELSELL BROWN (72) nos dice: "Las falsas y expresas peticio--
nes o promesas encarnan en las mentiras engañosas puestas en -
juego por el sujeto activo para inducir en error al sujeto pa-

71.- JIMENEZ HUERTA MARIANO OP. CIT. PAGS. 163 y 164.

72.- CITADO POR JIMENEZ HUERTA MARIANO OP. CIT. PAG. 179

sivo de la conducta y lograr la entrega de la cosa".

APROVECHAMIENTO DEL ERROR

En el párrafo primero del artículo 386 del Código Penal - vigente se proclama que es también medio idóneo de comisión - del delito de fraude, aprovecharse del error en que se halla - el sujeto pasivo, el mantenimiento del error amplia un comportamiento engañoso, el artículo 386 bajo la frase "APROVECHARSE DEL ERROR", estructura expresamente un tipo de fraude con base en la infracción del deber jurídico que dicho artículo impone, de realizar la acción adecuada para remover el error en que se encuentra inmerso el sujeto pasivo. "El aprovechamiento del error reviste una menor intensidad casual y antijurídica - que el engaño, no obstante lo cual el Código equipara a ambos - en cuanto la pena. Bueno es advertir que el aprovechamiento - del error puede también manifestarse con palabras tendientes a asistir y confirmar la equivocación en que de antemano la víctima se hallaba, si bien el agente no simula la realidad para sumergir en error a su víctima, disimula dicha realidad e impide con su actitud que la víctima salga del error en que se encontraba". (73)

"El acto dispositivo que es indispensable para la existencia del delito de fraude consiste en aquella resolución de la voluntad que determina al sujeto pasivo de la conducta a hacer

o no hacer puede decaer sobre cualquier elemento del patrimonio, no sólo sobre dinero, bienes muebles o inmuebles de cualquier clase, sino incluso también sobre meras presperctivas de hechos.

La disposición patrimonial puede ser hecha inadvertidamente, pues con frecuencia el engaño de que el estafador se vale, consiste en ocultar la realidad y de esta forma obtener una - disposición patrimonial que el engañado no hubiere hecho si hubiere conocido la verdad oculta". (74)

DAÑO O LUCRO PATRIMONIAL

Este daño o perjuicio patrimonial consiste, según FRANK - (75), "En una disminución apreciable en dinero del conjunto de los valores económicos correspondientes a una persona cuya disminución puede encarnar en una disminución del acto o en amento del pasivo." El simple valor de afección que pudiere tener la cosa entregada a través de engaños, no entra en considera--ción en orden o este delito, pues contrariamente a lo que establece el párrafo primero del artículo 371 en relación al robo, y que a la letra dice:

ARTICULO 371: "Para estimar la cuantía del robo se estimará únicamente al valor intrínseco del objeto del apoderamiento, pero si por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero, o si por su naturaleza no fuere posible fijar el valor, se -- aplicará prisión de tres a cinco años". (76)

El código no contiene precepto alguno para sancionar el - fraude que recallera exclusivamente sobre cosas que tuvieren - valor emocional.

La conducta engañosa determinante de la disposición patri- monial ha de tener por fin obtener alguna cosa o alcanzar un - lucro indebido. Cuando el sujeto activo logra el enriqueci- - miento y el pasivo sufre el perjuicio el delito queda consuma-

75.- CITADO POR JIMENEZ HUERRA MARIANO OP. CIT. PAG. 106

76.- CODIGO PENAL OP. CIT. PAG. 114

do; preciso es subrayar que la descripción del delito de fraude genérico tipificado en el artículo 386 del Código Penal -- contempla dos alternativas:

- A) Que la fraudulenta conducta tenga por fin que el sujeto activo se haga ilícitamente de una cosa determinada.
- B) Que la conducta fraudulenta recaiga sobre el patrimonio del sujeto pasivo.

En este último caso, el delito se consuma cuando el sujeto activo obtiene una ganancia que disminuye el patrimonio del sujeto pasivo. En el primero, cuando se produce el desplazamiento que hace salir la cosa del patrimonio del sujeto pasivo, el lucro existe tan pronto como el agente obtiene la entrega de la cosa mueble o inmueble o la firma del crédito que obliga al sujeto pasivo a la renuncia de un derecho.

CULPABILIDAD

El examen de la fuerza moral que según CARRARA (77), "concorre con la física a generar el delito, nos lleva a considerar la culpabilidad, elemento subjetivo del delito". Su fundamento radica en que el hombre es un sujeto con conciencia y voluntad, por lo que es capaz de conocer la norma jurídica, y de acatarla o no. De aquí la reprochabilidad de su conducta, o sea su culpabilidad.

Por otra parte FRANK, FREUDENTAL, MEZGER (78), "plasman en la teoría normativa de la culpabilidad y sostienen que para que exista ésta, es preciso que ella dé lugar a una valoración normativa, aún juicio de valor que se traduzca en un reproche, por no haberse producido la conducta de conformidad con el deber jurídico exigible a su autor". Por tanto la culpabilidad es una reproducción jurisdiccional de la conducta que ha negado aquello exigido por la norma.

El elemento normal ha venido a ser reconocido en estadios superiores de la Doctrina Penal; antes fue general la responsabilidad sin culpabilidad. Pero más tarde Roma reconoció por fin que no pueden darse ni delito, ni pena sin fundamento en -

77.- CITADO POR CARRANCA Y TRUJILLO RAUL DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL EDITORIAL PORRUA S.A. DECIMO CUARTA EDICION MEXICO 1982 PAG. 413.

78.- IDEM.

la voluntad antijurídica, manifestada ya como la ofensa intencionada a la Ley moral y al estado (DOLUS); ya como descuido o negligencia culpable (culpa).

CARRARA (79) escribió "el hombre esta sometido a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral; por tanto, nadie puede ser políticamente responsable de un acto del que no es responsable moralmente la imputabilidad moral es el precedente indispensable de la imputabilidad política". El positivismo defensista se expresa así: La acción u omisión sancionada por un código penal, no constituye delito por la sola objetividad material del hecho, éste debe ser siempre la expresión de una personalidad más o menos patológica o por falta de desarrollo psíquico.

O porque el hecho sea una acción del individuo determinado por intenciones delictuosas.

La culpabilidad o reprochabilidad está siempre referida a un hecho externo, a una conducta; solamente puede referirse a una conducta determinada y singular del hombre.

Para que la acción sea inculpa, además de antijurídica y típica a de ser culpable, sólo puede ser culpable, el sujeto que es imputable. Será imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas por

la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente.

La imputabilidad y la culpabilidad concurren a integrar la responsabilidad: Declaración jurisaccional de ser una persona imputable y culpable por una acción determinada y, como consecuencia, sujeto de una pena cierta, es evidente que la imputabilidad y la culpabilidad deben ser colocadas después de la antijurilidad y de la tipicidad, entre los elementos del delito.

Como fundamento de la imputabilidad se han sostenido los principios del libre albedrío y de la responsabilidad moral, - señala CARRARA (80) "que la libertad es un atributo indispensable de la voluntad, de tal suerte que ésta no puede existir sin aquella. La imputabilidad se fundó, en el concurso de la inteligencia y de la libre voluntad humana". En consecuencia donde faltara el libre albedrío o libertad de elección, no cabía aplicación de pena alguna.

Para la defensa social son imputables todos los que cometen hechos punibles prescindiendo del problema de si obraron libre o espontáneamente. La imputabilidad deriva de la existencia misma de la sociedad por que el sujeto es causa física de la infracción, el hombre es penalmente imputable porque lo es socialmente y porque vive en sociedad y mientras viva en -

ella.

El fundamento de la culpabilidad está en las condiciones en que determinada conducta es producida, llenado el tipo legal.

Como fundamento de la culpabilidad se ha señalado la peligrosidad criminal.

El concepto de ella es muy antiguo, parte de BEVERBACH y hasta de SANTO TOMAS, pero modernamente lo concretó GAROFALO al referirse, desde 1880, a la temibilidad. Los autores positivistas repiten fundamentalmente la noción fijada por Garofalo y dicen: capacidad, aptitud, inclinación, tendencia, a ser probabilidad autor de un delito.

Escribe PRINS (81) "Debemos hacer figurar en primer término una noción que se había dejado en la sombra; la del estado peligroso del delincuente, sustituyendo a la concepción demasiado exclusiva del acto perseguido. En consecuencia, la nueva noción del estado peligroso exige que el juez tenga facultad para aplicar las medidas de seguridad y defensa hasta a aquellos sujetos que no hayan cometido delito alguno, pero que sean peligrosos".

La teoría del estado peligroso ha sido perfeccionada distinguiéndose entre los estados peligrosos (infractores defectu

81.- CITADO POR CARRANCA Y TRUJILLO RAUL OP CIT. PAG. 417

sos, deyesenados o anormales, por antecedentes y por vías de hábito o de pasión). La aplicación de una pena a un sujeto imputable debe sustentarse en la prueba de su responsabilidad y ésta tiene como fundamento el estado peligroso porque la peligrosidad es el título mediante el cual se perfecciona la responsabilidad criminal. Pero debe distinguirse entre peligrosidad social y criminal; la primera es subjetiva, es la sola aptitud, mientras que la segunda es objetiva.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Nuestro Código desconoce directamente la división entre:

- a) Causas de Inimputabilidad
- b) Causas de Justificación
- c) Excusas Absolutivas

por las que determinados sujetos alcanzan remisión de la pena. Preferible es este silencio actual que la confusión del Código Penal de 1929, al llamar Causas de Justificación a todas las eximientes; en su artículo 45 decía:

ARTÍCULO 45.- Las circunstancias que excluyen la respon--sabilidad penal, es decir, la justificación legal.

Para JIMENEZ DE AZUA (82) " en las causas de inimputabilidad no hay delincuente, en las de justificación no hay delito y en las excusas no hay pena".

El Código Penal vigente en su Título Primero, capítulo IV plasma las "Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad", y el artículo 15 a la letra dice:

ARTÍCULO 15.- (Excluyentes de Responsabilidad). Son cir--cunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

- I.- (Fuerza Física). Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible.
- II.- (Estados Específicos de inconciencia). Hallarse el - acusado, al cometer la infracción, en un estado de - inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, o por un estado toxin-- feccioso agudo, o por un trastorno mental involunta-- rio de carácter patológico y transitorio.
- III.- (Legítima Defensa). Obrar el acusado en defensa de - persona, honor o de sus bienes de otro, repeliendo - una agresión actual, violenta, sin derecho y de la - cual resulte un peligro inminente; a no ser que se - pruebe que intervino alguna de las circunstancias si-- guientes:
- PRIMERA.- Que el agredido provocó la agresión, dando causa - inmediata y suficiente para ella.
- SEGUNDA.- Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla - por otros medios legales.
- TERCERA.- Que no hubo necesidad racional del medio empleado - en la defensa.
- CUARTA.- Que el daño que iba a causar el agresor, era fácil - mente reparable después por medios legales o era - notoriamente de poca importancia, comparando con el - que causó la defensa.

