

300  
2ej

# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

---

---



FACULTAD DE DERECHO

ANALISIS TECNICO JURIDICO DEL DELITO PREVISTO  
EN EL ARTICULO 89 DE LA LEY REGLAMENTARIA  
DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO

**TESIS**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA:**

JOSE LUIS GARCIA MARTINEZ

MEXICO, D.F.

1987



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

**ANALISIS TECNICO JURIDICO DEL DELITO PREVISTO EN EL  
ARTICULO 89 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO  
DE BANCA Y CREDITO**

PROLOGO	1
CAPITULO I	
1.- GENERALIDADES	3
2.- NOTAS Y ANTECEDENTES DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL - SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO	13
a) ANTECEDENTES DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIO-- NES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES	13
b) ANTECEDENTES DEL TIPO	15
CAPITULO II	
1.- CONCEPTO DEL DELITO	47
2.- ELEMENTOS DEL DELITO	52
3.- LA CONDUCTA	56
a) NEXO CAUSAL	59
4.- CLASIFICACION DEL DELITO DE ACUERDO AL ARTICULO -- 7º DEL CODIGO PENAL	60
a) DELITO DE ACCION	61
b) DELITO DE OMISION	62
c) DELITO IMPROPIO DE OMISION O DE COMISION POR - OMISION	62

5.- LA AUSENCIA DE CONDUCTA	63
-----------------------------	----

### CAPITULO III

1.- TIPICIDAD (ANTECEDENTES)	70
2.- CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO	72
a) TIPO ESPECIAL	
b) TIPO INDEPENDIENTE O AUTONOMO	
c) TIPO DE FORMULACION LIBRE	
3.- LA TIPICIDAD (CONCEPTO)	74
4.- LOS ELEMENTOS DEL TIPO	78
5.- LA ANTIPICIDAD	81

### CAPITULO IV

1.- LA ANTIJURIDICIDAD Y SU DOBLE ASPECTO	85
2.- LAS CAUSAS DE LICITUD O JUSTIFICACION	88
a) LEGITIMA DEFENSA	90
b) ESTADO DE NECESIDAD	93
c) CUMPLIMIENTO DE UN DEBER	95
d) EJERCICIO DE UN DERECHO	96
e) IMPEDIMENTO LEGITIMO	97

### CAPITULO V

1.- IMPUTABILIDAD	101
2.- LA INIMPUTABILIDAD	104
a) ESTADO DE INCONCIENCIA	105
b) EL MIEDO GRAVE	106
c) LA SORDOMUDEZ	107

3.- LA CULPABILIDAD Y SUS FORMAS	109
4.- LA INculpABILIDAD	119

- a) EL ERROR
- b) LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA
- c) TEMOR FUNDADO

#### CAPITULO VI

1.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	129
2.- LA PUNIBILIDAD	133
3.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS	137

#### CAPITULO VII

1.- ITER CRIMINIS	140
2.- LA PARTICIPACION	141
3.- EL CONCURSO DE DELITOS	146

CONCLUSIONES	150
BIBLIOGRAFIA	154

Lic. Mario Alberto Torres López

## PROLOGO

La multiforme imaginación de algunas personas de nuestra sociedad para realizar conductas que conculcan los derechos de los demás miembros de la comunidad, por lo que el esfuerzo del legislador para prever la descripción de esas conductas en la ley, es insuficiente. Esta situación ha forzado a la constante actualización y modificación de los ordenamientos represivos con la realidad social de su época, tipificando los comportamientos nocivos que se vienen enseñoreando con enorme fuerza.

El delito estudiado en este trabajo es un delito que no surge por primera vez en la Nueva Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, pues este ya existía en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares bajo otro artículo y con otra redacción, con las modificaciones a que dio lugar el decreto de la nacionalización de la Banca, cambiando lo relativo al prestador de el servicio de banca y crédito. Con la reforma al artículo 28 Constitucional, el único prestador del servicio de banca y crédito será el Estado a través de sociedades nacionales de crédito.

Aún cuando no se tengan noticias de conductas a las que se refiere el artículo 89 de la Ley Reglamentaria del Ser-

vicio Público de Banca y Crédito, el legislador ha querido tipificar este comportamiento y que en un momento dado de su comisión no quede impune por la falta de texto legal.

En este trabajo hacemos una breve referencia a la nueva Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, la cual ha sido poco estudiada por los profesionales del Derecho, y que sin embargo es muy importante y de gran actualidad, por lo que en este trabajo profundizamos sobre uno de los delitos contemplados en la Ley mencionada, haciendo un análisis en base a la teoría general del delito en sus aspectos positivos y negativos.

## CAPITULO I

### I. GENERALIDADES

El primer paso de este trabajo y posiblemente uno de los más importantes, es dar una visión muy general acerca del tema que nos ocupa, por lo que a su vez trataremos de definirlo y de limitarlo.

La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, es una ley de orden público cuyo objetivo es reglamentar los términos en que el Estado, a través de las instituciones de Crédito, constituidas con el carácter de Sociedades Nacionales de Crédito, presta el servicio público de la banca y el crédito, así como las características de las instituciones a través de las cuales lo hace; su organización, y su funcionamiento en apoyo de las políticas de desarrollo nacional: las actividades y operaciones que pueden realizar y las garantías que protegen los intereses del público (Artículo 1).

El propósito a alcanzar es el análisis técnico jurídico de uno de los delitos bancarios que señala la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito en su artículo 89. Dicha ley fué publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985, por lo que se puede decir

es una ley nueva; este ordenamiento abroga y substituye a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (Ley de Instituciones de Crédito), así como la ley anterior del mismo nombre que entró en vigor a partir del 1 de enero de 1983.

El apartado en el que se encuentra la Ley Penal a estudiar señala que cometen delito las personas que practiquen habitualmente operaciones de banca y crédito, sean estas personas físicas o morales, que no constituyan sociedades nacionales de crédito, captando recursos del público en el mercado nacional y colocándolos rentablemente en el público mediante la realización habitual, por cuenta propia o ajena, de actos causantes de pasivo directo o contingente en que el intermediario quede obligado a cubrir el principal y, en su caso, accesorios financieros de los recursos captados.

A partir de la reforma, según decreto que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 3 de Febrero de 1983, por el cual se modifica el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo quinto señala que queda revocada la concesión a los particulares para prestar el servicio público de banca y crédito, el cual será prestado exclusivamente por el Estado, a través de las instituciones y en los términos que señale la ley reglamentaria.

El artículo constitucional señala que: "El servicio Público de banca y crédito será prestado exclusivamente por el Estado a través de instituciones en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria".

Uno de los grandes logros que tiene ahora la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito es que regula en un solo ordenamiento las materias sobre instituciones y operaciones de crédito que antes se encontraba en dos leyes, las cuales abrogó la nueva ley. (1)

La nueva ley recoge la tripartición tradicional de la materia bancaria en operaciones pasivas, operaciones activas y servicios bancarios, de las cuales las dos primeras se consideran actividades bancarias principales y a las últimas accesorias, regulando además dos tipos básicos de instituciones de crédito: la banca múltiple y la banca de desarrollo (artículo 2º). Cabe hacer notar que de acuerdo con el artículo décimo transitorio existe una excepción y es la que señala que subsisten el Banco Obrero, S.A., y el banco sucursal extranjero Citibank lo cual es contrario a la disposición constitucional del artículo 28 en el que se atribuye la prestación de los servicios de banca y crédito exclusivamente al Estado.

La Ley Reglamentaria de Servicio Público de Banca y Crédito es la segunda que se dicta después de la nacionaliza-

ción de la banca la cual es un poco más meditada y preparada con un texto nítido, sistemático y completo y cuyo objetivo es la instauración de un régimen jurídico integral, según se desprende de la exposición de motivos de la misma ley.

Por lo que se refiere a la bipartición de la banca, en múltiple y de desarrollo, para obtener sus notas distintivas tenemos que acudir a la "Exposición de motivos", la cual señala respecto a la banca múltiple que "sigue constituyendo el control de la actividad financiera", agregando que ésta "no será instrumento del Estado para el control de las empresas; la intervención del Gobierno Federal se hará con recursos presupuestales y a través de la banca de desarrollo".

Se dice que esto último no compagina con la actual existencia de bancos nacionales, como la Nacional Financiera y el Banco de Obras y Servicios Públicos, que no son sectoriales o regionales, sino de alcance nacional.

Entre las finalidades de la banca de desarrollo señala el artículo 31, párrafo tercero infine la de "propiciar el desarrollo del mercado de capitales y la inversión institucional", así como procurar "el mejor aprovechamiento y la canalización más adecuada de los recursos de las instituciones de la banca de desarrollo" (párrafo cuarto).

Banca de desarrollo es la que se regula por leyes orgánicas respecto a cada sociedad o institución y secundariamente por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, además admite especialidad sectorial y regional según fije su respectiva ley orgánica; también puede realizar operaciones adicionales a las listadas por el artículo 31, que serán sólo las necesarias para la adecuada atención del sector o región que le sean propios.

Cuestión muy importante es lo que se refiere a las Sociedades Nacionales de Crédito. Estas "Sociedades" no concuerdan a la definición legal del tal figura (artículo 2688, Código Civil), ni a las reguladas por Ley General de Sociedades Mercantiles "Sociedades" que no tienen naturaleza contractual, pluralidad de socios, combinación de recursos, asambleas, y otros órganos sociales, ya que no lo son el Consejo Directivo, ni la Comisión Consultiva, pues sólo se integran por los titulares de certificados de aportación B, y sobre sus facultades y autoridad se encuentra la Secretaría de Hacienda y la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros. Sin embargo el artículo 75 fracción XIV, del Código de Comercio, señala que rige supletoriamente a la Ley General de Sociedades Mercantiles y por la representación de su capital con títulos de crédito (artículo II Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito), se aplican supletoriamente las disposiciones de la Sociedad Anónima, la Ley Reglamentaria del Servicio Público

de Banca y Crédito que las considera formalmente como sociedades, lo que es suficiente para que lo sean.

La exposición de motivos señala que en la actualidad el sistema financiero se encuentra integrado básicamente por las instituciones de crédito y los intermediarios financieros no bancarios que comprenden a las compañías aseguradoras y afianzadoras, casas de bolsa, sociedades de inversión, así como a las organizaciones auxiliares del crédito.

Las Instituciones de Crédito funcionan sobre la base de Sociedad Nacional de Crédito, y de los bancos que aún subsisten, los nacionales, el Banco Obrero, y el Citibank.

Asimismo, de la lectura del segundo párrafo del artículo 28 constitucional se desprende que la ley reglamentaria será la que determine las garantías que protejan los intereses del público.

El artículo 93 que es copia del artículo 39 de la Ley de 1982 señala: "Las instituciones de crédito en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, sino al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quien tenga poder disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio salvo cuando

las pidieren, la autoridad judicial..." Se reconoce y preserva el secreto bancario.

El artículo 94, que es nuevo, se refiere al secreto si bien sólo respecto a fideicomisos, mandato y comisiones, haciendo la salvedad al principio de la frase "con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros."

Es importante hacer notar que ni la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, ni el artículo 28 constitucional establecen qué debe entenderse por servicio público de banca y crédito, resulta que no solo los bancos actúan en materia de banca y crédito, sino también todas las organizaciones auxiliares; además el precepto constitucional comentado dice que no se otorgarán concesiones a particulares y al respecto señala el profesor Acosta Romero: "Las organizaciones auxiliares, sociedades de seguros, fianzas, de inversión están prestando de alguna manera un servicio público, aunque ahora se habla con cierta vaguedad que se trata de intermediarios financieros no bancarios. (2)

El concepto de ejercicio de la Banca de Crédito lo define la Ley General de Industria y Comercio del 2 de Junio de 1941 en el artículo 146 párrafo tercero en la siguiente

forma: "Para el efecto de lo dispuesto en el presente artículo se reputará como ejercicio de la banca y del crédito, la realización de actos de intermediación habitual en mercados financieros, mediante los cuales quienes lo efectúen obtengan recursos del público destinados a su colocación lucrativa ya sea por cuenta propia o ajena".

Asimismo, es necesario aclarar qué debemos entender por servicio público.

Los sostenedores de la llamada "Escuela del Servicio Público" entre los que se encuentran los eminentes juristas como Duguit, Jeze y Bonnard definen el servicio público en la forma que se indica:

Duguit: "Toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurada, regulado y controlada por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la fuerza gubernamental. (3)

Jeze: Considera al servicio público como la piedra angular del derecho administrativo, sostiene que asentar que es una hipótesis determinada hay servicio público equivalente

a. decir "que para dar satisfacción regular y continua a una categoría de necesidades de interés general, los agentes públicos pueden aplicar los procedimientos de derecho público, o sea, un régimen jurídico especial, y que la organización del servicio público puede ser que ningún obstáculo insuperable de orden jurídico pueda oponerse". (4)

Bonnand: "Los servicios públicos son los organismos que forman la estructura misma del Estado" y agrega que "para emplear una comparación organicista del Estado se puede decir que los Servicios Públicos son las celdillas componentes del Estado."