(Presunciones legales de legítima defensa). Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, respecto de aquel que durante la noche rechazare, en el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor.

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación, siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

IV.- (Fuerza Moral. Estado de necesidad). El miedo -- grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro -- real, grave e inminente, siempre que no exista -- otro medio practicable y menos perjudicial: No se considerará que obra en estado de necesidad, aquel que por su empleo o cargo tenga el deber legal de -- sufrir el peligro.

- V.- (Deber o derecho legales). Obrar en cumplimiento - de un deber, o en el ejercicio de un derecho consignados en la ley.
- VI.- (Inculpable ignorancia). Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar.
- VII.- (Obediencia jerárquico-legítima). Obedecer a un - superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado - lo conocía.
- VIII.- (Impedimento Legítimo). Contravenir lo dispuesto - en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, - por un impedimento legítimo.
- IX.- (Encubrimiento). Ocultar al responsable de un delito o los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impedir que se averigüe, cuando no se hiciere por un interés bastardo y no empleare algún medio-delictuoso, siempre que se trate de:
- a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines.
 - b) El cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo; y

c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

X.- (Caso Fortuito). Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

La razón de ser de las excluyentes atañe a lo esencial -- del delito. La responsabilidad tiene por presupuesto la imputabilidad y ambas hacen posible la culpabilidad: por lo que -- las excluyentes, en su especie, se fundan en la ausencia de -- imputabilidad o de culpabilidad.

Si según su noción jurídica, el delito se define por la -- concurrencia de actividad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, el faltar alguna de ellas no habrá -- delito. Los citados, son sus elementos positivos a los que se pueden oponer los negativos: ausencia de acción, juridicidad de la acción, ausencia de tipo, ausencia de imputabilidad y de culpabilidad y ausencia de pena. Los elementos negativos enumerados son la raíz de los excluyentes, por lo que éstas pueden clasificarse en tres grupos:

a) Causas de inimputabilidad: Según LUIS JIMENEZ DE ASUA.

Son "aquellas en que, si bien el hecho es intrínsecamente

malo, contrario al derecho, no se encuentra sujeto de delito - en condiciones de serle atribuible el acto realizado, por no - concurrir en el desarrollo o la salud mentales, la conciencia - o la espontaneidad".(83)

b) Causas de justificación: Según AUGUSTO KOHLER (84). Son las que "excluyen la antijuricidad de la conducta, que entra en el hecho objetivo determinado por una ley penal".

c) Causas de impunidad o excusas absolutorias.- Son causas personales que simplemente excluyen la pena, según MAX ERNESTO MAYER (85) "Su fundamento está en la causa de utilidad social que hace aconsejable socialmente la no aplicación de pena alguna en concretos casos".

Con anterioridad hemos señalado los elementos positivos - del delito, que la dogmática moderna descubre en su noción. - Los elementos negativos del delito consisten en la ausencia de los positivos, o sea: en la ausencia de acción, o de antijuricidad, o de imputabilidad, o de culpabilidad o de punibilidad. En la ausencia de alguno de estos elementos radica la razón - excluyente de las causas de incriminación recogidas en el - artículo 15 Código Penal. En efecto:

83.-CITADO POR CARRANCA Y TRUJILLO RAUL CARRANCA Y RIVAS RAUL
Op Cit. pág. 61

84.- IDEM.

85.- CITADO POR CARRANCA Y TRUJILLO RAUL CARRANCA Y RIVAS RAUL
OP. CIT. PAG. 62.

a) La ausencia de acción funda la excluyente de fuerza física irresistible (artículo 15, fracción I código penal)

b) La ausencia de antijuricidad funda las excluyentes de legítima defensa (artículo 15 fracción III), de estado de necesidad cuando se trata de bienes desigual jerarquía (artículo 15, fracción IV), de deber o derecho legales (artículo 15, fracción V) y de impedimento legítimo (artículo 15, fracción VIII).

c) La ausencia de tipicidad se ha sostenido en el caso del artículo 273 código penal, que sanciona el adulterio.

d) La ausencia de imputabilidad funda la excluyente de estados específicos de inconciencia (artículo 15, fracción II código penal).

e) La ausencia de culpabilidad funda las excluyentes de estado de necesidad tratándose de bienes de igual jerarquía (artículo 15, fracción IV código penal), de miedo grave o temor fundado (artículo 15, fracción IV), de inculpable ignorancia (artículo 15, fracción VI) de obediencia jerárquico-legítima (artículo 15, fracción VII) de caso fortuito (artículo 15, fracción X).

f) Y la ausencia de punibilidad funda las varias especies de excusas absolutorias recogidas en el artículo 15 Fracción IX y en el Libro II del Código Penal.

No todas las excluyentes de responsabilidad están compren

didás en el artículo 15, código penal, porque la enumeración -
contenida en éste es enunciativa, no limitativa. Cuando el -
reo obra sin intención ni imprudencia queda excluído de respon-
sabilidad penal, aunque sus hechos no encuadren en alguna de -
las previsiones del citado artículo.

INculpABILIDAD

Al decir de el maestro LUIS JIMENEZ DE ASUA (86) "la inculpabilidad es la causa que excluye la culpabilidad, evidente tautología, que sin superarla del todo podríamos aclarar diciendo que son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche."

La diferencia entre la inculpabilidad y la ininputabilidad es la siguiente: El ininputable es psicológicamente incapaz; y lo es para toda clase de acciones, y puede serlo de un modo perdonable, o bien transitoriamente. En cambio, el inculpable, es completamente capaz y si no se le reprocha su conducta es porque a causa de error o por no podersele exigir otro modo de obrar, en el juicio de culpabilidad se le absuelve más, para todas las otras acciones su capacidad es plena.

Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad:

- A) El error, y
- B) La no exigibilidad de otra conducta.

A continuación daré una breve explicación de dichas causas:

EL ERROR

El error como género, comprende especies al error de dere

86.- JIMENEZ DE ASU LUIS LA LEY Y EL DELITO EDITORIAL SUDAMERICANA DECIMA EDICION BUENOS AIRES 1980 PAG. 384.

cho y al error de hecho, dicha distinción proviene del Derecho Romano y reconocida plenamente en nuestros días, siguiendo a SAVIGNY (87) "Se ha dicho que el primero recae sobre una regla de derecho, es decir, sobre el derecho objetivo, en tanto que el segundo versa sobre hechos jurídicos; es decir, sobre las condiciones exigidas en el hecho para la aplicación de una regla jurídica". No obstante en Alemania ha encontrado gran acogida la corriente unificadora representada, entre otros son BINDYNG y VON LISZT (88) "para el primero, el error relevante, sólo puede consistir en un hecho de trascendencia jurídica pues lo inexistente para el derecho carece de toda importancia, de lo cual se infiere que el error relevante es necesariamente un error de Derecho, resultado dogmáticamente imposible sostener la división entre error de hecho y de Derecho, en tanto que VON LISZT declara sin importancia para el valor jurídico del error que la repulsa errónea de la presunción de que el acto está previsto en la ley, descansa sobre una apreciación inexacta del hecho, o sobre una concepción errónea de las reglas jurídicas aplicables al mismo. La distinción entre error de hecho y error de Derecho no encuentra fundamento en la ley.

87.- CITADO POR JIMENEZ DE ASUA LUIS OP. CIT. PAG. 392

88.- CITADOS POR PAVON VASCONCELOS FRANCISCO MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL EDITORIAL PORRUA CUARTA -- EDICION MEXICO 1978 PAG. 396.

Tradicionalmente se ha considerado que cuando el sujeto - ignora la ley o la conoce erróneamente no hay inculpabilidad, - pues la ignorancia de las leyes a nadie beneficia.

LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Tomando como base el carácter eminentemente individualizado del pensamiento jurídico penal, la concepción normativa de culpabilidad, que hace consistir ésta en el "juicio de reprobación, ha buscado la solución es la llamada "inexigibilidad, que apoyándose primeramente en la culpa, ha sido posteriormente extendida al ámbito del dolo.

Siguiendo el mencionado anterior individualmente en el - ámbito de la culpa, MEZGER (89) Considera que el reproche "tiene su punto de arranque en un enjuiciamiento individual de la-situación de hecho y del deber que de ella se deduce para el - autor. El reproche sólo puede recaer sobre una infracción del deber individualmente fundamentado, personalmente dirigido. Por ello en lo que concierne a la esfera de la culpabilidad culpo-sa, lo que suministra la comprensión correcta de esta causa de exclusión de la culpabilidad es la separación de la forma de - la culpabilidad de la causa de exclusión de la misma".

Las mismas razones de justicia y conveniencia que llevan-a aceptar la "no exigibilidad de otra conducta", en la culpa,-

le parecen a MEZGER (90) "aplicables para extenderla al ámbito del dolo estableciendo claramente "que la causa de exclusión de la culpabilidad de la NO exigibilidad sólo queda reservada a una zona relativamente pequeña de libre apreciación valorativa, y que en lo restante en nada se modifica la índole positiva de la valoración de los bienes jurídicos."

Para concluir en la exposición de la "no inexigibilidad" MEZGER (91) estima a ésta como garantía de las últimas posibilidades de negar la culpabilidad del autor".

El principio de la valuación de los bienes y de la no exigibilidad constituyen, como lo hace ver el maestro LUIS JIMENEZ DE ASUA (92) "dos grandes caracteres del delito. La Antijuricidad y la Culpabilidad, tienen sus fases negativas: Causas de justificación y causas de inculpabilidad, dos fórmulas en las que puede refugiarse toda conducta no antijurídica y no culpable".

En México se declaran contrarios a ella IGNACIO VILLALOBOS Y FERNANDO CASTELLANOS (93). El primero por cuanto la califica de "discurso camino de retorno a la doctrina de libre albedrío, considerando que al hablarse de la no exigibi-

90.- IDEM

91.- IDEM

92.- JIMENEZ DE ASUA LUIS OP. CIT. PAG. 410 Y SIGUIENTES

93.- CITADO POR PAVON VASCONCELOS FRANCISCO OP. CIT. PAG. 403

lidad, se hace referencia sólo a consideraciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la Ley. El segundo reconoce, como únicas causas de inculpabilidad, el -- error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad, las -- que a su juicio son capaces de afectar el conocimiento o el -- elemento voluntad".