Como se puede observar, no existe un concepto uniforme del concepto del servicio público, pues Duguit encuentra su característica en que es la actividad ejercitada por el Estado.

Jeze encuentra la característica en el régimen jurídico aplicable a esa actividad y Bonnand en el medio, o sea la organización que realiza esa actividad.

En la actividad del Estado podemos distinguir dos maneras de realizarla: una dando órdenes, otra, prestando servicios. La primera provoca problemas de carácter legal, la prestación del servicio suscita fundamentalmente problemas

de economía y eficiencia, la primera puede ser discontinua, la segunda puede ser regular y continua; cada una requiere un regimen jurídico especial diferente.

El profesor Gabino Fraga lo define: "El servicio público es una actividad destinada a satisfacer una necesidad colectiva de carácter material, económico o cultural mediante prestaciones concretas e individualizadas, sujetas a un régimen jurídico que les imponga adecuación, regularidad y uniformidad". (5)

Estamos de acuerdo con esta última definición en virtud de que es la más completa, y se adecua al concepto de servicio público.

Las definiciones anteriores solo buscan con la noción de servicio público fundar la existencia del derecho administrativo lo que es inadmisibile, pues como dice Wahne que no puede decirse que "El derecho administrativo sea el derecho de los servicios públicos". (6)

Asimismo, la noción de necesidad colectiva quiere decir que todos lo necesitan pero no todos lo utilizan.

## **II. NOTAS Y ANTECEDENTES DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO**

### **A) EPOCA COLONIAL**

En la Nueva España, debido a la carencia de vías de comunicación, además del bandolerismo existente, existió cierto aislamiento de las zonas productoras lo que las convertía en zonas de autoconsumo, por lo que el crédito en la época colonial fue muy precario e incipiente, prueba de ello es que no existieron grandes instituciones organizadas con tal fin.

Las distintas actividades económicas se financiaban en forma incompleta y sobre todo localmente.

El comercio se llevó a cabo, principalmente por medio de consulados o comerciantes acaudalados y la iglesia tuvo una gran importancia al dedicarse a otorgar créditos de carácter hipotecario a personas que destinaban frecuentemente esos recursos al consumo, más no a la inversión, perdiendo en la mayoría de los casos los bienes dejados en prenda como garantía del crédito. Este tipo de operaciones llegó a causar serios trastornos en la vida económica del país y permitió a la iglesia la acumulación de grandes latifundios improductivos.

Durante el año de 1784, se creó el Banco de Avío de Minas, fundado por Carlos III, con el objeto de otorgar crédito a la industria minera.

La mala administración y las necesidades financieras de la corona española durante la guerra contra Francia e Inglaterra, fueron factores decisivos para que durante los primeros años de independencia, este banco se disolviera.

El Banco Nacional Monte de Piedad inicia sus actividades el 2 de Junio de 1774, fundado por don Pedro Romero de Terrenos, con préstamos con garantía prendaria, custodia de depósitos confidenciales, secuestros judiciales y venta en almoneda de las prendas no desempeñadas ni refrendadas, en estas operaciones en un principio no se cobraba interés por los préstamos, ya que su función principal era la de otorgar créditos a las clases pobres, con la garantía de sus bienes.

Este banco es considerado como la institución bancaria mexicana más antigua, asimismo, se dice que fue el primero que emitió billetes, por lo que se le dió el carácter de banco de emisión, pero esto solo es un supuesto.

## **B) EPOCA INDEPENDIENTE**

La primera emisión de billetes en México de que se tiene conocimiento, se efectuó durante el Imperio de Iturbide, según el decreto del 20 de Diciembre de 1822. Dichas emisiones se realizaron con el fin de resolver los diferentes problemas presupuestales del gobierno y no tenían mas respaldo que la obligación, por parte del propio gobierno, de aceptarlas en proporción a los pagos que se le hicieran. Las emisiones quedaron desacreditadas y no volvieron a efectuarse sino muchos años después.

A fines del año de 1830, se creó el Banco de Avío, con la intención de fomentar la industria nacional, siendo sus principales objetivos la compra de maquinaria para venderla a los industriales al costo y el fomento de la industria textil y agrícola.

Dado que esta institución no logró sus objetivos, fue liquidada en el año de 1842 por decreto de presidente Santa Ana.

Por la misma época, en el año de 1835, se fundó el banco para la amortización de la moneda de cobre, con la intención de resolver los problemas de la circulación excesiva

de dicha moneda, así como el gran número de falsificaciones que la misma creó.

La mala administración y la inestabilidad política y económica del país, obligó a cerrar sus puertas a dicha institución, según decreto del día 6 de diciembre de 1841.

Aparte de estos dos bancos no existe propiamente ningún antecedente bancario en México sino hasta la segunda mitad del siglo pasado.

### **C) EPOCA DE LA REFORMA**

Después del triunfo de Juárez y de la Reforma, empiezan a surgir las instituciones bancarias crediticias, debido a una serie de factores, entre los cuales podemos destacar los siguientes: las circunstancias de que los países desarrollados de la época, como Estados Unidos y Francia empezaron a buscar mercados de consumo para los productos que manufacturaban. Debe citarse también la construcción de los ferrocarriles que permitieron ampliar zonas de penetración de la economía comercial y por consiguiente, la circulación de los bienes producidos, la iniciación del acondicionamiento de los puertos, el desarrollo del telégrafo y del teléfono, el resurgimiento de la minería a través de la introducción de nuevos métodos

en beneficio, y en términos generales, la evolución del país acercándose a incipientes estructuras de producción y comercialización capitalistas.

Durante el gobierno de Ignacio Comonfort se autorizó mediante el decreto del 29 de julio de 1857, el establecimiento de un banco que se denominaría Banco de México. Sería una sociedad anónima con una concesión con duración de 10 años y el 20% de los beneficios correspondería al tesoro público por el otorgamiento de la misma, y sería administrado por particulares, con la vigilancia de un representante del gobierno, y se regiría por leyes mexicanas sin ninguna intervención extranjera. Su objetivo a alcanzar era beneficiar de un modo eficaz, aunque en forma indirecta el tesoro público, la agricultura, la industria y el comercio de la república, atrayendo a ella capitales extranjeros proporcionandoles todas las ventajas del crédito interior e internacional. Sin embargo, las turbulentas condiciones de la época impidieron la creación de esa institución que hubiera tenido funciones de banco central, comercial y de fomento.

El 22 de junio de 1864, durante el imperio de Maximiliano, se establece en la capital una sucursal del banco de Londres y México y Sudamérica con oficina matriz en Londres, institución que operaría como banco de emisión y que mediante

cierta transformación llegó a constituir a la postre el banco de Londres y México, S.A., en la actualidad Banca Serfin.

En Noviembre de 1875, se autorizó el norteamericano Francisco Mac Manus para fundar el banco de Santa Eulalia, con facultades de emisión por sumas determinadas reembolsables en pesos fuertes, por un 8% de descuento o la par en moneda de cobre, corriente entonces en el Estado, en virtud de la acuñación que de ella se hizo, el gobierno federal en los días de la intervención francesa.

En marzo de 1878 también con derecho a emitir billetes fue creado el Banco Mexicano, posteriormente se fundó el Banco Minero de Chihuahua, que al igual que a los anteriores también era emisor de billetes, en 1881 se autorizó el establecimiento del Banco Nacional Mexicano, como resultado de la concesión que otorgó el gobierno al banco Franco Egipcio, mediante un contrato cuyos principales artículos tuvieron gran trascendencia en la posterior legislación bancaria mexicana, ya que los términos de la concesión son fundamentalmente importantes por que desde este momento nace en México la base de la economía bancaria y financiera del país. Este nuevo banco sin ser banco del Estado, prestaría sus servicios al gobierno en el interior y en el extranjero, encargándose de situar y concentrar los fondos federales, de realizar el servicio

de la deuda pública y de constituir la organización bancaria que el gobierno necesitaba para sus servicios hacendarios.

Como el mercado de dinero mexicano requería la operación de más instituciones bancarias, en febrero de 1882 Eduardo L'enfer, solicitó y obtuvo autorización para fundar el Banco Mercantil Agrícola e Hipotecario, y como en esta época no existían leyes al respecto este banco fue autorizado para emitir billetes hasta por el triple del monto de sus valores en cartera, iniciando sus actividades el 27 de marzo de 1882.

El 12 de junio de 1883, la Secretaría de Hacienda otorga a Francisco Suárez la concesión para constituir el banco de empleados destinado a practicar operaciones con los empleados públicos aportando ellos mismos el capital.

El 15 de mayo de 1884 se otorgó la concesión para el establecimiento del Banco Nacional de México, el cual nació de la fusión del Banco Nacional Mexicano y el Banco Mercantil Mexicano, según contrato celebrado por los representantes de los bancos mencionados el 2 de abril de 1884.

Durante los años de 1875 a 1884 se habían expedido en el país infinidad de concesiones para el establecimiento de bancos tanto en el Distrito Federal como en el interior

de la República, la mayoría de ellos con autorización para emitir billetes pero sin ninguna específica en materia bancaria que regulara de manera eficaz a estas instituciones. Había por lo tanto, gran diversidad de opiniones sobre la materia por parte de las autoridades.

La creciente complejidad del sistema hizo necesario establecer una reglamentación, y se acordó en 1884 la publicación del Código de Comercio que fue el mismo de 1889. En el primero de los códigos mencionados se restringían y limitaban considerablemente las funciones de la banca, para dedicarse a la actividad bancaria, se fija como requisito indispensable la autorización expresa (concesión) otorgada por las autoridades y ningún banco o persona extranjera podía mantener en el país sucursales o agencias emisoras de billetes.

Esta nueva reglamentación puso en dificultades a los bancos de aquella época, ya que ninguno de ellos operaba conforme a los términos de la nueva legislación. Definitivamente la institución más afectada era el banco de Londres y México y Sudamérica que por ser sucursal del banco extranjero se encontraba al margen de la Ley.

Por esta misma época y por las disposiciones del código de 1884, se concedía virtualmente la concesión al Banco

Nacional de México el monopolio de la emisión. Por lo anterior se suscitó como lo señala Ernesto Fernández Hurtado, una lucha de intereses entre el Banco de Londres y el Banco Nacional que provocó el primer debate en México entre la pluralidad de emisión defendida por el Banco de Londres y el monopolio de emisión, defendido por el Banco Nacional de México. Aun cuando el principal banco de la época era el Banco Nacional de México, triunfó la posición del Banco de Londres el cual alegaba que la concesión del monopolio implicaba la violación del artículo 28 de la Constitución de 1857.

Don José Ives Limantour, quien nueve años después sería ministro de Hacienda de (1893-1911), contribuyó al triunfo del Banco de Londres. Como resultado del debate, reinó el sistema de la pluralidad de emisión de billetes de banco hasta 1915, año en que el gobierno de don Venustiano Carranza declaró la caducidad de dicho sistema.

El resultado de este debate fue que la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, (ya cuando Limantour era secretario de Hacienda) estableciera el sistema de pluralidad de emisión y determinó que el estado interviniera en la creación de nuevos bancos. Esta ley además prohibida a los bancos de los estados establecer sucursales en el Distrito Federal, por lo que no podían redimirse sus billetes en la

capital más que con descuento. Por ello en 1899, fue fundado el Banco Central Mexicano cuyo capital fue suscrito en la serie "A" por el público y en serie "B" por los bancos de los Estados, que lo tendrían como corresponsal con la función de reducir sus billetes en la capital. A pesar de esto estuvo seriamente limitado en esta función por no disponer de suficientes reservas constituidas por los bancos locales y por no prever la manera de enfrentarse a demandas extraordinarias.

Limatour resolvió llevar a cabo las reformas del 9 de Mayo de 1908 que continuó con el sistema de pluralidad de emisión, atacando lo que consideraba las causas principales de las crisis del sistema; obligó a que los pasivos emisibles de los bancos estuvieran respaldados por valores que fueran seguros y de fácil realización; prohibió el autopréstamo; dispuso que los bancos locales satisficieran las necesidades de su región y decretó que los bancos que tuvieran dificultades con la circulación de billetes renunciaran a su derecho de emisión y se convirtieran en bancos refaccionarios.

Antonio Manero señala que: "El 10 de Febrero de 1908 el secretario de Hacienda, señor Limantour, pasó una severa circular a los bancos de emisión, que más que cualquier crítica posterior describe con mano maestra la corrupción del sistema". (7)

#### D) EPOCA DE LA REVOLUCION

En México, el Congreso Constituyente de Querétaro, reunido en 1917, previó expresamente el establecimiento de un banco único de emisión, sustituyendo con este régimen al de pluralidad de emisores, base del primer sistema bancario mexicano estructurado en la ley de 1897.

La ley que creó al Banco de México, expedida el 25 de agosto de 1925, es una de las más fecundas de la reconstrucción nacional, la cual se basó en los principios de la revolución mexicana.

DE los años 1917 a 1925, la creación de este banco fue objeto de numerosas y diversas iniciativas de ley. Además, en estos años la situación económica general era precaria. Hay que agregar que el sistema monetario se encontraba seriamente dañado y sujeto a las fluctuaciones internacionales en los precios de los materiales oro y plata, que eran la base del circulante. Los antiguos billetes emitidos por instituciones privadas, como el papel moneda revolucionario, estaba prácticamente fuera de circulación. El sistema bancario pre-revolucionario se encontraba totalmente desarticulado; las operaciones de las pocas instituciones existentes eran de muy escasa significación; los capitales disponibles escaseaban

en extremo y el uso que se hacía de los títulos de crédito eran sumamente restringidos.

La ley orgánica, obedeciendo el mandato constitucional, otorgó al Banco de México la facultad exclusiva para la emisión de billetes y le concedió atribuciones regulatorias de la circulación monetaria, los cambios sobre el exterior y la tasa de interés.

El banco en sus primeros años encontró serias dificultades para influir en la circulación de moneda metálica, sujeta tanto en su volumen como en sus efectos sobre los precios a las fluctuaciones internacionales; vió también limitada su actuación para influir de manera significativa en la inflexibilidad de la oferta monetaria, al no poder colocar sus billetes con la demanda requerida por la economía del país.

Pero gracias a que su ley le permitió realizar operaciones comerciales, se lograron notables avances en la liberación de crédito y en la reducción de las tasas de interés como también para apoyar y orientar la incipiente reestructuración del sistema bancario.

En 1929, se iniciaron los efectos de la gran depresión mundial que hizo insostenible el sistema bimetalista que existía en el país, lo cual obligó a expedir la ley del 25 de julio

de 1931, que desmonetizó el oro, autorizó su libre exportación y dió a las monedas de plata poder liberatorio ilimitado. Sin embargo, cabe hacer mención que ya existía la ley del 2 de Noviembre de 1926, regulando cuestiones bancarias, a la cual nos referimos mas adelante.

El 29 de junio de 1932, siendo presidente Pascual Ortiz Rubio es expedida una nueva ley que abroga la ley del 2 de Noviembre de 1926, para hacer frente a los problemas que impedían el fortalecimiento del sistema bancario a fin de restablecer paulatina y prudentemente la confianza perdida del público en los medios de pago.

La ley orgánica del Banco de México de 1936, mejoró sensiblemente la estructura de la institución concediéndole la plena disposición de la reserva monetaria y liberarla nuevamente de ciertas limitaciones para la emisión y colocación de billetes.

De 1937 a 1938, se agravó la depresión mundial y las medidas antagónicas que se tomaron en contra del país a raíz de la expropiación petrolera originó serios problemas cambiarios, los cuales pudieron resolverse con la entrada de divisas por la Segunda Guerra Mundial y la conversión de la economía norteamericana en economía de guerra. La afluencia de estos recursos externos incrementó la base monetaria, y por tanto

el medio circulante, mucho más que el aumento de la producción de bienes y servicios, lo cual provocó fuertes presiones inflacionarias.

En vista de estas experiencias, y a partir de la ley de 1941, se otorgaron al banco bases más firmes para su desarrollo, mediante una serie de medidas que ampliaron sus facultades, se diversificaron y afinaron sus instrumentos y extendieron su poder de regulación permitiendo cada vez en mayor medida aplicar políticas más activas y directas en materia monetaria y crediticia.

En la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, distinguía entre bancos privados y oficiales, como instituciones nacionales existían el Banco de México y el Banco Nacional de Crédito Agrícola, después nacieron otros: el Banco Nacional Hipotecario, Urbano y de Obras Públicas iniciando operaciones el 20 de febrero de 1933, con la finalidad de resolver los problemas de habitación, el financiamiento de obras de servicios y la creación de desarrollo de industrias de transformación.

Esta última actividad se transfirió poco después al Banco Nacional Obrero de Fomento Industrial, su denominación se cambió por la de Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., adicionándole funciones importantes entre las que

destacan, la facultad de actuar como agente financiero del Gobierno Federal en los financiamientos destinados a obras de servicios públicos y a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el contratar directamente crédito en el exterior, el poder otorgar créditos a diversos permisionarios y concesionarios del servicio público de transporte. Además, la Nacional Financiera (1934), el Banco Nacional de Crédito Ejidal (1936), los Almacenes Nacionales de Depósito (1936), El Banco Nacional de Comercio Exterior (1937) el Banco Nacional de Fomento Corporativo (1941) y en 1946 la Comisión Nacional de Valores y la Comisión Nacional de Seguros.

De 1960 a 1970 las distintas instituciones privadas fueron evolucionando, partiendo de una banca comunmente llamada comercial, con operaciones de depósito y ahorro, a formas más complejas que incluían el hecho de ser intermediarios financieros.

Al final de la década 1960-1970, la tendencia de los organismos de la Banca Privada era la de formar grupos financieros encabezados por una institución que mediante ciertos mecanismos controlaba de hecho las 7 formas bancarias permitidas en el país.

En 1968, la situación del sistema bancario privado era la siguiente: existían 1615 instituciones considerando

como tales a las matrices, sucursales y agencias distribuidas en las principales plazas de la República Mexicana, de las que el 74% estaban controladas por 14 bancos que poseían casi el 85% de los recursos, y obtenían el 83% de las utilidades de la propia banca privada.

Las del año de 1971, indican que a esta fecha existían 94 bancos de depósito, con 1714 sucursales: 93 financieras con 38 sucursales, 25 sociedades de capitalización con 9 sucursales y agencias: 3 sociedades financieras: 121 departamentos de ahorro, con 1725 sucursales y agencias: 135 departamentos fiduciarios con 1257 sucursales y agencias.

El 18 de marzo de 1976, se publicó en el Diario Oficial las reglas para la creación de la Banca Múltiple, es decir, instituciones que operan los diversos instrumentos de captación de recursos, a plazos y en mercados diferentes y que ofrezcan a sus clientes servicios financieros integrados.

Con fecha 1º de Septiembre de 1982, el Licenciado José López Portillo, presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos decretó la Nacionalización que consistió en la desprivatización de la banca como consecuencia de la tremenda devaluación de febrero de 1982 y el deslizamiento de la moneda, aparejada a una enorme fuga de capitales.

Con el fin de dar una idea más precisa de las razones por las que se tomó esta medida, a continuación me permito transcribir parte del VI Informe de Gobierno de fecha 1º de septiembre de 1982, en el que se dió a conocer la decisión tomada por el C. Presidente Constitucional de nacionalizar la Banca:

"Aquí adentro faltaron tres cosas fundamentales":

La conciliación de la libertad de cambios con la solidaridad nacional: la concepción de la economía mexicana, como derecho de los mexicanos, sin obligaciones correlativas:

El manejo de una banca concesionada, expresamente mecanizada sin solidaridad nacional altamente especulativa.

Ello significó que en unos cuantos años, sustanciales recursos de nuestra economía generados por el ahorro; por el petróleo y la deuda pública, salieran del país por conducto de los propios mexicanos y sus bancos, enriquecer más a las economías externas, en lugar de canalizarse a capitalizar el país conforme a las prioridades nacionales. Nuestra debilidad, por el camino de la desconfianza y ambición, nos hizo más débiles y más fuertes a los fuertes.

Puedo afirmar que en unos cuantos, recientes años,

ha sido un grupo de mexicanos, sean los que fueren -en uso, es cierto- de derechos y libertades pero encabezado, aconsejado y apoyado por los bancos privados, el que ha sacado más dinero del país que los imperios que nos han explotado desde el principio de nuestra historia.

La producción, agobiada por los resultados de los fenómenos exteriores que acabamos de describir, y por el manejo que se ha hecho de nuestros propios recursos, no encuentra la forma de financiar. Se está sofocando. Para salvarla requerimos de toda la concentración posible de los medios para que las empresas públicas y privadas, agrícolas e industriales, puedan continuar con las actividades que dan empleo y sustento a los mexicanos.

No podemos seguir arriesgando que esos recursos sean canalizados por los mismos conductos que han contribuido de modo tan dinámico a la gravísima situación que vivimos.

Tenemos que organizarnos para salvar nuestra estructura productiva y proporcionarle los recursos financieros para seguir adelante: Tenemos que detener la injusticia del proceso perverso fuga de capitales -devaluación- inflación que daña a todos especialmente al trabajador: El empleo y a las empresas que lo generan.

Para responder a ellas he expedido en consecuencia dos decretos:

Uno que nacionaliza los bancos privados del país y otro que establece el control generalizado de cambio, no como una política superviviente del más vale tarde que nunca, sino porque hasta ahora se han dado las condiciones críticas que lo requieren y justifican. Es ahora o nunca. Ya nos saquearon. México no se ha acabado. No nos volverán a saquear.

Los decretos respectivos se publican hoy en el Diario Oficial como complemento, someto a consideración de esta soberanía, iniciativa de ley que convierte al Banco de México en organismo público descentralizado del Gobierno Federal.

Esto nos ha hecho evidente- en la crisis, hemos identificado colectivamente el problema y vamos a corregirlo con grandes remedios.

Quiero ser muy insistente en ello: quienes usaron de una libertad para sacar dinero del país simplemente no demostraron solidaridad. Nada más lo que hay que corregir es el sistema, y que a partir de ello la actitud de todos sea distinta.

La especulación y el rentismo se traducen en una mul-

tiplicación de la riqueza de unos pocos sin producir nada y proviene necesariamente del simple despojo de los que producen. A la larga conduce inevitablemente a la ruina.

En efecto, nuestro país, dadas sus carencias acumuladas y su dinamismo social, no tiene margen para permitir el desarrollo de las actividades especulativas. Tiene el imperativo de destinar la totalidad de sus recursos a la producción. A la producción en toda medida que le permitan limitantes insalvables, como pueden ser, en determinado momento sus disponibilidades financieras internas y divisas. Cuanto más estrecho sean estos límites, como ahora, más necesario es impedir la especulación.

México, al llegar a lo extremo que significa la actual crisis, no puede permitir que la especulación financiera domine su economía sin traicionar la esencia misma del sistema establecido por la Constitución: la democracia como constante mejoramiento económico social y cultural del pueblo.

Tenemos que cambiar. Decisión siempre dura: pero no puede seguir entronizada con posibilidad de sacar recursos cuantiosos al exterior y después pedirle migajas al exterior de nuestro propio pan. Todo ello propiciado y canalizado por instituciones y mecanismos especulativos.

Esta crisis que hemos llamado; financiera y de caja, ya amenaza seriamente la estructura productiva, pero no sólo en los últimos años, sino a lo largo de varios decenios de esfuerzos de todos los mexicanos, hemos logrado levantar".

Con la nacionalización de la banca, se termina la concesión a los particulares para incorporar el servicio directamente a la nación.

Obviamente, la nacionalización irá acompañada del ajuste a compensación económica a los actuales accionistas, conforme a derecho". (8)

Asimismo, a continuación hago la transcripción del decreto de nacionalización de la banca privada:

#### **DECRETO**

Artículo Primero.- Por causas de utilidad pública se expropián a favor de la Nación las instalaciones, edificios, mobiliario, equipo, activos, cajas, bóvedas, sucursales, agencias, oficinas, inversiones, acciones, o participaciones que tengan en otras empresas, valores de su propiedad, derechos y todos los demás muebles e inmuebles, en cuanto sean necesarios, a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público propiedad de las instituciones de crédito privadas a las que

se les haya otorgado concesión para la prestación del servicio público de banca y crédito. (9)

Como podemos notar del artículo transcrito del decreto de expropiación, no era necesario hacer la enumeración de todos y cada uno de los bienes ahí mencionados y que se consideraban necesarios para la prestación del servicio público de banca y crédito. En realidad la redacción era más sencilla y a manera de aclaración de este artículo primero del decreto referido, aunque no en forma expresa, el 6 de Septiembre de 1982, se publica en el Diario Oficial el Decreto mediante el cual se dispone que las Instituciones de Crédito que se enumeran en este operen con el carácter de Instituciones Nacionales de Crédito; se señala en él considerando del decreto de la fecha antes mencionada:

#### **CONSIDERANDO**

"Que por Decreto del 1º de Septiembre de 1982, publicado en el Diario Oficial de la Federación de la misma fecha, se expropiaron por causa de utilidad pública, a favor de la nación, las instituciones de crédito privadas a las que se les había otorgado concesión para la prestación del servicio público de banca y crédito: las acciones representativas de su capital social y todos los bienes de su propiedad". (10)

En el primer decreto hubiese bastado con que se señalara que se expropiaban las acciones representativas del capital social de las instituciones de crédito privadas y no hubiesen dado lugar a discusiones y malas interpretaciones, pues con estas palabras se incluyen todos los bienes de su propiedad.

Una de las características del comportamiento antisocial que nos ocupa es que se trata de un delito federal, por las siguientes razones:

1.- Se encuentra establecido en leyes expedidas por el Congreso de la Unión, que de acuerdo con la fracción X del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a consecuencia de la reforma del 14 de Diciembre de 1883, tiene facultades para legislar en toda la República sobre instituciones de crédito, así como en otras materias en los términos del artículo 28 constitucional.