C A P I T U L O I V

- IV. 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA
- IV. 2. FRAUDE EN LA BANCA
- IV. 3. PECULADO EN SOCIEDADES NACIONALES
DE CREDITO
- IV. 4. REPERCUSION DE AMBAS FIGURAS

LA TOMA DE LA DECISION PARA NACIONALIZAR LA BANCA

Quizá jamás conozcamos todos los elementos y hechos que - intervinieron en la decisión del Presidente José López Porti-- llo para nacionalizar la banca privada en México.

Hay cosas que sólo el propio Presidente sabe y que tal - vez nunca se revelen públicamente. Son situaciones de las cua les ni siquiera sus colaboradores más íntimos están enterados. También hay datos que sólo éstos conocen y quizá no lleguen a- divulgar jamás, siguiendo la tradición de la política mexicana. Estos íntimos colaboradores participaron en el acuerdo histó-- rico que sorprendió a casi todo mundo dentro y fuera de México.

La decisión fue celosamente guardada por el Jefe del Eje- cutivo y por un reducido número de personas allegadas a José - López Portillo, entre las cuales figuraron el Lic. Rafael Iz-- quierdo, asesor financiero de la Presidencia; el Lic. José An- dres de Oteyza, Secretario del Patrimonio Nacional, y el Lic.- Carlos Tello Macías, ex-Secretario de Programación y Presu- - puesto.

Se conjeturará por años si se advirtieron al Primer Mandatario todas las posibles repercusiones de la nacionalización - bancaria; si éste procedió en un arrebató de cólera, si no se le explicaron o hasta se le ocultaron los elementos esenciales

para tomar una decisión acertada, o inclusive, si se le suministró información distorsionada.

¿Se le revelaron al Presidente las enormes sumas de pesos que convertidas a dólares fueron enviadas al extranjero por algunos de los funcionarios miembros de su gabinete y también por algunos de sus más íntimos colaboradores? ¿Habrá tenido conocimiento el Presidente de los bienes inmuebles adquiridos en Estados Unidos por altos funcionarios de su régimen, con dinero que no era precisamente el suyo propio? (94)

¿No habrá sido que el Presidente se le infundió la idea acerca de que los "sacadólares" eran solamente gente del sector privado? ¿no se habrá proporcionado al Presidente sólo una versión parcial y desfigurada de cómo los bancos convertían pesos en dólares y los situaban al exterior, sin aclararle que dichos bancos sólo actuaban a solicitud y por cuenta de sus clientes, igual que lo hizo la propia Banca Oficial, sin transgerir ninguna norma legal? ¿Se le habrá indicado y hecho ver al Presidente que la banca privada era únicamente un instrumento como también lo fue la propia banca oficial y mixta y no la causa de la fuga masiva de capitales del país? (95)

¿O habrá tenido estas consideraciones importancia secundaria, al buscarse una solución al drama aterrador que significa

94.- SUBSECRETARIA DE LA BANCA NACIONAL, ESTUDIO SOBRE LA NACIONALIZACION DE LA BANCA MEX. 1982 PAG. 7

95.- SUBSECRETARIA DE LA BANCA NACIONAL OP. CIT. PAG. 8

da el torrente de capital, al parecer incontenible, abandonando el país y amenazando terminar con todas las reservas de la nación? (96)

¿Que otra cosa habríapodido hacer el Presidente para contener la enorme salida de fondos a través de instrucciones por telex interbancarios, que convertían los pesos en dólares en cuestión de minutos y los remitían a cuentas bancarias en Estados Unidos? ¿Que hacer entonces respecto a los bancos privados más grandes, con sucursales, agencias y bancos filiales en el extranjero con los que, según se afirma, los bancos mexicanos-domiciliados en el país, tenían obligaciones de aproximadamente 7 mil millones de dólares? (97)

¿Acaso la magnitud de la crisis financiera y la creciente fuga de capitales que amenazaba con agotar las reservas en dólares de la Tesorería no dejó al Presidente otra alternativa? (98)

¿Habría sido posible llegar a una solución sin tener que hechar mano de la expropiación? ¿No habría sido suficiente una intervención oficial extensiva a toda la banca privada, que la colocara temporalmente bajo el total y estricto control oficial? (99)

96.- IDEM.

97.- SUBSECRETARIA DE LA BANCA NACIONAL OP. CIT. PAG. 8

98.- IDEM

99.- AB IBIDEM

¿No habría sido suficiente responder a una situación de emergencia, con una medida temporal también de emergencia, aunque no por ello menos severa, que pudiera ser modificada una vez pasada la crisis, en vez de recurrir a una medida irreversible que puede llegar a ser incompatible o mostrarse innecesaria al término de la emergencia que le dio origen? (100)

Estas son sólo algunas de las preguntas que flotan en el ambiente y que en alguna forma influyeron sobre el Presidente mismo antes que éste decidiera nacionalizar la banca privada en México.

¿Fue la decisión de nacionalizarla mejor o sólo la única de acuerdo con las circunstancias?

Si pudieramos reconstruir la situación que estaba enfrentando el Presidente antes del primero de Septiembre de 1982, tal vez sería posible discernir lo acertado o erróneo de su decisión.

La víspera del Informe Presidencial del primero de Septiembre de 1982, el gobierno se hallaba al borde del abismo de la insolvencia temporal y la suspensión de pagos.

La reserva de dólares disponibles había disminuido de manera alarmante. Las reservas monetarias primarias, que hacían menos de un año eran de más de 5 mil millones de dólares, casi se habían agotado. Menos de dos semanas antes del Informe Presidencial, esas reservas se habían desplomado casi a cero; habían llegado a unos 200 millones de dólares, según fuentes fi-

nancieras de Nueva York. (101)

Los intereses de la deuda exterior del sector público no podían pagarse. La fuga de capitales habían prácticamente secado la Tesorería. El gobierno mexicano se encontró, súbitamente, ante la urgente necesidad de contraer nuevas deudas con el exterior, por montos sin precedentes, con altas tasas de interés y con una reserva de dólares virtualmente extinguida. - (102)

Unos días antes, el Secretario de Hacienda y Crédito Público, Lic. Jesús Silva Herzog, había viajado a Nueva York y luego a Washington, tratando desesperadamente de obtener préstamo de rescate que sacara a México del aprieto, por lo menos temporalmente. ¡Un simple empujón pudo haber hundido a México en el caos financiero más grave del que pueda tenerse memoria! (103)

Un empréstito importante del FMI fuente principal de rescate financiero se frustró debido a una disputa sobre los términos y condiciones fijados por dicha institución. Aunque en aquel momento no se logró nada definitivo, Estados Unidos facilitó en cambio un paquete financiero de emergencia por casi 3 mil millones de dólares (mil millones de dólares como pago adelantado por entregas de petróleo; mil millones más, prove-

101.- SUBSECRETARIA DE LA BANCA NACIONAL OP CIT PAG. 9

102.- IDEM.

103.- WISE SIDNEY, ORTIZ DIETZ HUGO, LA NACIONALIZACION DE LA BANCA, REVISTA EL INVERSIONISTA MEXICANO, MEXICO 1982 - PAG. 10

nientes de un crédito de la Tesorería Norteamericana, conforme al convenio de apoyo monetario vigente entre ambos países).

(104)

Mientras ocurrían tales acontecimientos, el flujo de pesos convirtiéndose a dólares, mantenía su implacable ritmo.

Fue asombrosa, quizá inclusive fantástica, la cantidad de pesos cambiados a dólares y enviados al exterior. De todas las versiones que se han dado respecto a la suma total, las cifras mencionadas por el Presidente en su último informe anual, son las más dramáticas; "De la economía mexicana dijo José López Portillo han salido ya, en los dos o tres últimos años, por lo menos 22 mil millones de dólares, y se ha generado una deuda privada no registrada para liquidar hipotecas por alrededor de 17 mil millones más". Y añadió: "Estas cantidades sumadas a los 12 mil millones de mexdólares, es decir, 50 mil millones de dólares, equivalen a la mitad de los pasivos totales con que cuenta en éste momento el sistema bancario." (105)

Puede apreciarse mejor la magnitud de tal cantidad de dinero, si se tiene presente que el monto total de ingresos al país, por concepto de exportación de hidrocarburos durante los últimos cuatro años no llega a los 50 mil millones de dólares.

(106)

Por eso, debido a que el desastre financiero del gobierno

104.- IDEM.

105.- WISE SIDNEY, ORTIZ DIETZ HUGO OP. CIT. PAG. 11

106.- IDEM

se agigantaba y a la creciente desconfianza por los despilfarros de sus funcionarios, fue que surgieron indicios de una inquietud política creciente que podía haber degenerado en serios trastornos sociales.

Lo anterior, en un momento crítico para su sexenio con sólo tres meses de vida en el poder, amenazaba con crearnos no un simple vacío sino una ausencia total de poder político, mismo que deseaban ocupar los partidos izquierdistas de oposición, recientemente legalizados.

Por todas partes, así se había detectado, la situación se deterioraba y la crisis se hacía más profunda casi a diario, tanto continuaba aproximándose la fecha en que el Presidente habría de hacer su sorprendente anuncio en su informe a la nación.

Estos fueron sólo algunos de los elementos de juicio y aspectos sobresalientes de la situación que rodeaba al Presidente antes de que éste decidiera efectuar la expropiación de la banca privada.

¿Era necesaria la nacionalización para evitar un colapso económico? The Times de Londres así lo sugirió al expresar: - Las autoridades mexicanas llegaron a la conclusión de que el peligro en que se hallaba su sistema bancario doméstico era tal, que no había más que hacerle frente con una nacionalización total" (107)

Agradeciendo que: "El Presidente de México, obviamente, no exageraba cuando afirmó que, a menos que se diera ese paso, era probable que la vida económica del país se redujera a escombros. (108)

¿Convirtió el Presidente a la banca Privada, al decretar su nacionalización, en el chivo expiatorio que desviara la atención pública de otros problemas apremiantes? ¿Fue injusto culpar a los bancos por hacer lo que el gobierno mismo les tenía autorizado hacer? (109)

Esto último fue lo que opinó el principal diario de asuntos económicos de Alemania Occidental, el "Handelsblatt" de Dusseldorf "Los bancos privados mexicanos siempre han sido controlados estrictamente por el gobierno. Los funcionarios gubernamentales del gobierno mexicano, han convertido a Banamex, Bancomer y Serfín en los chivos expiatorios de su extravagante despilfarro, mismo que ha hecho de México el país más endeudado del tercer mundo". (110)

¿Cual de estas dos versiones, o alguna otra, corresponderá a la interpretación más precisa acerca de la nacionalización? Esta es una cuestión que seguramente será tema de debate por muchos años.