2.- Por exclusión la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, no fue formulada por una legislación local de cada Estado, es decir, tiene un ámbito de aplicación en toda la República Mexicana.

El artículo 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación señala los criterios para determinar cuales

son los delitos federales:

I. De los delitos de orden federal:

a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados; La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito tiene el carácter de Ley Federal, por las razones ya señaladas, expedidas para regular la prestación del servicio público de banca y crédito.

b) Aquellos en que la federación sea sujeto pasivo: en cualquier delito bancario, el sujeto pasivo será el Estado, por ser quien en forma exclusiva preste este servicio, a través de las sociedades nacionales de crédito a quien la ley protege con el fin de brindar seguridad en el servicio y salvaguardar su patrimonio, así como también el interés público.

c) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque este se encuentre descentralizado o concesionado.

Por lo anterior podemos decir que de acuerdo con el artículo 102 Constitucional y el 1º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en la que señala: "Es-

tará a cargo del Ministerio Público de la Federación, la persecución ante los tribunales de todos los delitos del orden federal y por lo mismo, a él corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los reos, buscar y presentar pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos, hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita, pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la misma ley determine". Asimismo es muy conveniente en el caso que nos ocupa, hacer notar lo siguiente:

El artículo 82 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de la Banca y Crédito, señala en el segundo párrafo "Cuando la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, presuma que una persona está infringiendo lo establecido por éste artículo, o lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, podrá nombrar un inspector y los auxiliares necesarios que revisen la contabilidad y demás documentación de la negociación, empresa o establecimiento de la persona física o moral de que se trate, hasta que las operaciones ilegales queden liquidadas".

Sin embargo, esto no quiere decir que la petición para que el Ministerio Público Federal inicie la averiguación deba ser realizada por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, ya que dentro de las facultades de la misma no se encuentra

el cumplir con este requisito de procedibilidad.

Por lo anterior se puede concluir que la encargada del cumplimiento de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público por lo que es necesario que para que el Ministerio Público Federal se avoque al conocimiento del hecho delictuoso, se requiere la petición de la mencionada secretaría. Pero surge la pregunta ¿quien de los funcionarios u órgano es quien formulará la denuncia?

La fracción VII del artículo 4º de la Ley Orgánica de la Procuraduría Fiscal de la Federación, dispone que dicha procuraduría es la idónea ya que señala que es competente para "...en general, para comparecer ante los tribunales de la República o autoridades de la misma, en defensa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público siempre que la representación de dicha secretaría no corresponda al Ministerio Público Federal.

Es evidente que dicha querrela a la que nos hemos referido como requisito de procedibilidad debe ser hecha por la Procuraduría Fiscal de la Federación ante el Ministerio Público Federal.

**B) ANTECEDENTES DEL TIPO**

En busca de algún antecedente de la figura delictiva que nos ocupa --artículo 89 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito-- nos remontamos hasta la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, publicada el 2 de noviembre de 1926, sin encontrar antecedente alguno.

La Ley General de Instituciones de Crédito de 29 de junio de 1932, que abrogó la Ley antes mencionada, en esta Ley por lo que se refiere a las sanciones solo señalaba sanciones administrativas aplicadas por la Secretaría de Hacienda, estableciendo multas de \$ 100.00 a \$ 500.00 pesos sin perjuicio de las acciones que contra los infractores pudieran interponerse ante los tribunales del orden federal y cabe hacer notar que solo aparece en el capítulo III el fraude bancario señalado en el artículo 239 y dice: "Se considera como fraude el hecho de que una persona o sociedad, para obtener un préstamo de instituciones de crédito, proporcione a éstas, datos falsos sobre el monto de su pasivo. Se declara aplicable en toda la República, para los efectos de este artículo, el artículo 386 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales". Pero aún no se encuentra establecido el delito bancario que nos ocupa.

Como podemos observar la antigua Ley Bancaria con una técnica jurídica no muy atinada, remitía o se refería a determinada figura delictiva específica del Código Penal, así, como a las sanciones establecidas para tal delito, es decir, lo consideraba como fraude.

En la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del 31 de mayo de 1941 en donde aparece el delito que estudiamos en el artículo 146, el cual fué reformado y modificado con respecto a la reglamentación original, en donde sólo existía en un principio una sanción administrativa. Actualmente son corporales y pecuniarias, no pudiendo en la mayor parte de los casos salir con libertad bajo fianza, en razón del término aritmético.

La doctrina imperante es más certera al definir y concretizar los hechos de una figura delictiva completa, en lugar de estar haciendo equiparaciones de los mismos hechos con otros y establecer que para su castigo se haga la remisión correspondiente al Código Penal, ya que cada delito tiene su propia vida institucional.

Así en el artículo 146 de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1941 en vigor el 2 de junio del mismo año señala: "Cuando la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros presuma que una persona física o moral está ejerciendo habi-

tualmente operaciones de banca y crédito, sin gozar para ello de "concesión" en los términos de esta ley, podrá nombrar un inspector y los auxiliares necesarios que revisen la contabilidad y demás documentación de la negociación, empresa o establecimiento de la persona física o moral, a fin de verificar si efectivamente está celebrando las operaciones mencionadas, en este caso, la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros inter- vendrá administrativamente en la negociación empresa o esta- blecimiento de la persona física o moral de que se trate has- ta que las operaciones ilegales queden liquidadas. En las referidas intervenciones serán aplicables, en lo conducente los artículos 170 a 176 de la presente ley.

Los procedimientos de inspección e intervención a que se refiere el párrafo anterior son de interés público. Los afectados podrán ocurrir en defensa de sus intereses ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, sin que ello sus- penda tales procedimientos.

Para el efecto de lo dispuesto en el presente artícu- lo se reputará como ejercicio de la banca y del crédito, la realización de actos de intermediación habitual en mercados financieros, mediante los cuales quienes los efectúen obten- gan recursos del público destinados a su colocación lucrati- va, ya sea por cuenta propia o ajena.

Se impondrá prisión de dos a diez años y multa hasta de \$ 50,000.00 a las personas físicas que, sin estar facultada legalmente para ello, practiquen habitualmente operaciones de banca y crédito en los términos del presente artículo.

La misma pena se impondrá a cada uno de los directores, gerentes, administradores o miembros del consejo de administración y a los representantes y agentes en general de personas morales que practiquen habitualmente operaciones de banca y crédito en los términos del presente artículo.

Cuando con motivo de las operaciones citadas se cause perjuicio a alguna persona, a la pena que recaiga se agregarán las que en su caso correspondan por la comisión de otros delitos".

Como puede observarse es un artículo muy extenso, actualmente podríamos decir que el contenido de este artículo se encuentra en la nueva ley, (es decir la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito del 14 de enero de 1985) en varios apartados, por lo que citaremos lo que nos señala el artículo 89, en el capítulo III de los Delitos: "Serán sancionados con prisión de dos a diez años y multa hasta por cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo general diario del Distrito Federal, a quienes practiquen habitualmente operaciones de banca y crédito en contravención

a lo dispuesto por el artículo 89 de esta ley.

Artículo 89.- Para los efectos de lo previsto en el quinto párrafo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de esta Ley, sólo las sociedades nacionales de crédito podrán dedicarse a la captación de recursos del público, mediante la realización habitual, por cuenta propia o ajena, de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y en su caso accesorios financieros de los recursos captados.

Quando la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros presuma que una persona está infringiendo lo establecido por este artículo o lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, podrá nombrar un inspector y los auxiliares necesarios que revisen la contabilidad y demás documentación de la negociación, empresa o establecimiento de la persona física o moral de que se trate, hasta que las operaciones ilegales queden liquidadas.

Los procedimientos de inspección e intervención a que se refiere el párrafo anterior son de interés público. Será aplicable en lo conducente lo dispuesto en el capítulo II del Título Sexto de esta Ley. Los afectados podrán ocurrir en defensa de sus intereses ante la Comisión Nacional Bancaria

y de Seguros, sin que ello suspenda tales procedimientos".

El artículo 89 de la nueva ley, define en forma implícita y no específica lo que debe entenderse por operaciones de banca y crédito lo cual es muy importante y que más adelante trataremos con más detalle.

Asimismo, hay que hacer notar que en la Ley de 1941 en el artículo 146 se hace referencia a la palabra "concesión" la cual no aparece en la redacción actual y establece en el artículo 2º de la misma ley: "Para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito se requiere concesión del Gobierno Federal que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y la del Banco de México".

Anteriormente esta concesión se otorgaba a particulares para poder practicar habitualmente las actividades bancarias y de crédito. Ahora de acuerdo con la reforma de fecha 3 de febrero de 1983, del artículo 28 constitucional se establece dentro del segundo párrafo: "Este servicio será prestado exclusivamente por el Estado a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente Ley Reglamentaria, la que también...". Por lo que ahora el servicio público de banca y crédito no es posible concesionarlo a los particulares como anteriormente se hacía cumpliendo con los requisi-

tos que la misma ley establecía.

Por lo que se refiere a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de fecha 31 de diciembre de 1982, en esta ley no aparece el delito que estudiamos pero, esto no quiere decir que se había olvidado, pues aún cuando se expidió esta Ley no abrogó ni derogó la ley de 1941 por lo que esta siguió vigente hasta que se expidió la nueva ley de 1985.

**CITAS BIBLIOGRAFICAS**

- 1.- Barrera Graf Jorge. Nueva Legislación Bancaria. Edit. Porrúa S.A. México 1985. pág. 14
- 2.- Acosta Romero Miguel, Legislación Bancaria edit. Porrúa S.A. México 1986, pág. 276 y 284.
- 3.- Fraga Gabino, Derecho Administrativo. Edit. Porrúa S.A. Mexico 1969. pág. 20
- 4.- Derecho Administrativo, pág. 22 Cit.
- 5.- Apuntes de Clase, con el Dr. Miguel Acosta Romero.
- 6.- Cit. por Gabino Fraga, Derecho Administrativo, edición 13 edit. Porrúa S.A. México 1969.
- 7.- Pérez Santiago Fernando U. Síntesis de la Estructura Bancaria y del Crédito, edit. Trillas México, D.F. 2a. reimpresión febrero de 1981.
- 8.- Diario Oficial de fecha 10. de septiembre de 1982.
- 9.- Idem.
- 10.- Diario Oficial de Fecha 5 de septiembre de 1982.

## **CAPITULO II**

### **CONCEPTO DEL DELITO**

Es en verdad muy difícil formular una definición del delito, que tuviera una validez universal, es decir aplicable en todo tiempo y lugar, lo que hasta ahora no ha sido posible, ya que esta valoración de la conducta del hombre esta íntimamente ligada con el carácter del pueblo y con las necesidades de la época, tan es así que hechos que en una época fueron considerados delictuosos, ahora no tienen tal carácter y al contrario, hechos que ahora tienen el carácter de delictuosos, en otras épocas no tuvieron tal carácter. Tan es así, que el profesor Raúl Carranca y Trujillo señala que: "Estériles esfuerzos se han desplegado para elaborar la noción filosófica del delito independientemente del tiempo y lugar". (1)

Si preguntáramos a cualquier persona ¿Que es delito? nos darían definiciones diferentes atendiendo a su preparación profesional (psicólogo, sociólogo, filósofo, etc.) a sus creencias religiosas, políticas, etc.. Así podríamos dar una definición filosófica: "El delito es la violación de un deber, necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal". (2) Una definición sociológica del profesor Rafael Garófalo, considerado

como el sabio jurista del positivismo define el delito natural como: "La violación de los sentimientos altruistas de propiedad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad". Este concepto que es muy general y nebuloso, además de tratar de definir el delito como un hecho natural, que no lo es ya que los delitos son valoraciones que el hombre hace de la conducta del mismo, el profesor Fernando Castellanos señala: La esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza; pero, la esencia del delito, la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la convivencia humana, etc.. (3)

La definición que a nosotros nos interesa es una definición jurídica, basada en la violación de la norma recogida en el precepto penal al formular los tipos de delitos.

Se han formulado muchas definiciones del delito: es la violación de un derecho o de un deber (Tarde); es una ente jurídico constituido por una relación de contradicción entre un hecho y la ley; es una disonancia armónica; es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso (Carrara); es la infracción de un deber exigible

en daño de la sociedad o de los individuos (Rossi); es, desde el ángulo histórico, toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento histórico y desde el ángulo valorativo, todo acto que ofende gravemente el orden ético y que exige una expiación consistente en la pena (José Manggiore).

Para lograr un concepto substancial del delito, sólo puede obtenerse dogmáticamente del total ordenamiento jurídico penal, lo cual haremos en este apartado.

El artículo 7º de nuestro Código Penal establece: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Esta noción llamada formal, ya que la extraemos de la ley positiva, nos aporta algunos elementos para definirlo. Nos dice la ley que es el acto u omisión, lo que debemos entender que puede ser una actividad o una inactividad que no es otra cosa que la manifestación externa de la conducta. Por lo que concluimos que el delito es una CONDUCTA.