108.- IDEM

109.- AB IBIDEM

110. WISE SIDNEY, ORTIZ DIETZ HUGO OP CIT PAG. 13

EL PRELUDIO DE LA NACIONALIZACION

A las 14:15 horas del primero de Septiembre de 1982, el -
 Presidente José López Portillo hizo una pausa al rendir su úl-
 timo Informe Anual a la nación. Tenía más de tres horas ha- -
 blando. Había lanzado un candente ataque contra los bancos -
 privados de la nación, acusándolos de haber "saqueado al país"
 (111)

La pausa fué dramática, una señal de que estaba por anun-
 ciarse algo importante. Además, el acostumbrado tono tranqui-
 lo y mesurado de la elocuente oratoria que ha caracterizado -
 los diversos discursos del Presidente López Portillo, estaba -
 extrañadamente ausente. En su lugar se escuchaba una voz apa-
 sionada que revelaba ira.

Esa pausa fue casi imperceptible. El Presidente respiró-
 profundamente, despejó su garganta, seca de emoción y tensión,-
 y luego anuncio solamente que había ordenado la nacionaliza- -
 ción de los bancos privados. (112)

¡A partir de ese momento, puede decirse que México ya no
 volverá a ser el mismo!

El anuncio asombró a la nación. Fue una sorpresa para -
 casi todos en México. Semanas después del anuncio, la nación -
 seguía consternada. Hasta en el mundo exterior, donde el anun

111.- SUBSECRETARIA DE LA BANCA NACIONAL OP CIT PAG. 14

112.- IDEM.

cio también sorprendió y causó confusión, el acontecimiento no había sido asimilado, comprendido del todo ni explicado satisfactoriamente.

Tras el anuncio de la nacionalización, poco se ha dicho al público para aclarar la oscuridad que oculta las implicaciones del acto de expropiación.

Cuando más tenaces son los esfuerzos para perforar el muro del silencio por un lado u otro (ex-banqueros privados y el gobierno), tanto más crece la sospecha de que se continúan encubriendo algunos de los hechos esenciales más importantes, que precipitaron la nacionalización. (113)

La nacionalización no puede considerarse como un hecho aislado. Estuvo estrechamente vinculada la crisis creada por la fuga masiva de capitales y el desplome del peso.

El Presidente aclaró esto inequívocamente. Relacionó las dos acciones al anunciar al mismo tiempo la nacionalización y el control generalizado de cambios en su informe anual. La primera estuvo íntimamente ligada a lo segundo. La raíz de todo fué la desconfianza y la fuga de capitales.

Para mostrar cómo la crisis provocada por la fuga de capitales creció hasta volverse casi irrefrenable y condujo a la nacionalización, hemos formulado una cronología de los acontecimientos más sobresalientes de 1982. (114)

113.- SUBSECRETARIA DE LA BANCA NACIONAL OP CIT. PAG. 15

114.- WISE SIDNEY, ORTIZ DIETZ HUGO OP CIT PAG. 16

17 DE FEBRERO: PRIMERA DEVALUACION DEL PESO

El entonces Secretario de Hacienda, Lic. David Ibarra Muñoz, anunció el retiro del Banco de México del mercado de cambios, señalando así el fin de la "flotación" del peso en los últimos cinco años para permitir a nuestra moneda encontrar su propio nivel de acuerdo con la oferta y la demanda. (115)

De \$26.91, el 17 de Febrero, el peso se desplomó en unos cuantos días a \$47.00 por dólar (de un valor de 3.761 a 2.1276 centavos de dólar); una pérdida de 42.7% (116)

Durante la mayor parte de marzo, el peso se recuperó un poco al cotizarse a \$45.43 (2.2011 centavos de dólar), pero el 25 de Marzo el peso comenzó a declinar nuevamente y el 2 de Abril cuando estaba a \$45.66 por dólar o a 2.1905 centavos de dólar inició su "deslizamiento controlado" de 4 centavos por cada día de operaciones, mismo que había de prolongarse hasta principios de agosto. (117)

El gobierno anunció también una congelación de precios por 90 días de unos 5,000 artículos y, a mediados de Marzo, expuso un plan económico de 12 puntos que incluyó la reducción del gasto del sector público en 3% y el ofrecimiento de absorber hasta 42% de las pérdidas cambiarias sufridas por las empresas en sus operaciones con divisas extranjeras. Ese plan fue vago y dejó muchas preguntas sin respuesta.

115.- INFORMACION PROPORCIONADA POR EL DEPARTAMENTO DEL ANALISIS DE GASTION DE LA SUBSECRETARIA DE LA BANCA NACIONAL
"LA BANCA NACIONALIZADA MEX. 1982 PAG. 16

116.- IDEM.

117.- AB IBIDEM

19 DE MARZO; AJUSTE DE SALARIOS POR LA DEVALUACION

El Secretario de Trabajo anunció su "recomendación" acerca del ajuste salarial para la fuerza labora de la nación, con aumento del 10%, 20% y 30% retroactivos al 18 de Febrero. (118)

El Lic. Jesús Silva Herzog fue nombrado Secretario de -- Hacienda en sustitución de David Ibarra Muñoz, y el Lic. Mi- - guel Mancera Aguayo reemplazo a Gustavo Romero Kolbeck como - Director del Banco de México.

20 DE ABRIL: MANCERA SE OPONE AL CONTROL DE CAMBIOS

El Banco de México publicó un folleto firmado por su Di-- rector General, Lic. Miguel Mancera Aguayo, en el cual éste - expresa su oposición al control de cambios, inclusive en sus - concepciones parciales o limitadas, Mancera advirtió que el - uso de un mecanismo de cambios dual, aumentaría la dolariza- - ción, inflación, fuga de capitales, declinación del peso en el mercado libre y, entre otros efectos adversos adicionales, sólo "fomentaría la corrupción y el tráfico con divisas" (119)

ABRIL: EL PLAN DE RECUPERACION DE 17 PUNTOS PARA 1982

El Lic. Silva Herzog anunció un plan de austeridad eco-- nómica reformado: un programa de 17 puntos para ayudar a la - economía a superar el impacto de la devaluación de mediados de Febrero y del ajuste general de salarios del 10%,20% y 30%

118.- WISE SIDNEY, ORTIZ DIETZ HUGO OP CIT. PAG. 17

119.- IDEM

Este programa incluyó: 1) La garantía sobre la libre convertibilidad del peso; 2) Propositiones para reducir el gasto gubernamental en 8%; 3) La reducción del déficit en cuenta corriente durante 1982, en más de 3 mil millones de dólares y 4) La supresión de la liquidez bancaria excedente y la promesa de "encargarse de que el total del dinero circulante se incremente en la misma proporción que las reservas internacionales netas del Banco de México", permitiéndose la flotación peso-dólar para evitar la sobredevaluación de la moneda mexicana (120).

Hablando por televisión, el Presidente insistió en que el país no pasaba por una crisis económica sino financiera y subrayó que seguir comprando dolares, "empobrecerá el país y lo descapitalizará".

Sobre el tema de los controles para frenar las compras de dólares, el Presidente señaló que, a causa de la proximidad con Estados Unidos, "no podemos controlar el cambio a dólares ni por reglamentos administrativos ni por medios políticos. Esta es una libertad básica que nos proponemos mantener a toda costa".

A principios de junio, el banco central retornó oficialmente al mercado de cambios. No obstante, el Secretario de Hacienda, Lic-Silva Herzog, advirtió que esto "no significa el establecimiento de una paridad de cambio fija (para el peso), el retorno al mercado de cambios de divisas extranjeras será, indudablemente, un paso decisivo para fomentar la confianza y la seguridad.

Al mismo tiempo, se reveló que las reservas primarias de divisas extranjeras eran de 3,920 millones de dólares, "el nivel más alto registrado este año", dijo Silva Herzog. - (El 31 de Diciembre de 1981, las reservas habían sido de 5.030 millones de dólares). (121)

El peso continuó perdiendo 4 centavos diarios frente al - dolar y para el 30 de julio el dólar se cotizó a \$48.93, o sea un valor de 2.0437 centavos de dólar por peso, una baja de -- 45% desde el 17 de Febrero (cuando el peso valía 3.7160 centavos de dólar). (122)

2 DE AGOSTO: ALZA DE PRECIOS DE PAN, TORTILLAS Y ENERGETICOS

Se autorizó el alza de precios de la gasolina, energía - eléctrica, tortillas, pan, y gas doméstico todos factores inflacionarios por su consumo generalizado. Se incremento nuevamente la fuga de capitales. (123)

5 DE AGOSTO: SEGUNDA DEVALUACION Y CONTROL DE CAMBIOS

El Lic. Silva Herzog anunció el nuevo retiro del Banco de México del mercado de cambios internacional: fue una devaluación de factor por segunda vez en el año, en menos de seis meses. También informó del establecimiento de un sistema dual - de control de cambios: se estableció un tipo de cambio prefe-

121.- WISE SIDNEY, ORTIZ DIETZ HUGO OP CIT PAG. 19

122.- DEPARTAMENTO DE ANALISIS DE GESTION OP CIT. PAG. 20

123.- WISE SIDNEY, ORTIZ DIETZ HUGO OP CIT. PAG. 20

M-001 3447

rencial para importaciones prioritarias, el pago principal de la deuda pública exterior, el pago de intereses de la deuda externa pública y privada y para otros aspectos vitales de la economía. Además, un tipo de mercado libre (general) para todas las demás transacciones. (124)

6 DE AGOSTO: EL PESO SE DESPLOMA 40%

El tipo preferencial se fijó en \$49.13 el 6 de agosto con un deslizamiento controlado de 4 centavos por cada día de actividades, continuando así el paso regulado de los últimos cuatro meses.

Ese mismo día, el peso libre en la ciudad de México, cayó pronunciadamente de \$49.09 por dólar hasta un rango de entre \$79 y \$82 (de un valor de 2.03707 a 1.2195 pesos de dólar, una baja de 40%). En San Francisco, el peso se cotizó por el Bank of America a \$71.50, mientras en Nueva York el City Bank vendía dólares a \$80. El mercado de futuros de Nueva York cotizó los dólares para entrega a seis meses a \$101.50 (contra \$65.55 el 5 de agosto). (125)

7 DE AGOSTO: EL PRESIDENTE EXPLICA LAS RAZONES DE LAS MEDIDAS

El Presidente López Portillo afirmó que la conversión masiva de pesos a dólares hizo necesarios los controles, pues de lo contrario se corría el peligro de una suspensión de pagos por parte del gobierno federal.