Ahora bien, no todas las conductas son delictivas, sino como lo señala la ley, sólo aquéllas que se encuentran sancionadas por las leyes penales.

En nuestro derecho constitucional el artículo 14, párrafo tercero establece que: "En los juicios del orden crimi-

nal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata". De aquí se desprende claramente que las leyes penales tienen dos partes que son: la figura delictiva y la sanción o punibilidad. La parte de la disposición jurídico-penal o ley penal que se refiere a la conducta o el hecho que servirá de base para conocer que comportamientos son constitutivos de delito se llama TIPO. Cuando dicha conducta se ajusta exactamente a lo prescrito por el tipo penal se da la TIPICIDAD.

Cuando el comportamiento se adecua al tipo se habla de que estamos en presencia de un delito, porque existen casos en que la ley permite este comportamiento sin considerarlo ilícito, como por ejemplo: actuar en el caso previsto por la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, es el caso del médico que lesiona al paciente para salvar otro bien superior. Si el comportamiento señalado en la ley, se realiza fuera de los casos previstos por la misma ley la conducta realizada será ANTIJURIDICA.

El sujeto que realiza una conducta antijurídica debe tener cierta calidad, capacidad para comprender la ilicitud de su acto y de motivarse, esto lo denomina la doctrina IMPUTABILIDAD.

El artículo 8º del Código Penal dice que para que exista el delito debe haber: 1) Intención, 2) Imprudencia 3) Preterintención, elementos que han sido recogidos por Villalobos al definir la CULPABILIDAD: La culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por su franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa. (4)

Estamos de acuerdo con Edmundo Mezger en cuanto que señala que el delito es aquel comportamiento punible, esto lo reforzamos con lo que establece el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, integrándolo con el artículo 7º del Código Penal, así como también es parte de la ley penal y que la doctrina llama PUNIBILIDAD.

Es muy común encontrar que en algunas definiciones se habla de que el delito es una infracción a la ley penal como lo hace Rafael de Pina: "Acto u omisión constitutivo de una infracción de la ley penal. (5) Lo cual es criticable y como destaca Carlos Binding, el hecho de que el hombre, al realizar la hipótesis legislada, no viola o infringe la ley penal, su conducta y en todo caso la consecuencia de ésta viene a llenar el cuadro descriptivo del precepto jurídico.

Existe por ello no una infracción a la ley penal, sino una conformidad con la misma, en última instancia lo que se viola es la norma jurídica.

En el caso que nos ocupa, el sujeto al efectuar operaciones bancarias o crediticias, habitualmente sin tener el carácter de sociedad nacional de crédito, esta adecuando su conducta al cuadro descriptivo del precepto jurídico.

## **2. ELEMENTOS DEL DELITO**

Muchos autores aún no se han puesto de acuerdo ni sobre cual es la terminología adecuada para llamar a las notas esenciales del delito, así como tampoco sobre cuales y cuantos son estas notas esenciales.

Tenemos que algunos los llaman "elementos" otros, "aspectos", "caracteres", o bien "elementos y caracteres" y algunos dándole una connotación distinta, "requisitos", "presupuestos de punibilidad" y "fuerzas del delito".

Elemento, proviene del latín elementum, cuyo significado es, todo principio físico que entra en la composición de un cuerpo sirviéndole de base al mismo tiempo que concurre a formarlo, Antolisei apoya esta posición diciendo: "no es suficiente para justificar el abandono de un término inmemorial

ha sido adoptado por la ciencia penal y que está profundamente arraigado en la práctica del Derecho". (6)

Por lo que se refiere al término "aspecto", proviene del latín aspectus, que quiere decir, apariencia o representación de los objetos a la vista, o bien, semblante, apariencia del estado de las cosas, debiendo entenderse por "aspecto" el delito visto en uno de sus lados.

Requisito entendiéndose como condición necesaria para una cosa, y se puede tomar como equivalente a "elemento".

Fuerza, término utilizado por Carrara para designar los elementos del delito y cuyo significado es: "La parte principal de un todo, el estado más vigoroso de una cosa, virtud energía y eficacia natural de las cosas.

Carácter: algunos la toman como sinónimo de elementos el profesor Raúl Carranca y Trujillo apoya este término al decir; "Intrínsecamente el delito presenta las siguientes características: es una acción, la que es antijurídica, culpable y típica". (7)

Pensamos que el término adecuado es el de elemento, así tenemos, que entre los que aceptan esta terminología esta el profesor Celestino Porte Petit, quien fundamenta su posición

en el artículo 19 de la Constitución General de la República "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquel ..." y el Código de procedimientos Penales utiliza esta terminología en el apartado 97 cuando dice: "si para la comprobación del delito, de sus elementos ... y artículo 115 fracción I del mismo Ordenamiento "en todos los casos de robo, el cuerpo del delito se justificará con la comprobación de los elementos materiales del delito".

El concepto de elemento del delito en general nos lo dice Cavallo en forma sencilla" es todo componente sine qua non, indispensable para la existencia". (8)

Los diferentes autores al definir el delito, señalan los que ellos consideran que son los esenciales, es decir, aquellos que son indispensables, necesarios para constituir el delito en general o el delito en particular, así tenemos que el doctor Raúl Carranca y Trujillo señala que los elementos del delito son: es una acción, la que es antijurídica, culpable y típica. (9) Y aclara que es una acción porque es acto u omisión humano; antijurídica porque ha de estar en contradicción con la norma ha de ser ilícita; típica porque la ley ha de configurarla con el tipo de delito previsto; culpable porque debe corresponder subjetivamente a una persona. La

punibilidad la considera como una consecuencia. Aclarando que la esencia técnico jurídica en tres de los elementos: - tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En suma considera que los elementos del delito son: La acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos casos condición objetiva de punibilidad.

El profesor Fernando Castellanos señala que los elementos esenciales del delito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, más esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario (10) y dice que estas no guarden prioridad temporal, sino que al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos pero que sí existe una prelación lógica. Francisco Pavón Vasconcelos nos aclara al citar la opinión del profesor Celestino Porte Petit que debemos entender por prelación lógica al decir: "La circunstancia de que sea necesario que exista un elemento para que concorra el siguiente, no quiere decir que haya prioridad lógica, porque ningún elemento es fundante del siguiente, aún cuando si es necesario para que el otro elemento exista (11).

Para Luis Jiménez de Asúa, dice que en suma las características del delito serían éstas: actividad, adecuación típica; antijuridicidad; imputabilidad; culpabilidad; penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad. (12) También explica que la conducta es el soporte natural del delito pero la esencia técnico jurídica de la infracción penal

radica en tres requisitos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito.(13)

### **3. LA CONDUCTA**

La conducta, también llamada por la dogmática jurídico penal, elemento objetivo, y para la cual el delito es la conducta o hecho típico, antijurídico y culpable.

Respecto a la denominación del elemento objetivo del delito podemos afirmar que no existe acuerdo en la doctrina. Este primer elemento del delito ha sido materia de discusión y se han aportado diversos nombres al elemento externo, tales como acción, actividad, conducta y hecho. Acordes con el criterio de Celestino Porte Petit, (14) pensamos que el elemento objetivo del delito debe denominarse conducta, en algunos casos, y hecho en otros. Conducta, cuando por si misma llene el tipo; hecho, cuando el tipo exija no sólo una conducta, sino además un resultado material consecuencia de aquélla, de suerte que en este caso el elemento externo del delito se integra con la conducta, el resultado material y el nexa causal. La conducta consiste en "un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o en un no hacer involuntario o involuntario (culpa) (15).

Acerca del comportamiento antisocial que nos ocupa el elemento objetivo debe llamarse conducta propiamente y no hecho ya que el tipo no exige además, un resultado material consecuencia de aquélla.

En los delitos de hecho, el resultado consiste en la transformación del mundo material, esto no es necesario en los delitos de resultado jurídico.

## **RESULTADO**

De manera concreta, podemos decir que el resultado es la consecuencia de la conducta.

Francesco Antolisei, expresa al respecto: "El resultado es el efecto natural de la acción "relevante" para el Derecho Penal. En cuanto es efecto natural de la acción, el resultado es necesariamente una modificación en el mundo exterior". (16)

A tal concepto existe la crítica de algunos autores y objetan, que hay delitos que tienen por resultado una modificación del mundo "interior", haciendo alusión a los delitos de injuria, calumnia y difamación. A esta crítica Arturo Rocco, responde, diciendo que cuando se habla del mundo exterior se entiende no el exterior frente a todos y cada uno,

sino exterior en cuanto al agente o sujeto activo; por, tanto, puede tratarse de algo interior respecto al sujeto pasivo.(17)

Acorde con la opinión de Antolisei que afirma la existencia de delitos carentes de resultado. (18) En cambio Giuseppe Maggiore, postulando la concepción jurídica niega la existencia de delitos sin resultado: "Podrá faltar el efecto material -explica el autor- pero siempre habrá algún resultado, si no de daño, de peligro, jurídico si no físico". (9) Porte Petit afirma al respecto que: "... no ha de darse el concepto de resultado desde un punto de vista unilateral; jurídico o material porque los resultados pueden ser únicamente jurídicos o jurídicos y materiales. Y esto sucede respectivamente cuando el tipo describe una mera conducta: Activa u omisiva, o un resultado material, o sea un hecho.

Acerca del comportamiento antisocial que nos ocupa, la esencia del elemento objetivo radica en la practica habitual de operaciones de banca y crédito en contravención de lo dispuesto por el artículo 28 constitucional que señala que sólo el Estado puede prestar este servicio público a través de las Sociedades Nacionales de Crédito, constituidas conforme a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Para hablar de conducta es necesario que exista volun-

tad del sujeto activo, que éste por su libre y propia determinación quiera realizar la práctica habitual de operaciones de banca y crédito sin ser Sociedad Nacional de Crédito.

Ahora bien, de lo expuesto deducimos la existencia de dos elementos integrantes de la conducta; El primero psíquico que consiste en la voluntad del agente de practicar habitualmente las operaciones de banca y crédito. El otro elemento es de carácter físico el cual se materializa en la actividad-movimiento corporal del agente-activo- al practicar habitualmente operaciones de banca y crédito, de esta manera queda exteriorizada la voluntad criminal. La manifestación delictiva es la forma, mientras que la voluntad es la naturaleza subjetiva del delito bancario, o sea, la fuerza criminal (*animus nocendi*).

#### **a) NEXO CAUSAL**

Para que pueda integrarse un hecho delictivo, es indispensable que exista un nexo causal entre la conducta y el resultado material; en otras palabras, es menester que la transformación ocurrida en el mundo de los fenómenos sea consecuencia de la conducta efectuada por el agente. Así, en un caso de homicidio la cesación de las funciones vitales del sujeto pasivo deben ser consecuencia de la conducta del

sujeto activo, consistente en haber disparado un arma de fuego contra la víctima, pues si acontece que una persona administra un veneno a otra y al poco tiempo fallece ésta, pero al practicar la necropsia se comprueba que el sujeto falleció a consecuencia de un paro cardíaco y no como resultado de la ingestión del veneno, se podrá decir que hay conducta y que existió un resultado material, pero no se integra el nexo de causalidad entre ambos extremos. La figura delictiva que nos ocupa no tiene resultado material ya que su resultado es jurídico, además de romper con la legalidad.

#### **4. CLASIFICACION DEL DELITO DE ACUERDO AL ARTICULO 7º DEL CODIGO PENAL.**

El artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal señala: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

De lo establecido por este artículo se puede concluir que existen delitos de acción (acto) y de inactividad (omisión) y que en ambos casos estamos ante una conducta. Ahora bien, el precepto señala que estas conductas deben estar sancionadas en leyes penales, por lo que es necesario integrar el artículo en estudio con el artículo 14 Constitucional, en el párrafo segundo: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena

alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata".

Del precepto constitucional antes citado podemos decir que tanto la pena como el delito deben estar señalados en una ley, ley que debe estar escrita, y descrita la conducta sea esta de acción o de omisión, así como la pena, ley que emana del que constitucionalmente esta facultado, por lo que podriamos decir a nuestro juicio que debemos entender por leyes penales:

Ley Penal, es una formula o disposición escrita emanada con las formalidades legales del órgano facultado constitucionalmente para crearlas, y en la que se señala un hecho como delito y una pena como consecuencia.

La conducta puede adoptar dos formas:

A) Delitos de acción: en estos encontramos que sus elementos son:

La voluntad o el querer, que constituye el elemento subjetivo de la acción. Por ello dice Biagio Petrocelli, "que el denominador común de todas las formas de conducta es el factor psíquico, es decir la voluntad". (20)

La voluntad debe referirse a la voluntariedad inicial: querer la acción.

b) **Movimiento Corporal**, es el segundo elemento de la acción. La actividad en sí, no constituye la acción, pues le falta el elemento voluntad; y ésta aislada, igualmente no interesa al Derecho Penal, la sola voluntad, y con la sola voluntad no es posible delinquir, se requiere la presencia del elemento psíquico y del elemento material para la configuración de la acción, forma positiva de la conducta.

B) **Delitos de Omisión**. Así con relación a los delitos de Omisión existe un deber de obrar jurídico, en la acción existe un deber jurídico de abstenerse, de no obrar, de no realizar la conducta. La omisión es una forma negativa de la acción. Cuello Calón, dice que la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. (21)

C) **Delitos Improprios de omisión o de Comisión por Omisión**.

El doctor Raúl Carranca y Trujillo señala y los llama delitos de comisión por omisión o falsos (impropios) delitos de omisión. "En la comisión por omisión el resultado se produce a virtud de la omisión del movimiento corporal y por de-

signio del pensamiento criminal que la ordena". (22) El delito de comisión por omisión es necesario un resultado material, una mutación en el mundo exterior, mediante no realizarlo que el derecho ordena. En cambio el de simple omisión no requiere de resultado material.

El delito establecido por el artículo 89 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, es típicamente el caso del delito que para su comisión, requiere de una acción; es decir, requiere que se lleven a cabo una serie de actividades o de movimientos corporales animados de voluntad. Por ello concluimos que el delito que estudiamos no puede perpetrarse mediante la omisión; mucho menos por la comisión por omisión, pues se trata de un delito de acción.

## **5. LA AUSENCIA DE CONDUCTA**

Por lo que se refiere a la ausencia de conducta, que son los casos en que la voluntad está ausente. En general, la doctrina reconoce de este aspecto negativo del delito las siguientes formas: a) La fuerza mayor o vis maior; b) La fuerza física irresistible o vis absoluta; c) Sueño; d) Sonambulismo; e) Hipnotismo; f) Actos reflejos:

No hay uniformidad en la doctrina acerca de todos los anteriores como modos de expresión de ausencia de conducta,

asi hay, agregan a los anteriores los actos instintivos y actos automáticos.

Cuando la conducta se presenta desde el punto de vista subjetivo como la expresión de la voluntad, cuando el comportamiento -acción u omisión- no pueda ser referido a la energía psíquica del agente como poder de dirección, no existirá una conducta jurídicamente relevante y, en consecuencia, desde un principio no habrá delito.

Existe la opinión general en el sentido de negar importancia jurídico-penal a la conducta, ya sea de acción u omisión, por influencia física ejercida directamente sobre el cuerpo del agente, que es la vis absoluta. Podemos destacar de este caso de ausencia de conducta los siguientes requisitos: 1) Obrar el acusado; 2) Impulsado; 3) Por una fuerza humana; 4) Física; 5) Exterior; 6) Irresistible. (23)

La acción u omisión ejecutada o arrancada por una fuerza ineludible, llamada vis maior. La diferencia con la vis absoluta la encontramos exclusivamente, en que la fuerza mayor, la fuerza física e irresistible, proviene o de la naturaleza o de los animales, a diferencia de la vis absoluta en que la fuerza física proviene del hombre.

En los casos anteriores, como también por lo que se

refiere a la acción u omisión ejecutada mediante un acto reflejo ajeno a toda excitación de influjos psíquicos, estimamos que en estos tres casos el sujeto no actúa sino es violentado a obrar, pues a pesar de permanecer consciente, se halla carente de voluntad electiva para decidir sus actos. Estimamos que para el caso en estudio no puede presentarse ninguno de los casos de ausencia de conducta ya señalados,

Anteriormente la fracción I del artículo 15 del Código Penal vigente sólo señalaba un caso de ausencia de conducta:

"Art. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

I. Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible".

Esta fórmula legal era defectuosa, pero con la reforma el citado artículo, que con mejor técnica legislativa da una redacción general, de tal manera que abarca cualquier otro caso en el que falte la voluntad del sujeto activo, por lo que es oportuno transcribir dicho artículo:

"Art. 15. Son causas excluyentes de responsabilidad:

1. Incurrir el agente en actividad o inactividad

voluntarias".

Esta redacción más sencilla encuadra los casos de ausencia de conducta señalados por la doctrina y que antes no los encontrábamos incluidos en el artículo señalado. De tal manera que el sueño, el sonambulismo e hipnotismo como situaciones que impiden el nacimiento de la conducta punible ya están encuadrados dentro de la fórmula legal que establece el artículo en estudio.

Por lo que respecta a estos tres últimos casos de ausencia de conducta no operan respecto al artículo 89 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito. En el sueño como el sonambulismo y aún el hipnotismo el individuo carece de capacidad para actuar consciente y voluntariamente, y por tanto estaría impedido para llevar a cabo operaciones de banca y crédito y mucho menos se daría el presupuesto de la habitualidad, ya que tendríamos que pensar que el sujeto activo del delito tendría que estar bajo ese estado habitualmente, sin embargo podemos observar que todos los casos de ausencia de conducta se dan accidentalmente.

Podemos concluir, que no puede presentarse ninguna de dichas formas de ausencia de conducta porque en el delito en examen, se requiere la plena voluntad del sujeto para cometer el delito, lo que no ocurre en las formas enunciadas de

ausencia de conducta.

**CITAS BIBLIOGRAFICAS**

1. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 8ª edición, edit. Porrúa S.A. México 1967, p. 170.
2. Rodríguez Manzanera Luis, Criminología, 4ª edición, edit. Porrúa S.A. México 1984 p. 209.
3. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, edit. Porrúa Parte General IIª edición México 1977, p. 129.
4. Villalobos, Derecho Penal Mexicano, edit. Porrúa, S.A. México 1960 p. 272.
5. Diccionario Jurídico, edit. Porrúa. México .1979, pág. 199.
6. El Estudio Analítico del Delito, trad. Ricardo Franco Guzmán .edit. Anales de Jurisprudencia, México 1954, p. 86.
7. Derecho Penal Mexicano, cit. p. 173.
8. Cavallo, Diritto Penale, Parte General, v. 2, Napoli, 1955. p. 113.
9. Derecho Penal Mexicano, cit. IIª edición, México.p. 173.
10. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, cit. p. 132.
11. Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, edit. Porrúa.México 1978 pag. 157.

12. La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, edit. Sudamérica, Buenos Aires, 6ª edición, p. 207.
13. La Ley y el Delito, cit. p. 207.
14. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, edit. Porrúa S.A. México.1982, p. 293.
15. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, cit. p. 295.
16. La Acción y el Resultado en el Delito, trad. de José Luis Pérez Hernández, edit. Jurídica Mexicana, 1959, p. 139.
17. Cfr. Antolisei, La Acción y el Resultado en el Delito, cit. pp. 139 a 142.
18. Manual de Derecho Penal (Parte General) trad. de Juan del Rosal y Angel Torio, edit, UTEHA, Buenos Aires.1960, p. 170.
19. Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1954, t. I p. 321.
20. Principi di Diritto Penale, v. I, 3ª edición edit. Napoli. 1950.p. 273.
21. Derecho Penal, t.I, 8ª edición, p. 271, Barcelona 1947, Cuello Calón p. 273.
22. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 8ª edición cit. p. 201.
23. Porte Petit Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, cit. p. 328.

### CAPITULO III

#### I. TIPICIDAD (ANTECEDENTES)

Los antecedentes de la tipicidad los encontramos necesariamente, en la historia del tipo. Francisco Pavón Vasconcelos considera como fases de evolución del concepto del tipo las siguientes:

- a) Fase de Independencia
- b) Su Carácter Indiciario
- c) Fase de Identidad
- d) La Antijuridicidad (1)

En la primera fase en la obra de Beling considera que el tipo cumple una función de mera descripción separando completamente los elementos antijuridicidad y culpabilidad, señalando que establecer si la acción típica es injusta y si su autor es el culpable vienen a ser cuestiones ajenas al tipo y que corresponden a la valoración que de la acción se haga, esta valoración cae en el ámbito de lo antijurídico y culpable. Siendo por lo tanto la tipicidad, como la antijuridicidad, elementos independientes del delito aun cuando estos elementos son necesarios para la integración del mismo.

En la segunda fase el tipo tiene carácter indiciario. En el tratado de Derecho Penal Max Ernesto Mayer le da mayor importancia al tipo de la que le dio Beling, diciendo que para él, el tipo tiene valor indiciario de la antijuridicidad de la conducta o del hecho, constituyendo el fundamento para conocerla, aquí el tipo es la ratio cognoscendi de la antijuridicidad. Mayer dice que existe independencia entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero afirma que la primera sólo es el indicio de la segunda.

En las dos fases siguientes advertimos que no es otra cosa que es primero la tipicidad o la antijuridicidad.

En la fase de identidad, el tipo es ratio essendi de la antijuridicidad. Quién sostiene esta fase es Edmundo Mazger diciendo: "El que actúa típicamente, actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. Es el fundamento real y de la validez de la antijuridicidad a reserva de que no aparezca alguna causa que excluya el injusto ya que si esto ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de la tipicidad" (2)

En la fase de la antijuridicidad como "ratio essendi" del tipo, el representante de esta posición, es Francisco Blasco, que no es otra cosa que la inversión de la fase anterior, precisando que si una conducta llega a ser tipificada

en la ley es en virtud de su grave antijuridicidad, porque es contraria a las normas del Estado en donde sustenta su base jurídico-política.

Después de haber tratado las fases de evolución del concepto tipo, cabe citar la posición del profesor Ricardo Franco Guzmán y con la cual estamos de acuerdo al señalar: "El nacimiento del tipo surge de una acotación de la conducta antijurídica que el legislador concidera en un momento determinado como digna de una pena, constituyendo por tanto la antijuridicidad la ratio essendi de la tipicidad" pero que sí se reconocen los momentos del delito; la tipicidad sí tiene un carácter indiciario, es decir, que si un hecho es considerado típico estamos en presencia de un indicio de su calidad antijurídica. (3)

## **2. CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO**

Es muy importante en el estudio que estamos realizando hacer la clasificación del delito en orden al tipo:

Así pues, en relación al tipo, establecido en el artículo 89 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito se clasifica de la siguiente manera:

a) Tipo Fundamental o Básico. Es fundamental o

básico en virtud de que "La violación a la norma no implica ni atenuación ni agravación de la penalidad" (4) o bien, porque la lesión del bien jurídico basta por si sola para integrar el delito. (5)

El artículo 89 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito consideramos que es fundamental o básico, apoyados en lo que señala Luis Jiménez de Asúa citado por Fernando Catellanos Tena: "el tipo básico cuando tiene plena independencia". (6)

b) Tipo Autónomo e Independiente. Se le considera así, por tener vida por sí mismo, dentro del sistema o catálogo de delitos, toda vez que se trata de un delito fundamental.

c) Tipo de Formulación Libre. El tipo de formulación libre es aquel en que no se señala en forma casuística la actividad productora del resultado típico, pudiéndose con cualquier medio idóneo producirse o realizarse el núcleo contenido en el tipo. En el tipo en estudio no se señala el medio que debe emplearse para su consumación.

Para concluir este punto haremos referencia a la clasificación hecha por Jiménez de Asúa; citado por Jiménez Huerta: Tipos normales y tipos anormales. Dice el autor que debe considerarse tipo normal el que sólo es una mera descri-

ción objetiva y, por el contrario, anormal, si el tipo incluye elementos subjetivos, normativos o ambas. (7)

La clasificación hecha por Jiménez de Asúa que ha sido criticada severamente, sin embargo algunos tratadistas la han aceptado.

El delito que nos ocupa es anormal, por incertar dentro de su texto el elemento normativo recogido en la parte final, al decir "en contravención de lo dispuesto por el artículo 82 de esta Ley".

### **3. LA TIPICIDAD (CONCEPTO)**

El doctor Raúl Carranca y Trujillo apoyado en que en nuestro derecho "es aceptado el dogma de 'nullum el crimen sine lege' y también el de que "no hay delito sin tipo legal" al que corresponda la acción, afirma que la tipicidad es "elemento constitutivo del delito" y que sin ella no sería inculpable la acción. (8)

Francisco Pavón Vasconcelos define la tipicidad como la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa; "el encuadramiento o la subsunción del hecho en la figura legal". (9)

De las definiciones anteriores debemos distinguir el tipo de la tipicidad, el primero es el presupuesto o antecedente necesario del delito en tanto que la tipicidad es el elemento constitutivo.

Fernando Castellanos señala que el tipo consiste en "La descripción legal de un delito", y define la tipicidad como "el endeudamiento de una conducta con la descripción hecha por la Ley"; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

Es necesario hacer notar que esta denominación es propia de la materia penal. Así tenemos que el tipo es en forma sencilla la parte de la disposición jurídico-penal o ley penal, que se refiere a la conducta o hecho que ha de servir de base para establecer que comportamientos son los que constituyen delitos. La descripción de la conducta puede en algunos casos estar unida a un resultado material, como es el caso del homicidio, que es un comportamiento que produce la muerte de otro; también puede estar unida a alguna circunstancia subjetiva de algún sujeto, como en el caso del fraude en el que se requiere que el sujeto pasivo desconozca la realidad de los hechos, de que se vale el sujeto activo para obtener el lucro o cosa; En otras ocasiones ésta, unida a referencias temporales, por ejemplo, en el infanticidio, la conducta

debe realizarse dentro de las 72 horas contadas a partir del nacimiento del infante. En otras ocasiones va unido a referencias especiales, por ejemplo, el caso de adulterio en el cual la conducta deberá ser realizada en el hogar conyugal; de esto hablaremos con más profundidad cuando hagamos referencia a los elementos del tipo.