124.- DEPARTAMENTO DE ANALISIS DE GESTION OP CIT PAG. 20

125.- IDEM

12 DE AGOSTO: APARECEN LOS MEXDOLARES

El Lic. Silva Herzog anunció la virtual "congelación" de las cuentas en dólares en los bancos mexicanos y el cierre temporal del mercado de cambios. Las cuentas y depósitos en dólares, que comenzaron a llamarse "cuentas en mex'dólares" o en ex-dólares requirieron que (tratándose de inversiones) los intereses fueran pagados sólo en mexdólares, susceptibles de ser reinvertidos en cuentas de mexdólares o canjeados por pesos al tipo \$69.50, mismo que estaba sujeto a modificación. Con esto de hecho, se estableció un mercado con tres tipos de cambio: - preferencial, libre o general y el correspondiente a los mexdólares. (126)

Al cierre del mercado de cambios, el dólar se cotizó por los bancos del D.F. a \$68 y 71, en tanto que el peso spot en Nueva York había mejorado a \$72 y los contratos de futuro a 6 meses, se habían afirmado a \$100.20 por dólar. (127)

Mientras el mercado de cambios en México permaneció cerrado del 13 al 18 de agosto, un mercado "libre" independiente funcionó en el Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México, - donde los traficantes vendían hasta en \$130 el dólar a los viajeros que salían del país. (128)

Al mismo tiempo, el peso spot en Nueva York se debilitó - de \$72 a \$95 y el peso para futuros a seis meses bajo a \$130,-

126.- WISE SIDNEY, ORTIZ DIETZ HUGO OP CIT. PAG 21 Y SIG.

127.- IDEM

128.- WISE SIDNEY, ORTIZ DIETZ HUGO OP CIT. PAG. 22 Y SIG.

mientras un torrente de pesos convertidos a dólares continuó saliendo del país. La fuga de capitales a los bancos en Estados Unidos aumento dramáticamente. (129)

DEL 19 AL 31 DE AGOSTO: NUEVE DIAS DE INCERTIDUMBRE

El primer día de la reapertura del mercado de cambios, el peso libre (tipo general) osciló abruptamente y luego se asentó a \$ 120 (un valor de menos de un centavo de dólar) (0.8333). Durante las siguientes sesiones, el peso se reforzó a \$ 97 pero luego declinó y se mantuvo a \$ 108 (0.9259 centavos de dólar) durante las últimas tres jornadas del mes. (130)

El peso spot en Nueva York cerró agosto a \$126.50 y el peso para futuros a seis meses terminó el período a \$ 160.50. (131)

Una especie de locura de las masas cobró fuerza ante los rumores catastrofistas más extravagantes y la continua fuga de capitales. Esta sangría de divisas puso sin duda en peligro inminente las ya menguadas reservas monetarias del país.

129.- IDEM

130.- Ab IBIDEM

131.- AB IBIDEM

ALGUNAS IMPLICACIONES SOBRE LA PLANEACION ESTRATEGICA

Sería difícil exagerar la importancia de la nacionalización de la banca privada para quien quiera que administre una empresa. Esa medida repercute en casi todos los niveles y aspectos de la planeación sobre todo en el financiero-empresarial.

En una u otra forma, el empresario y más de un ejecutivo podría tener la impresión de trabajar para el gobierno, que está bajo sus dictados directos o que se encuentra sujeto a los caprichos de una amplia y asfixiante burocracia. También podría tener la sensación que ha perdido una o varias de las libertades fundamentales, que hacían de México una nación en la que se premiaba la creatividad, la improvisación productiva y el trabajo arduo y eficiente.

Podrá pensarse que el futuro de una empresa está en peligro o que el gobierno, con su ojo fulgurante, estará vigilando a las empresas y a sus accionistas a través de las operaciones bancarias y de la información que se estará obligado a proporcionar a la banconacionalizada, cuando se requiera efectuar prácticamente cualquiera operación financiera.

Las anteriores son únicamente simples reacciones preliminares. Son el reflejo de la sensación de debilitamiento de la seguridad, debido al repentino cambio de una forma de vida aceptada durante más de medio siglo.

Aun es demasiado pronto para decir si tales impresiones son producto de la fantasía o corresponde a la realidad. No existe evidencia suficiente para determinar si las exactas consecuencias de la nacionalización son o no positivas. Esto no se verá sino hasta dentro de unos meses. Por el momento el estupor del anuncio de la nacionalización y los temores que creó, todavía no se desvancen y por eso es difícil realizar juicios-
mas serenos. (132)

Por otro lado, no es razonable esperar que el gobierno actual al que sólo le restaban unos pocos días señalara reglas o mecanismos definitivos para algo que les era desconocido. Lo que sí puede presumirse es que la nacionalización fue irreversible. Miguel de la Madrid Hurtado difícilmente se atreverá a rechazarla y estará obligado a aceptarla como herencia política. (133)

Y aunque la política se dice que es para los políticos, ningún empresario debe pasar por alto en este momento el impacto de los aspectos precisamente políticos, de la nacionalización, sobre la planeación estratégica de su empresa. Hoy como nunca antes, la planeación financiera depende de la gubernamental y sobre todo de la planeación y pautas de los bancos hoy nacionalizados.

En el período 1983-1988, la nacionalización-núcleo mismo-

132.- WISE SIDNEY, ORTIZ DIETZ HUGO OP CIT. PAG. 56

133.- IDEM

del nuevo modelo de gobierno mexicano demostrará haber sido un paso gigante hacia una mayor estatización de la economía, la política y la sociedad en general. Sus implicaciones serán mucho más profundas que las relativas a la nacionalización del petróleo, los ferrocarriles o la industria eléctrica. (134)

Si ese estatismo es susceptible de conducir al socialismo, al capitalismo de estado a una nueva forma de economía mixta, es secundario. Lo que importa es la posición de poder adicional que se confiere al aparato estatal, no sólo como rector de la economía sino como régimen potencial autárquico. (135)

La nacionalización bancaria es totalmente diferente a las nacionalizaciones anteriores. Estas no representan poder discrecional, la nacionalización bancaria sí. Pemex vende combustible y la Compañía de Luz suministra fluido eléctrico a quien lo paga, sin ninguna base discrecional. Otro tanto sucede con otros servicios nacionalizados.

La nacionalización de los bancos en cambio, otorga al gobierno la facultad de conceder créditos o negarlos, sobre una base totalmente discrecional. De hecho, si así se lo propone, la estatización de la banca confiere al gobierno un control casi total sobre prácticamente toda industria importante de la nación.

El poder bancario no es un poder de aplicación automática.

134.- WISE SIDNEY, ORTIZ DIETZ HUGO OP CIT PAG. 58

135.- IDEM.

Consiste en una nueva facultad discrecional del gobierno que no admite comparación con ninguna otra y que coloca al menguado sector privado bajo el control financiero estatal. Falta ver si tal discreción será aplicada de modo que sólo favorezca a la burocracia gubernamental o si realmente se piensa actuar con ecuanimidad. (136)

El poder bancario implica favoritismo total o parcial. Después que las solicitudes de crédito son estudiadas y su conveniencia analizada, la decisión discrecional puede depender del favoritismo.

De esta forma, un banco podrá conceder préstamos a una paraestatal aunque ésta pierda dinero en forma crónica y negarlo en cambio a una empresa privada aunque ésta muestre una eficiencia casi envidiable. El favoritismo para la paraestatal podrá obedecer a instrucciones de un secretario de estado o simplemente al deseo de hacer méritos políticos. O al compadrazgo...

Sin embargo, en tanto que los ejecutivos con poder de decisión continúen siendo seres humanos y no santos, en los bancos siempre existirá favoritismo para otorgar créditos, sin importar si las instituciones son privadas o nacionalizadas. Pero con políticos en los altos puestos de la banca, el tema relativo a la nacionalización llamada la atención. (137)

136.- WISE SIDNEY, ORTIZ DIETZ HUGO OP CIT. PAGS. 58 y 59
137.- IDEM.

En cada uno de los bancos ex-privados, grandes y medianos, existen de 10 a 20 puestos directivos importantes y "jugosos". Esto significa que desde ahora, "la gran familia revolucionaria" tendrá a su disposición entre 400 y 500 puestos adicionales para premiar "méritos en campaña". Y así habrá otros tantos políticos ocupando puestos clave en los bancos nacionalizados, aunque de administración bancaria ignoren todo. Además, todos los políticos tienen compromisos políticos y... -- "compadres y padrinos políticos". Y esto es causa fundada de preocupación.

Si los bancos hoy nacionalizados llegaren a operar en la forma y con la orientación ideales, probablemente podrían llegar también a corregir muchos de los vicios administrativos -- favortismos incluido de los anteriores propietarios.

Una de las consecuencias lógicas y prácticamente inmediatas de la nacionalización efectuada, es la reducción y hasta desaparición del trato preferencial que los bancos principalmente los más grandes otorgaban a las empresas del grupo al cual pertenecían. (138)

Así por ejemplo, Cervecería Moctezuma, Palacio de Hierro, Central de Malta o Peñoles, empresas del Grupo Bailleres serán afectadas debido a la nacionalización de Actibancos y Cremi.- Otro tanto sucederá con Serfín y las empresas del grupo Visa, -- cuya cabeza es Don Eugenio Garza Laguera y la empresa más cono

cida Cervecería Cuauhtémoc. A esta lista puede añadirse el - Grupo Chihuahua de Don Eloy S. Vallina (Ponderosa, Chechisa y-- otras empresas menos conocidas del Público), las empresas que formaban parte del Grupo Banamex (Celanece, Camino Real, Bufete Industrial, Calinda, etc.), las pertenecientes al Grupo de Don Manuel Espinosa Yglesias y las agrupadas en torno al Banco del Atlántico. (139)

La reducción o hasta eliminación de influencias financieras Grupo-Banco, puede sugerir la idea de una distribución más equitativa del crédito bancario disponible y de un desarrollo financiero- económico más equilibrado que contribuya en mejor forma al progreso del país. Pero también surge la duda acerca de si los Grupos anteriores no serán ahora sustituidos por un ente más grande, más concentrado y mucho más poderoso y arbitrario. (140)

Los bancos ahora nacionalizados, tienen como propietario al mismo dueño de cientos de empresas paraestatales, organismos descentralizados, fideicomisos y comisiones de todo tipo. Por tanto, existe un riesgo potencial de favoritismo extremo, más grande que el anterior y canalizado a funciones y actividades mucho menos productivas.

La posibilidad de que se concedan créditos a paraestatales, poco o nada rentables con menoscabo de las empresas que -

139.- WISE SIDNEY, ORTIZ DIETZ HUGO OP. CIT. PAGS. 60 y 61

140.- WISE SIDNEY, ORTIZ DIETZ HUGO OP. CIT. PAG. 61

aún le restan al sector privado, puede traducirse en una perdida de productividad y en un freno al crecimiento económico general.

Si la banca se convierte en instrumento de financiamiento para empresas sin utilidades e incluso con números rojos, la rentabilidad de la banca misma declinará y provocará su propia descapitalización o cuando menos una reducción de su crecimiento. Lo que es peor, si la banca no puede crecer con recursos propios, entonces su dueño el gobierno se verá obligado a realizar aumentos de capital con cargo al erario público, es decir, con cargo al presupuesto. (141).

Recuérdese que las utilidades son esenciales para un banco. Con ellas al capitalizarlas aumenta su capacidad para conceder crédito. Si las disminuye en cambio, su actividad crediticia se verá frenada y ocurrirá lo contrario: menos crédito y menos recursos para la economía de un país con escasas crónica de capital. (142)

Lo desconocido casi siempre origina temor... y dudas. Esto pudiera ser la explicación respecto a las dudas acerca de la banca nacionalizada, misma que apenas está reorganizándose.

La experiencia mexicana con la banca nacional tiene y toca dos extremos: por un lado el Banrural que se ha distinguido por su ineficiencia, escándalos y problemas y por el otro lado, instituciones como Nafinsa y Banobras que han mostrado un ele-

141.- WISE SIDNEY, ORTIZ DIETZ HUGO OP. CIT. PAG. 62

142.- IDEM

vado grado de profesionalismo y que se han ganado la confianza y respeto de nacionales y extranjeros.

Si la banca recientemente nacionalizada, se sujeta a un modelo técnico-administrativo de la calidad y profesionalismo como el de Nafinsa, Banobras o Banco de México, entonces los temores no tendrán razón alguna de ser. Si en cambio se da rienda suelta al populismo y se sigue el camino del Banrural entonces los temores sí son fundados. (143)

FRAUDE EN LA BANCA

Para empezar a tipificar este delito es importante hacer una pequeña remembranza de como era la Banca antes de ser expropiada, qué políticas implantó el Ejecutivo Federal para su funcionamiento, así como por qué camino estaban encausadas.

"Desde tiempo atrás la banca fue el principal mecanismo del sistema financiero del país. Los recursos que maneja son mucho mayores que los de otras instituciones financieras, como las compañías de seguros, las compañías de fianzas los almacenes de depósito y, desde luego, las uniones de créditos". - (144)

El peso cada vez más importante de la banca en los últimos años se observa también en el crédito.

El financiamiento que procede de la banca es con mucho la parte mayor del que en conjunto aportan las instituciones financieras del país.

"En fecha más reciente a principios de 1981 el sistema bancario tenía el 96.6% de los recursos de todas las instituciones financieras, excluidas las casas de bolsa. Las compañías de seguros poseían al 2.3% y el otro punto se lo reparten los almacenes de depósito, las uniones de crédito y las compañías de fianzas. Inmediatamente después de efectuada la nacionalización, el peso de los bancos representa el 97.3%.(145)

144.- GONZALEZ MENDEZ, HECTOR F., ALGUNOS ASPECTOS DE LA CONCENTRACION EN EL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO, BANCO DE MEXICO, SERIE DOCUMENTOS DE INVESTIGACION No. 34 MEXICO MARZO 1981 p. 3

145.- IDEM.

LA BANCA Y LA POLITICA ESTATAL

"Además de continuar concentrando las operaciones que se realizan en el sistema financiero, la banca logra una significativa expansión sobre todo a partir de 1979. Durante el auge petrolero se observa un crecimiento de sus recursos. Sin embargo, si se toma en cuenta las operaciones interbancarias los recursos de las instituciones de crédito son el 79 el 64.7%" - (146)

El crecimiento y fortalecimiento de la banca fueron un propósito de la política financiera del régimen de López Portillo. Se puede afirmar que estas instituciones y la bolsa de valores se vieron apoyadas por medidas que permitieron su desarrollo. A principios de 1977 el Banco de México canaliza recursos a la banca privada, precisamente en momentos en que la captación bancaria ha caído.

Desde 1980, cuando la captación y los recursos de la banca crecen, recibe depósitos de regulación monetaria con tasas de remuneración crecientes.

"A la vez se crean nuevos mecanismos de captación como los depósitos en días preestablecidos y no se autorizan más emisiones de bonos financieros. Como otro medio de fortalecer la captación de recursos del público se autoriza la elevación de las tasas pasivas de interés de acuerdo al ritmo de -

la inflación y a su comportamiento en el mercado financiero internacional. Desde agosto de 1979 se revisan las tasas semanalmente, acelerándose su crecimiento. Mientras en 1975 la tasa pagadera al depósito a plazo fijo de 3 meses es 12.44\$, en 1978 es de 14.19%, en 1980 de 26.23% y en 1981 de 34.56%. Hoy se ubica en el orden del 60%." (147)

En 1977 se autorizan los depósitos en dólares, que recibirán un pago equivalente al de la tasa interbancaria de Londres.

"Se propicia una homogenización en el régimen del encaje legal, a la vez que en los años 1977 y 1978 se le reducen en algo. Después este aumentará adoptándose para la banca múltiple la tasa del 37% que irá creciendo paulatinamente hasta llegar al 40%." (148)

El gobierno promueve la integración de los bancos y posteriormente la fusión de bancos múltiples. En el primer caso, da las mejores condiciones para la formación de bancos múltiples y en el segundo llega incluso a financiar las fusiones siempre y cuando la institución que resulte represente el 3% del mercado. Además se busca que las denominadas instituciones nacionales de crédito tengan una mayor participación en el campo de operaciones, antes sólo reservado a la banca comercial. Para ello se autoriza la conversión de los más importantes bancos nacionales en banca múltiple, y en el caso de Nafin

147.- BANCO DE MEXICO, MONEDA Y BANCA, VARIOS NUMEROS

148.- BANCO DE MEXICO OP CIT VARIOS NUMEROS

sa éste adquiere un banco múltiple.

La expansión reciente de los recursos de la banca no implica cambios importantes en el uso de los mismos. En todo el período las disponibilidades en oro, plata y divisas son semejantes, en relación al total de los recursos. Asimismo, la mayoría del financiamiento se concede a través del crédito y de las inversiones en valores.

Sin embargo, hacia 82, en el mes de agosto se observan algunas diferencias significativas. Las inversiones en valores, representan una cantidad menos importante con relación al total de los recursos.

Los créditos absorben la diferencia. Este proceso indica que el gobierno se financia en menor medida a través de valores y que el crecimiento de sus gastos será apoyado por la banca.

Además, disminuye el peso relativo de las disponibilidades en el total de los recursos, hecho que se relaciona con la caída absoluta de las posiciones en dividas en el curso del año. En diciembre de 81 las reservas eran de 4.8. miles de dólares y en agosto son aproximadamente de 2.1 miles de millones.

"La transformación en el sistema bancario en 1982 no afecta por igual a las diversas instituciones que lo constituyen. La distribución de recursos por tipo de banca es semejante a la de 77. El banco de México participa con cerca de una cuar-

ta parte y la banca que se nacionaliza con apenas algo más de las dos quintas partes, quedando el resto del poder de la banca nacional. En 81 la banca privada y mixta controló el 46% - de los recursos y es cuando culmina su fase de mayor credimiento, alcanzando una tasa media anual de 15.6% mientras que para la banca nacional fue del 6.25%" (149)

El financiamiento que otorga la banca exhibe también un - importante cambio para 1982. Antes de este año y desde 78 la - antigua banca privada y mixta concede una magnitud creciente, - alcanzando en 81 el 38.3% del total, mientras que cuatro años - antes era el 30.9%

La banca que se nacionaliza el 10. de Septiembre de 1982 - es la que ha conocido en los últimos años un importante proce - so de integración y fusiones. "Al inicio de los setentas existen en el país 248 bancos privados y mixtos, pocos años des - - pués, en 1975 por la vía de integración de grupos bancarios hay 139 bancos. En 77 quedan solamente 70 y los 10 mayores obtie - nen aproximadamente el 82% de la captación, al finalizar ese - año operan 17 bancos múltiples. En 1980 hay 54 grupos banca - rios y los 10 mayores funcionan ya como bancos múltiples. Pa - ra 82 quedan tan sólo 40 grupos que incluyen 35 bancos múlti - ples, 12 bancos de depósito, 6 financieras, 5 sociedades de - capitalización y 1 hipotecaria. Los bancos múltiples manejan - más del 95% de los recursos de la banca nacionalizada y de con

cretarse los acuerdos de fusión anteriormente a la nacionalización existirán en el país tan sólo 27. En los primeros meses de 82 se acelera el proceso de integraciones y fusiones bancarias destacando las fusiones de bancos múltiples. En ese lapso aparece el grupo Banca de Provincia conformado por la fusión de General Hipotecaria, Financiera de Morelia y Financiera Potosina; el Banco Ganadero fusiona a la financiera bangasa; el Banco Latino fusiona a Crédito Comercial, Crédito Industrial y Comercial y Financiera Crenormex; Polibanca Innova, se fusiona con Bancreser; Banatlán absorbe a Banpacífico; Banca Metropolitana se integra a Bancam; y, se anuncian las fusiones de Unibanco a Banpaís, Actibanco de Guadalajara a Banca Cremi, Banco Ganadero a Banco Continental, Longoria a Crédito Mexicano y Banco Occidental de México a Banco del Noroeste. (150)

Una vez elaborado el breve análisis de cómo era la Banca antes de la nacionalización, entremos al ámbito legal de las conductas que enmarcan a los empleados de dicha Institución. La interrogante radica en determinar el porqué de la tipificación de delito de fraude en la Banca; ahora bien, el artículo 386 nos define el delito de fraude y a la letra dice:

Comete el delito de fraude el que, engañando a uno o apro

150.- BANCO DE MEXICO, OP CIT. No. 49 DICIEMBRE DE 1982, y COMISION NACIONAL BANCARIA Y DE SEGUROS: BOLETIN DE INDICADORES FINANCIEROS DE LA BANCA MULTIPLE VARIOS NUMEROS.

vechándose del error en que este se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido. (151)

De lo anterior se desprenden los siguientes elementos, -- mismos que sólo mencionaremos ya que, en capítulos anteriores-- realicé un análisis de los mismos.