Es muy bien conocida de los estudiosos del Derecho la evaluación del concepto del tipo penal, iniciado por Ernest Beling a quién se le tiene como el padre de la moderna Teoría del Tipo, que lo considera como una simple descripción con un valor indicario de antijuridicidad y por Edmundo Mezger, quien al elaborar su teoría, precisa que el tipo es la "ratio essendi" de la antijuridicidad.

El tipo ha sido considerado por Faustino Bell citado por Pavón Vasconcelos como un "medio extraordinariamente ingenioso" que "como hecho abstracto, tiene la función importante de ser la base técnica para dar unidad a toda la fenomenología jurídica del delito tanto en su dimensión extensiva como en la cronología, siendo la clave de la construcción orgánica del fenómeno delictivo; de tal manera que todas sus manifestaciones obtengan una explicación unitaria y coordinada". (10)

Pensamos sin despreciar las diversas definiciones que enriquecen la doctrina, que estamos de acuerdo con Jiménez -

de Asúa cuando afirma que el tipo es la abstracción concreta, trazada por el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. (11)

Podemos decir que la tipicidad es la propiedad de adaptación que se actualiza cuando el sujeto activo lleva a cabo una conducta exactamente adecuada, subsumible en el modelo propuesto.

Es necesario hacer notar que el tipo no describe en realidad lo que constituye el comportamiento delictivo o delito, por ejemplo: en el caso del homicidio "privar de la vida a otro ser humano" el tipo no señala lo cual es delito; porque se dan casos en que un individuo priva de la vida a otro pero en tales casos no se comete el delito de homicidio porque fueron ocasionadas con motivo del ejercicio de una causa de licitud, legítima defensa o impedimento legítimo o ante una causa de inculpabilidad (error de licitud invencible).

El tipo como descripción de una conducta o hecho establece que comportamientos son los que interesan al Derecho Penal y sobre ellos se harán las valoraciones de si fueron realizados en forma antijurídica y culpable, valoración necesaria para que puedan ser delito.

De lo señalado anteriormente el profesor Raúl Carranca y Trujillo en forma sencilla y clara dice "puede existir la tipicidad penal sin que exista acción antijurídica, como ocurre con las causas de justificación en las que hay tipicidad y también juridicidad, por lo que el delito no existe. Por esto puede decirse asimismo que la antijuricidad es elemento constitutivo del delito pero no lo es del tipo". (12)

#### **4. LOS ELEMENTOS DEL TIPO**

Para estudiar la clasificación en orden al tipo consideramos necesario hacer referencia a los elementos del tipo en general. En la doctrina no hay uniformidad acerca de los elementos que debe tener el tipo en general, pero la mayoría acepta que pueden encontrarse notas como son las siguientes:

1. Calidad en el sujeto activo
2. Calidad en el sujeto pasivo
3. Referencias de carácter temporal
4. Referencias de carácter espacial
5. Alusión a ciertos medios de ejecución
6. Referencia al objeto jurídicamente protegido
7. Elementos subjetivos del injusto

Analícemos el delito que nos ocupa a la luz de lo anterior:

Por lo que se refiere al sujeto activo, puede ser cualquier persona física o moral, que no tienen cierta calidad que señala el artículo 82 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito y del cual podemos observar quienes no tienen la calidad de sujetos activos que señala el tipo que analizamos:

"Artículo 82. Para los efectos de lo previsto en el quinto párrafo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de esta ley, sólo las sociedades nacionales de crédito podrán dedicarse a la captación de recursos del público en el mercado nacional y su colocación rentable en el público mediante la realización habitual, por cuenta propia o ajena de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, accesorios financieros de los recursos captados".

2. Por lo que se refiere al sujeto pasivo estimamos que es el Estado pues es el único que puede prestar el servicio público de banca y crédito de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 28 constitucional en el párrafo segundo.

Se exceptúa también de lo previsto en la primera parte del primer párrafo de este artículo la prestación del servicio público de banca y crédito.

"Este servicio será prestado exclusivamente por el Estado, a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente Ley reglamentaria....."

3. No hay referencia de carácter temporal, lo que implica que puede ser cometido el delito en cualquier lugar.

4. No hay referencia de carácter espacial, lo que quiere decir que puede cometerse el delito en cualquier espacio.

5. No es necesario que el sujeto activo utilice determinados medios, pues la promoción o gestión a que se refiere el apartado típico en examen, no exige que se efectue en alguna forma específica por lo que cualquier medio que intègre la hipótesis legal es aceptable.

6. Por cuando se refiere al objeto jurídicamente protegido, en el artículo de análisis no hay referencia alguna al mismo, por lo que nosotros pensamos que el bien jurídico tutelado es la legalidad, el ejercicio Indebido de un servicio público y el servicio mismo.

7. Finalmente, en este apartado no hay referencia alguna a los elementos subjetivos del injusto.

En el delito que estudiamos encontramos el elemento normativo recogido en la parte final del tipo cuando señala: "en contravención a lo dispuesto por el artículo 82 de esta Ley", es decir, cometen el delito los que habitualmente practiquen operaciones de banca y crédito en forma ilícita, ya que lo hacen sin tener la calidad de sociedades nacionales de crédito que señala el artículo 82 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

## **5. LA ATIPICIDAD**

Podemos decir que cuando falta alguno de los elementos que integran al tipo estamos ante una conducta atípica, es decir habrá atipicidad de dicha conducta.

Sobre esto nos dice el profesor Porte Petit que: "si la tipicidad consiste en la conformidad al tipo y éste puede contener uno o varios elementos, la atipicidad existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito por la norma, pudiéndose dar el caso de cuando el tipo exija más de un elemento puede haber adecuación a uno más elementos del tipo pero no a todos los que el mismo tipo requiere". (13)

Suponemos que se da la atipicidad en relación al patrón sugerido, en el caso en que el sujeto no practique

habitualmente las operaciones de banca y crédito, es decir, que falte el elemento habitualidad, con eso basta para que no se configure la tipicidad y entonces estaremos en presencia de una conducta atípica. De esta manera quedan incompletos los elementos establecidos en modelo pues no hay lesión jurídica al bien prevalentemente tutelado por el artículo 89 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

**CITAS BIBLIOGRAFICAS**

1. Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito, México, 1951, p. 29.
2. JIMENEZ HUERTA MARIANO, Tratado de Derecho Penal, Ed. Lozada 2a. Ed., Buenos Aires, 1958, T. III, p. 654.
3. FRANCO GUZMAN RICARDO, Delito e Injusto, México, 1950. p. 55.
4. GRISPIGNI, FILIPPO, Diritto Penale Italiano, Milano, 1947, V. II p. 141. Vid. además MAGGIORE, Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1954, T. I., p. 392.
5. JIMENEZ HUERTA MARIANO, La Tipicidad, Porrúa, México, 1955, p. 97.
6. CASTELLANOS FERNANDO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal Parte General, II ed. 1977, p. 169.
7. Tratado de Derecho Penal, cit., p. 792 a 794.
8. CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, Derecho Penal Mexicano Parte General Edit., Porrúa México, 1967 cit., p. 217.
9. PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, Manual de Derecho Penal Mexicano 4a. ed. ed. Porrúa, p. 277.
10. Manual de Derecho Penal Mexicano, cit. p. 260.

11. MEZGER EDMUNDO, Tratado de Derecho Penal, Madrid. 1955-57. trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. p. 375 y 376.
12. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 8a. ed., edit., Porrúa, México, 1967 p. 217.
13. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal ed. y lit., Regina de los Angeles S.A., 1973, México, D.F., p. 475.

## CAPITULO IV

### 1. LA ANTIJURIDICIDAD Y SU DOBLE ASPECTO

Después de constatar la existencia de una conducta típica, es necesario llevar a cabo el estudio de la antijuridicidad, la cual es un elemento más del delito, pues para que exista el delito necesitamos que la conducta o hecho sea típica antijurídica y culpable.

La antijuridicidad se encuentra constituida por el juicio valorativo que se hace sobre la conducta o hecho típico, que se considera que lesiona o pone en peligro los bienes o intereses jurídicamente protegidos.

Si bien es cierto, la antijuridicidad es un concepto negativo desaprobador del hecho humano frente al Derecho. Vienen a ser un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del Derecho, sin existir una causa legal.

Porte Petit afirma que para la existencia de la antijuridicidad se requiere una doble condición: positiva una --adecuación al tipo--; y negativa otro que no esté amparado por una causa de licitud. (1)

El hecho que una conducta sea típica, aparentemente violatoria de una norma penal, debe considerarse antijurídica.

Según Petrocelli, "La no conformidad al derecho o antijurídica de una acción deberá ser fijada valorando el carácter y los fines de la acción misma en relación a la dirección general del ordenamiento jurídico, cual resulta del conjunto de sus normas armónicamente consideradas y del espíritu que lo anima. Un hecho -- continua el autor -- se dice antijurídico o jurídicamente ilícito, cuando es contrario a derecho. Este calificativo de contrariedad se llama antijurídica o ilicitud jurídica y expone precisamente la relación de contradicción entre un hecho y el derecho". (2)

Tomando en cuenta la valoración que de la conducta típica, se debe hacer para declararla o no antijurídica, Jiménez Huerta expresa que "La antijurídica no es un concepto cortical que se agota pasando la vista por los artículos que los códigos penales dedican a las eximentes de responsabilidad; es un concepto sustancial de hondura profunda que sólo puede ser captado adentrándonos, hasta las últimas raíces que fundamentan el orden jurídico". (3)

"En el caso especial que nos ocupa la antijurídica se presenta cuando la persona física o moral y que no tiene el carácter de sociedad nacional de crédito realiza habitual-

mente operaciones de banca y crédito de tal forma que dañe el bien jurídicamente protegido y sin que medie alguna causa que funde su legitimidad.

### **DOBLE ASPECTO**

Es importante hacer alusión a la teoría de Franz Von Liszt que expuso una teoría dualista de la antijuridicidad, considerando como formalmente antijurídica, la acción que infringe una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico; y materialmente ilícito el comportamiento vulnerador de los intereses sociales. La materialidad de la antijuridicidad se halla concretamente en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de que sea lesionado. (4)

A este punto de vista cabe citar al doctor Ricardo Franco Guzmán, que señala: "La antijuridicidad es única, como imposible el separar una formal, de otra material. En este punto, estamos en contra de Liszt, y sin embargo, no podemos desconocer que esa antijuridicidad única puede presentarse dos aspectos, según se le observe. Como todos los conceptos del Derecho, puede reducirse a un aspecto formal y otro material, y estimarse que aquél se produce en cuanto hay una violación de normas jurídicas. Pero de aquí no se sigue que solamente tenga carácter formal. Por el contrario, es indispensable referir el injusto a un contenido, el que le da la nota

característica de contraste con el Derecho, cuando ataca los bienes jurídicos protegidos por el mismo". (5)

## **2. LAS CAUSAS DE LICITUD O JUSTIFICACION**

La comisión implica una lesión a los intereses protegidos por el Derecho Penal; pero no toda conducta, que lesiona dichos intereses viene a ser delictiva. Existen circunstancias o causas cuya presencia hace que una conducta desde su nacimiento sea lícita aún siendo típica y lesiva a intereses jurídicamente protegidos.

A estas circunstancias o causas, las llama la doctrina causas de justificación o de licitud.

Nos encontramos ante la presencia de una causa de licitud, cuando la conducta o hecho, siendo típicos, están rodeados de circunstancias, previstas o fundadas en normas jurídicas, que les dan carácter lícito.

Cabe hacer notar sobre la terminología empleada que hablamos de licitud más no de justificación pues estamos de acuerdo con los penalistas que consideran impropio referirse a causas de justificación, cuando en realidad la conducta no se está justificando, sino que esta es lícita desde su nacimiento. Estas causas, nos dice Castellanos Tena "son

aquellas condiciones que tiene el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representa un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos del delito, a saber: la antijuridicidad". (6)

Para Porte Petit, existe una causa de licitud cuando la conducta o hecho, siendo típicos, son permitidos o facultados por la Ley. (7)

Casi en forma unánime la doctrina ha clasificado las causas de licitud atendiendo al interés y a que "La lesión de intereses representa el contenido de todo el injusto." (8)

El injusto se excluye o por ausencia de interés o por la presencia de un interés preponderante.