- a) ENGAÑO
- b) APROVECHAMIENTO DEL ERROR
- c) OBTENER UN LUCRO INDEBIDO

Dichos elementos deben concurrir para que se tipifique es ta figura.

Dentro de la normatividad aplicable al servicio de Banca y Crédito no existían ordenamiento legal que sancionar, las -- conductas o delitos cometidos por los empleados bancarios y -- por ende, se deberían sancionar, conforme lo establece el Código Penal para toda la República en materia de fuero federal-- ya que, es facultad del Congreso legislar en materia referen-- te de servicio de Banca y Crédito; ahora bien, cómo se da el -- tipo, como ya es sabido, el fraude es un delito contra el pa-- trimonio de las personas mismos que lo pueden cometer cual-- quier persona, y por consiguiente también los empleados banca-- rios. Cabe señalar que, como en todos los delitos tenemos a -- un sujeto pasivo que vendría siendo la institución a la que se presta el servicio y, el sujeto activo el empleado de la mis-- ma.

En la comisión de éste delito, me atrevería a decir que -- en principio y en el caso que nos ocupa (Fraude en la Banca),--

concorre un abuso de confianza por parte del sujeto activo, en seguida el engaño al que es puesto el sujeto pasivo Institución, en tercer lugar el aprovechamiento del error en que el sujeto pasivo se encuentra y, por último como consecuencia de lo anterior, viene lo que es la parte medular del tipo en estudio, que es la obtención del lucro indebido. Cabe hacer notar que el delito de fraude es tan común en las Instituciones de Crédito como lo es el comer diario.

De lo anterior, se concluye que el delito antes mencionado si encuadra dentro de la Banca Privada.

PECULADO EN SOCIEDADES NACIONALES DE
CREDITO

El 10. de Septiembre de 1982, el C. José López Portillo, -
Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos en -
su sexto informe de Gobierno decreta la Nacionalización de la -
Banca Privada, dicha nacionalización es trascendental dentro -
de la historia de nuestro país, México entero quedó asombrado -
ante tal decisión, puedo asegurar que hasta parte de su gabine
te asumió esa postura, ya que, así como ellos todo México no -
podía entender el por qué de esa decisión, cabe agregar que el
mundo entero no esperaba que este suceso se presentara en nuestro
país, el cual es de los más endeudados del orbe, no com -
prendía como la Banca Mexicana había pasado a ser propiedad de
la Nación, ya que, aún cuando México es de los más endeudados -
se podía decir que, los Bancos Mexicanos se contaban dentro de
los más importantes del Sistema Bancario Mundial, no porque -
pertenciera a un país endeudado, como señalo líneas arriba, -
sino por que estaba tomando un auge y un desarrollo importantí
simo, pero la decisión había sido tomada con carácter irrever-
sible.

El representante del Ejecutivo Federal, tomó esa decisión
argumentando lo siguiente:

-- Que el servicio público de la banca y del Crédito se había -
venido concesionando por parte del Ejecutivo Federal, a trave
vés de contratos administrativos en personas morales constiti

- tuídas en forma de sociedades anónimas.
- Que la concesión por su propia naturaleza es temporal.
 - Que los empresarios privados a los que se había concesionado el servicio de la banca y crédito general, han obtenido con creces, ganancias de la explotación del servicio creando - fenómenos monopolicos con dinero aportado por el público.
 - Que el ejecutivo estima que en los momentos actuales, la Administración Pública, cuenta con los elementos y experien--cia integral del servicio público de la banca y del Crédito.
 - Que el fenómeno de falta de diversificación del crédito, no consiste tanto en no otorgar una parte importante de crédito a una o varias personas determinadas, sino que lo que ha faltado es hacer llegar crédito oportuno y barato a la ma--yor parte de la población.
 - Que con el objeto de que el pueblo de México que con su dinero y bienes que ha entregado para su administración a los bancos, ha generado la estructura económica, que actualmente tiene, no sufra ninguna afectación y pueda continuar recibiendo este importante servicio, se ha tomado la decisión de expropiar por causa de utilidad pública, los bienes de las Instituciones de Crédito privadas.
 - Que la crisis económica por la que actualmente atraviesa - México y que en buena parte se ha agravado por la falta de control directo de todo el sistema de crédito.

- Que el desarrollo firme del país, requiere que el financiamiento, referente tanto al gasto de inversión pública, como al crédito, sean servidos o administrados por el estado.
- Que la medida que toma el Gobierno Federal tiene por objeto facilitar, salir de la crisis económica por la que atraviesa la Nación. (152)

Lo anterior es síntesis de las causas que supuestamente - dieron pauta para que el Ejecutivo Federal tomara la decisión - antes expuesta. Aunado a lo anterior el mismo día el Presiden - te de la República, estableció el control Generalizado de Cam - bios, mismo que tiene por objeto la vigilancia por parte del - estado, de la entrada y salida de divisas del país. (153)

Ahora bien, una vez concluidas las causas que motivaron - la nacionalización de la banca, trataré de explicar el nuevo - papel que toman los empleados de la misma, ya que hasta antes - del mencionado suceso, su relación laboral giraba en torno de - particulares, después de la nacionalización los empleados ya - no eran simples prestadores de un servicio, eran empleados al - servicio del estado, ya se consideraban "Servidores Públicos"

El reformado título cuarto de nuestra Constitución vigen - te, nos define en su artículo 108, quienes son considerados - como servidores públicos y a la letra dice:

152.- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DEL 1o. DE SEPTIEMBRE -
DE 1982.

153.- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DEL 1o. DE SEPTIEMBRE -
DE 1982.

ARTICULO 108.- Para los efectos de las responsabilidades a que alude éste 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 los responsables por los actos u omisiones que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones. ... etc. (154)

El día 29 de agosto de 1983, el titular del Ejecutivo Federal, Miguel de la Madrid Hurtado, tuvo a bien expedir el Decreto por el cual dispone la transformación y difusión de los bancos en México, dicha transformación consiste en que las Sociedades Anónimas, pasan a ser a partir del 31 de agosto de 1984, fecha en que entra en vigor este decreto; "Sociedades Nacionales de Crédito. (155) Dichas Sociedades se regirán por la Ley Reglamentaria del Servicio de Banca y Crédito, misma que tiene por objeto reglamentar el servicio público de banca y crédito, y así lo establece en su artículo 1o. (156)

Dicho ordenamiento, en su artículo 9. nos dice:

154.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEX OP.CIT.92

155.- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DEL 29 DE AGOSTO DE 1983

156.- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DEL 14 DE ENERO DE 1985.

Las sociedades nacionales de crédito, son instituciones - de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propios. Tendrán duración indefinida y domicilio en territorio - nacional, serán creadas por Decreto del Ejecutivo Federal, con - forme a las bases de la presente Ley... (157)

De lo anterior, se concluye que los empleados bancarios - son y serán empleados al servicio del estado y por ende "Serv^uidores Públicos", y sus relaciones laborales se regirán por la - Ley Reglamentaria de la fracción XIII bis del apartado b, del - artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dictada por el Ejecutivo Federal el 30 de diciembre de 1983.

Ahora bien, una vez explicadas las causas que concurrie-- ron a la nacionalización de la banca, así como la naturaleza - de las hoy llamadas Sociedades Nacionales de Crédito, pasaré a explicar por qué peculado y no fraude en la Banca Nacional.

Es importante hacer mención que en la banca no había nor-- matividad específica que regulara, o mejor dicho, que contem-- plara un capítulo específico que sancionará la falta de honra-- dez de sus empleados, hasta ahora que se publicó la Ley Regla-- mentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, en esos tiem-- pos por dichas conductas se apoyaban en la legislación penal-- para toda la República en materia de Fuero Federal, pues como

es sabido, es facultad de Congreso legislar sobre el Servicio de Banca y Crédito, de conformidad con lo que establece la -- fracción X del artículo 73 de nuestra carta magna.

Por qué peculado y no fraude en la Banca Nacionalizada:

En el artículo 223 en su fracción primera del Código Pe-- nal vigente, nos señala quién comete el delito de peculado.

1.- Todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier - otra cosa perteneciente al Estado, al Organismo Descentralizado o a un Particular, si por razón de su cargo los - hubiere recibido en administración, en depósito o por -- otra causa.

En esta fracción se plasma lo que es el delito de pecula- do y sus elementos, ahora bien, que nos dice el artículo 386 - del Ordenamiento antes invocado.

ARTICULO 386.- Comete el delito de fraude el que, engaña- do a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se - hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.-

(158)

Ahora bien, si ambas figuras las ubicamos en la Banca, se concluye lo siguiente:

-- El empleado bancario es un servidor público.

-- Tiene en administración bienes pertenecientes al estado o a un particular.

158.- IDEM.

Estas características, son elementos esenciales del delito de peculado, lo que nos requiere el delito de fraude, recordemos que el primero es un delito cometido por los servidores públicos, mientras que el segundo lo puede cometer cualquier persona.

Pero que pasa con lo que establece el artículo 389 que a la letra dice:

ARTICULO 389.- Se equipara al delito de fraude y se sancionará con prisión de seis meses a diez años, y multa de cuatrocientos a cuatro mil pesos, el valerse del cargo que se ocupe en el Gobierno, en una Empresa Descentralizada o de participación estatal o en cualquier agrupación de carácter sindical, o de sus relaciones con los funcionarios o dirigentes de dichos organismos, para obtener dinero, valores, dádivas, obsequios o cualquier otro beneficio, a cambio de prometer o proporcionar un trabajo, un ascenso de salario en tales organismos. (159)

Aún cuando el legislador equipara la conducta comprendida en el artículo anterior al delito de fraude, me atrebo a decir que dicho artículo debería de ser equiparado al delito de cohecho contenido en el artículo 217 del ordenamiento legal antes invocado, y por consiguiente contemplado en el título en que ese delito se encuentra.

Independientemente de lo anterior y toda vez que el delito de fraude para mí muy particular punto de vista no encuadra dentro de la Administración Pública, y en particular en la Banca, porque no se cumplen los elementos del tipo, y por el contrario el delito de peculado encuadra perfectamente.

REPERCUSIONES EN AMBAS FIGURAS

El fraude y el peculado, son delitos que desde mi particular punto de vista son, una consecuencia del otro, ésto es todo servidor público que cometa el delito de fraude se encuadrará por el sólo hecho del tener el carácter de "Servidor Público" en la figura de peculado, ahora bien; el Artículo 389 del Código Penal Vigente, establece:

ARTICULO 389.- Se equipara el delito de fraude y se sancionará con prisión de seis meses a diez años, y multa de cuatrocientos a cuatro mil pesos, el balance del cargo que se ocupe en el Gobierno, en una Empresa Descentralizada o de participación estatal, o en cualquier agrupación de carácter sindical, o de sus relaciones con funcionarios o dirigentes de dichos organismos, para obtener dinero, valores, dadas o cualquier otro beneficio a cambio de prometer o proporcionar un trabajo un ascenso o un aumento de salario en tales organismos. (160)

En principio cabe mencionar que si bien, es cierto que para la configuración del delito de fraude se requiere la concurrencia de un engaño o un aprovechamiento del error, que por ésto se obtenga ilícitamente una cosa o se alcance un lucro indebido, es claro que el precepto antes citado no reúne dichos elementos, ya que, "El Servidor Público", que cuenta con las facultades suficientes para determinar la contratación o

no de cualquier persona, y que por esto reciba alguna cantidad en agradecimiento, nunca podrá ser acusado por el delito de fraude, en principio porque no concurre en el engaño del lucro indebido a que hago mención líneas arriba.

Cabe aclarar que el artículo en análisis no es otra cosa más que un delito de cohecho, y por tanto no hay fraude.

Es importante recalcar el criterio del Jurista Argentino, Daniel P. Carrera que en su libro "El Peculado", señala que la comisión de éste delito siempre se dá primero un fraude y después se tipifica el peculado criterio al que me adhiero, ya que, si analizamos el contenido de la fracción primera del Artículo 223, mismo que a la letra dice:

ARTICULO 223.- Comete el delito de peculado:

1.- Todo servidor Público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al Organismo Descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiese recibido en administración, en depósito o por otra causa. (161)

Aquí podemos señalar que el servidor público mantiene en error al organismo al cual presta sus servicios (sujeto pasivo) y lógicamente al distraer los bienes pertenecientes a éste, va a obtener un lucro mismo que es consecuencia del aprovechamiento del error antes mencionado; ahora bien, el servidor público para realizar una conducta contenida en el precepto de referen

cia, tuvo que maquinarse primero como se iba a efectuar dicha dis-
tracción de manera momentánea, que, como es sabido la obtención
de una ganancia es uno de los móviles para realizar cualquier-
conducta delictuosa. Aclaro que solamente para aquellos deli-
tos que de una u otra forma afecten el patrimonio ya sea de -
las personas, ya sea del Estado.

Uno de los criterios sustentados por la Suprema Corte de-
Justicia de la Nación, en la Jurisprudencia (S.C., la Sala --
3346/592a.) señala que, entre las notas distintivas del frau-
de y del peculado se observa que en la segunda figura el agen-
te no se mueve para obtener dinero, valores, fincas, etc. del-
caudal público, supuesto que ya los tiene en razón de su cargo,
en tanto que en la primera figura es preciso que despliegue ac-
titudes positivas o negativas para alcanzar del sujeto pasivo -
diversos bienes además en el peculado no se consuma la infrac-
ción al momento de la recepción, sino al de la distracción a -
fines diversos de los presupuestados, en tanto que en el frau-
de se realiza en el instante de la obtención.

Al respecto el legislador nunca tomó en cuenta que en am-
bos delitos el servidor público no tiene en su poder el dinero,
los bienes, las fincas, etc., más sin embargo, cuenta con las-
facultades suficientes para autorizar el uso, tanto del dinero
como de los bienes muebles e inmuebles, ahora bien; en el caso
particular de la Banca Nacionalizada ocurre lo mismo, el geren

te de una sucursal cuenta con las facultades para autorizar, -
ya sea un crédito, etc., por lo que no comparto lo antes ex--
puesto, ya que se habla de una posesión real, misma que no --
existe.

El fraude (dentro de la Administración Pública, no debe -
existir, y en particular en la banca), el peculado se tipifica
ampliamente, ya que se cumplen todos los elementos del tipo.

CONCLUSIONES

=====

- 1.- La nacionalización de la banca fué una decisión acertada, - pero fuera de época, este suceso se debió presentar años - atrás, ya que trajo como consecuencia desconfianza e inestabilidad para el sector industrial de nuestro país.
- 2.- El estado a través de las Instituciones de Crédito, debe-- rá, no comprometer sólo fondos, sino además procurar la - adecuada ejecución y administración de inversiones, debiendo reafirmar cada vez más el desarrollo equilibrado, entre inversión económica e inversión social, entre agricultura- e industria, entre un sector público eficaz honesto y bien dirigido, con lo que originará un desarrollo dinámico y - productivo.
- 3.- La nueva Ley del Servicio Público de Banca y Crédito, es - un acierto del legislador, y un grave golpe para los empleados de las Instituciones de Crédito, ya que antes de la - publicación de dicha Ley no existía ordenamiento legal alguna que de manera específica sancionara las conductas -- ilícitas cometidas por los mencionados servidores públicos.
- 4.- Las sanciones contenidas en los artículos 90 y 91 de la - Ley antes mencionada, deberán de equipararse con las pre-- vistas para el delito de peculado.

- 5.- El monto de las multas establecidas tanto para el delito - de peculado como para los delitos contenidos en la Ley Re- glamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, deben de calcularse en razón del daño causado y no en proporción del salario mínimo.
- 6.- El tipo de fraude contenido en el artículo 389 del Código- Penal vigente, debería derogarse o reubicarse en los - tipos que le corresponde ya que, en su parte primera no es más que un tipo que se equipara al delito de cohecho y en- la parte final un abuso de confianza.
- 7.- El carácter de "Servidor Público" es una circunstancia que agrava la pena, así lo establece la parte final del artí- culo 213 del Código Penal Vigente, tal parece que el legis- lador no observó dicho ordenamiento para sancionar a los - empleados, puesto que señala las mismas sanciones tanto - para ellos como para el público en general cosa que no de- bería ser ya que los segundos carecen de la característica que tienen los primeros.
- 8.- El delito de peculado queda comprendido en la fracción I - del artículo 223, por lo consiguiente las fracciones si- - guientes resultan inoperantes.
- 9.- Las fracciones III y IV, son tipos que deberían contemplar se en otro título ya que, habla de cualquier persona y el-

título X se refiere a los delitos cometidos por los Servidores Públicos.

10.- El fraude y el peculado son tipos similares, la gran diferencia es que; para el segundo el sujeto activo debe ser un servidor público, en tanto que para el primero lo comete cualquier persona.

11.- El fraude es un delito que va en contra del patrimonio de las personas.

El peculado va en contra del patrimonio del Estado y de sus gobernados.

12.- La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos debería contener un capítulo relativo a los delitos cometidos por los mismos.

13.- El peculado lleva implícito un abuso de confianza. Tipo- que de alguna manera se presenta en la consecución del delito de fraude.

14.- La reparación del daño en ambas figuras nunca va a poder ser moral, siempre material.

BIBLIOGRAFIA

1. Arrollo Alba Francisco- Estudio Sociológico Jurídico sobre el Delito de Fraude.- UNAM. Méx. 1965.
2. Barrera Domínguez Humberto.- Delitos contra el Patrimonio Económico. Ed. Temis Bogotá 1963.
3. Carranca y Trujillo Raúl.- Derecho Penal Mexicano.- Parte- General. Ed. Porrúa.- Décima Cuarta Edición.- Méx. 1982.
4. Carranca y Trujillo Raúl, Carranca y Rivas Raúl.- Código - Penal Anotado. Ed. Porrúa. Décima Edición.- Méx. 1983.
5. Carrera P. Daniel.- Peculado.- Ed. de Palma Buenos Aires - 1968.
6. Conrado Finzi.- La Estafa y otros Fraudes.- Ed. de Palma.- Buenos Aires.- 1961.
7. Cuello Calón Eugenio.- Derecho Penal, Parte Especial, Volu men Segundo. Editorial Bosh. Décima Cuarta Edición. Bar-- celona.
8. De P. Moreno Antonio.- Curso de Derecho Penal Mexicano, - Parte Especial Ed. Porrúa Segunda Edición Mex. 1968.
9. González de la Vega Francisco.- Derecho Penal Mexicano.- - Los Delitos. Ed. Porrúa.- Décima Sexta Edición. Méx. 1980.
10. González de la Vega Francisco.- El Código Penal Comentado. Ed. Porrúa. Cuarta Edición 1975.
11. Hernández Pérez José Luis.- Traducción de la Acción y el - Resultado del Código Penal Italiano.- Ed. Jurídica Méx. - 1959.
12. Jiménez de Asúa Luis.- La Ley y el Delito.- Ed. Sudamerica na. Décima Edición. Buenos Aires 1980.
13. Jiménez Huerta Mariano.- Derecho Penal Mexicano.- Tomo IV. La Tutela Penal del Patrimonio.- Ed. Porrúa Cuarta Edición Méx. 1981.
14. Maggione Guisepe.- Derecho Penal.- Tomo V. Ed. de Palma. Buenos Aires. 1951.

15. Mommsen Teodoro.- Derecho Romano.- Tomo V. Ed. la España Moderna. Primera Edición.
16. Pavón Vasconcelos Francisco.- Lecciones de Derecho Penal-Parte Especial Ed. Porrúa. Quinta Edición Méx. 1982.
17. Pavón Vasconcelos Francisco.- Manual de Derecho Penal Mexicano.- Parte General Ed. Porrúa.- Cuarta Edición Méx. - 1978.
18. Petit Eugene.- Tratado Elemental de Derecho Romano.- Traducido por José Fernández González. Editora Nacional.- -- Novena Edición Méx. 1980.
19. Soler Sebastian.- Derecho Penal Argentino.- Tomo IV. Ed.- Tipografía Argentina.- Buenos Aires 1951.
20. Zamora Pierce Jesús.- El Fraude en el Derecho Positivo - Mexicano. Ed. Porrúa. Méx. 1961.

LEGISLACION CONSULTADA

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Diario Oficial 1983.
2. Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos de Fuero Común y para toda la República sobre delitos contra la Federación.- Imprenta del Gobierno 1871.
3. Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal.- Ed. Porrúa.- Cuadragésima Edición. Méx. 1985.
4. Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Gaceta del Departamento del Distrito Federal.- Abril 1983.
5. Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito- Diario Oficial.- Enero 1983.

OTROS

1. Diario Oficial de la Federación
2. Indicadores de Moneda y Banca.- Banco de México. Varios números 1982.
3. González Méndez Héctor F.- Algunos aspectos de la concentración en el Sistema Financiero Mexicano.- Banco de México 1981.
4. Subsecretaría de la Banca Nacional.- Estudio sobre la - Nacionalización de la Banca. México 1982.
5. Wise Sidney Ortiz Dietz Hugo.- La Nacionalización de la Banca.- Revista el Inversionista Mexicano.- México 1982.