Dice Jiménez Huerta que "resulta imposible pensar en la existencia de causas impeditivas del nacimiento de la antijuridicidad que no sean encuadrables en el principio de la ausencia de interés o en el del interés socialmente preponderante". (9)

Se puede decir que hay ausencia de interés cuando, quien puede disponer del bien jurídico protegido en la norma, otorga su consentimiento en forma expresa o tácita, para que se realice la conducta o hecho que de otra manera constituiría

delito. Este consentimiento dice Mezger "supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene facultad de disposición sobre el bien jurídico". (10)

De acuerdo con Mezger se da la existencia de un interés preponderante cuando frente al interés lesionado por la realización típica, aparece, en el caso concreto, un interés de más valor que bien a desplazar al primero. En esta hipótesis se encuadran todas las causas de licitud consideradas por la doctrina, con excepción del consentimiento.

En lo que se refiere al aspecto negativo de la antijuridicidad se aceptan comunmente como causas excluyentes de responsabilidad: La legítima defensa, el estado de necesidad (siempre y cuando el interés sacrificado sea de menor entidad que el salvado), el ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, el impedimento legítimo y el consentimiento del interesado.

#### **a) LEGITIMA DEFENSA**

En todo ordenamiento penal se consideran dentro de sus preceptos, situaciones excepcionales en los que el hombre está facultado, sin ir más allá de los límites de la ley, para defender sus intereses y los de terceros de ataques o agresiones injustas, aun cuando en tal defensa se lesionen

otros intereses jurídicamente protegidos. Este es el caso de la causa de licitud denominada legítima defensa.

Nos dice Manzini que "el instituto de la legítima defensa implica una delegación hipotética y condicionada de la potestad de policía que el Estado hace preventivamente al individuo por razones de necesidad, para los casos en que no puede efectivamente prestar la protección necesaria". (11)

Esta causa de licitud la define Jiménez de Asúa de la siguiente forma: "Es la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir-la o repelerla". (12)

La fracción III del artículo 15 del Código Penal vigente establece la legítima defensa que a la letra dice:

Art. 15. Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

III. Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o 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 siguientes:

1a. Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella;

2a. Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales;

3a. Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa, y

4a. Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa.

Así tenemos que la agresión es el ataque al bien jurídicamente protegido; y la actualidad se refiere a que se presente la repulsa en el momento mismo, la violencia, a pesar de que la palabra agresión implica en sí violencia, ~~se~~ refiere a la existencia de una fuerza material; sin derecho y que pueda resultar un peligro inminente, lo cual quiere decir, que exista la posibilidad real y efectiva de que se ponga en peligro el bien jurídico tutelado.

Esta causa de licitud en el caso concreto del delito bancario que estudiamos es inoperante porque los elementos

constitutivos del modelo propuesto y la institución de la legítima defensa son contrapuestas, ya que chocan entre sí en su esencia, repeliéndose recíprocamente no pudiendo coexistir el modelo propuesto con este estado psicológico. Sería absurdo aún imaginar que un sujeto que está siendo violentado tenga la fuerza psicológica para imponerse y conformar el artículo 89 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

#### **B) ESTADO DE NECESIDAD**

Esta causa de licitud se presenta cuando se da una situación de peligro actual y sólo se puede evitar mediante la lesión de otro bien jurídicamente tutelado. El punto medular se encuentra cuando hay un conflicto de intereses legítimos donde uno ha de ser sacrificado para la conservación del más valioso.

Eugenio Cuello Calón define el estado de necesidad como "una situación de peligro actual e inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitado mediante la lesión de bienes también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona". (13)

"Los elementos del estado de necesidad son los siguientes:

- a) Una situación de peligro, real, grave, e inminente
- b) Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno);
- c) Un ataque por parte de quién se encuentra en el estado necesario.
- d) Ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial". (14)

El problema se encuentra en determinar hasta qué punto es lícito lesionar un interés para salvar otro.

Es de importancia especial establecer cual es el interés preponderante en esta causa de licitud. Para que exista el estado de necesidad es de capital importancia la existencia de dos intereses en oposición, ambos protegidos por el Derecho, pero ante la imposibilidad de la existencia conjunta, el Derecho se ve en la necesidad de autorizar la salvación de uno de ellos, el cual obviamente será el que tenga mayor valor.

Podría presentarse esta causa de licitud para la cual es necesario poner un ejemplo: La persona que teniendo un tumor en la cabeza requiere de una atención médica costosa y prolongada y que solo podría ser atendido por un médico extranjero y que de no someterse a esta operación moriría sin remedio. Por no tener los medios económicos ni la posibi-

dad de obtenerlos, para sufragar los gastos y conservar la vida, realiza operaciones de banca y crédito en repetidas ocasiones obteniendo un beneficio patrimonial que destina para su curación.

En este caso consideramos que se integran los elementos del estado de necesidad en el que se sacrifica un bien jurídico, la legalidad y el ejercicio indebido de un servicio público, para salvar otro de mayor valor que es la vida.

### **C) CUMPLIMIENTO DE UN DEBER**

El ordenamiento jurídico impone a los particulares -- no sólo a los funcionarios -- deberes cuyo cumplimiento lesiona o pone en peligro otros bienes jurídicos, originándose así un choque de dos deberes, de los cuales ha de tener primacía el exigido imperiosa y directamente por la ley, que contiene el interés social preponderante.

El cumplimiento de estos deberes no es antijurídico pues como dice Garraud "imaginar una ley que no deba ser ejecutada, es tan absurdo como un delito en el ejercicio de la Ley". (15)

Jiménez Asúa nos dice que "Toda regla jurídica que o permite la lesión o la amenaza de un bien jurídico ordinaria-

mente protegido por el derecho, excluye, por sí misma el carácter delictuoso del acto que en su nombre realizó ". (16)

Respecto al comportamiento que estudiamos pensamos que no es posible que opere esta causa de licitud, pues dada la forma de comisión del delito, no concebimos una obligación de la Ley cuyo cumplimiento pudiera identificarse con la conducta típica propuesta.

#### **D) EJERCICIO DE UN DERECHO**

Si el ordenamiento jurídico impone deberes, igualmente confiere derechos, aunque al ejercitarlos se lesionen intereses jurídicos de terceros, siempre y cuando se satisfaga un fin justo.

Jiménez Huerta nos dice que: "Quién actúa en ejercicio de un derecho en la forma que la Ley autoriza, no comete acción antijurídica alguna, aun cuando su comportamiento lesione o ponga en peligro otros intereses humanos que el derecho protege". (17)

En ocasiones el derecho autoriza la realización de actos que el único medio de hacer efectivo un derecho, aun cuando al hacerlo se lesionen o se pongan en peligro intereses que el derecho protegería en otras circunstancias.

El límite al ejercicio de un derecho es la extensión del derecho de otro.

En esta causa de licitud su extensión no siempre es igual, ya que esta determinada en cada caso concreto por la naturaleza misma del derecho y la valoración que de él haga el juez.

En el caso del artículo 89 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito no es posible que opere el ejercicio de un derecho, pues no se puede ejercitar un derecho del que no se es acreedor.

#### **E) IMPEDIMENTO LEGITIMO**

En la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal vigente establece como eximente: "Contravenir lo dispuesto en una Ley Penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legitimo". Opera cuando el sujeto, teniendo obligación de ejercitar un acto, se abstiene de obrar, colmándose, en consecuencia, un tipo penal. Cabe hacer notar que el comportamiento es siempre omisivo. Surge, de nuevo, el principio del interés preponderante; impide la actuación una norma de carácter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la acción.

La inclusión en el código del impedimento legítimo carece de razón, según nos dice Jiménez Huerta, por tener cabida en la fórmula del estado de necesidad de la fracción IV del artículo 15. Para él, en la entraña de los conflictos de deberes late y palpita con vida propia un conflicto entre bienes jurídicos; "la simultaneidad de deberes que el sujeto debe cumplir, es sólo la causa normativa que engendra la colisión de los bienes jurídicos". (18)

Por lo que se refiere al delito que estudiamos podemos afirmar que no procede esta causa de licitud, en virtud de que lo que se sanciona en este delito es el actuar del sujeto, por consiguiente nunca podrá presentarse una norma de carácter superior que permita el actuar del sujeto.

**CITAS BIBLIOGRAFICAS**

1. Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, México, 1954, p. 41.
2. L'Antijuridicità, Padova, 1947, Parte I, p. 1.
3. La Antijuridicidad, Imprenta Universitaria, México, 1952, p. 121.
4. Tratado de Derecho Penal, trad. de la 2a. Edición Alemana por Jiménez de Asúa, Madrid, 1927, T. II, p. 324.
5. Delito e Injusto, México, 1950, p. 121.
6. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, 10a. edición, edit. Porrúa, S.A. México, D.F., 1977, p. 181.
7. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Edit. Porrúa, S.A., México, 1982. p. 493.
8. Mezger Edmundo, Tratado de Derecho Penal, edit., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, T. I. p. 409.
9. La Antijuridicidad, Imprenta Universitaria, México, 1952. p. 121.
10. Tratado de Derecho Penal, cit. p. 414.
11. Instituzioni di Diritto Penale Italiano, Parte Speciale, 9a. edición, Dott. A. Milani, T. II, 1958, p. 182.

12. Derecho Penal, Parte General, 9a. edición, editorial Nacional México, 1953, T. I., p. 342.
13. Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General 10a. edición, Edit., Porrúa S.A., México, 1977 p. 206.
14. Traité Theorique et Practique de Droit Penal Francais, París 1914. V. II. pp. 52 - 53.
15. Tratado de Derecho Penal, 2a. edición, edit. Lozada Buenos Aires, 1958, T. IV, p. 501.
16. La Antijuridicidad, cit., p. 249.
17. Jiménez Huerta, La Antijuridicidad, cit., p. 346.

## CAPITULO V

### I. IMPUTABILIDAD

Para que la conducta sea considerada delictuosa, debe ser típica, antijurídica y culpable. Pero antes de realizar el análisis de la culpabilidad debemos estudiar, lo que constituye su presupuesto sine qua non: La imputabilidad.

Es preciso determinar la capacidad delictiva del sujeto activo del delito como condición indispensable. Por Petit nos dice sobre la imputabilidad, "ésta viene a ser el nexo psíquico que une el resultado con el autor, es evidente que el autor para actuar como causa psíquica de la conducta, ha de gozar de la facultad de querer y conocer, pues sólo queriendo y conociendo será susceptible de captar los elementos éticos e intelectual del dolo". (1)

La imputabilidad es la capacidad normal de entender y querer de un hecho al momento de ejecutarlo; el profesor Raúl Carrancá y Trujillo afirma que será imputable: "Todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminante por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que

responde a las exigencias en sociedad humana". (2)

Para que un individuo sea culpable, es necesario que tenga la capacidad de entender y de comprender al tiempo de ejecutar el hecho.

Nuestra legislación al igual que la mayoría de las demandas legislaciones no define expresamente la imputabilidad; sin embargo podemos desprenderlo a contrario sensu de las disposiciones correspondientes a las causas de inimputabilidad.

A) Acciones liberae in causa. La imputabilidad debe darse en el momento de la ejecución del hecho; sin embargo en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntariamente o culposamente se coloca en situación inimputable y en estas condiciones produce el delito. A estas acciones se les llama liberae in causa (libres en su causa pero determinadas en cuanto a su efecto). (3)

En este punto cabe hacer mención a lo que nos dice Sergio Vela Treviño sobre las acciones libres en su causa: corresponden a aparentes de excepción a la regla de la imputabilidad respecto del momento preciso de producción del resultado típico. La apariencia se deriva del hecho de que en el preciso instante en que el resultado se produce, el sujeto

se encuentra en condiciones psíquicas que no le permiten el perfecto conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Sin embargo, las razones de la imputación al sujeto que realiza una acción libre en su causa siempre se ubican en un momento diferente al de la producción del resultado típico por medio del encadenamiento en el proceso causal que se inicia en plena capacidad de imputabilidad. (4)

En el delito que nos ocupa, para ser imputable el que realiza operaciones de banca y crédito, sin tener el carácter de ser una sociedad nacional de crédito, debe al tiempo de la acción, es decir, al efectuar las operaciones bancarias y crediticias poseer el mínimo de salud y de desarrollo mental para poder comprender la ilicitud de su conducta. En nuestro caso nos encontramos en el supuesto de la imputabilidad conscientemente resuelve realizar operaciones de banca y crédito en forma habitual; cabe hacer notar que esto es independientemente de que conozca el artículo 89 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, en virtud de lo que establece el apartado 21 del Código Civil, que establece que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento, sin embargo dice que los jueces tomaran en cuenta su atraso intelectual, su apartamiento de las vías general de comunicación o su miserable situación económica, inclusive previo acuerdo del Ministerio Público, siempre y cuando no se trate de leyes que afecten directamente al interés público se les podrá eximir

de las sanciones.

En nuestro caso es evidente que si se afectarían leyes de interés público directamente, además de hacer notar que la persona que efectúe operaciones de banca y crédito requiere de conocimientos en materia bancaria, por lo que el agente no es persona común y corriente.

## **2. LA INIMPUTABILIDAD**

En el Código Penal en el artículo 15 fracción II y IV, consigna dos causas de inimputabilidad. La fracción II se encuentra complementada por los artículos 67 a 69 y por la ley que crea los Consejos Tutelares para menores infractores del Distrito Federal en sus artículos 1 y 2. (5)

De los artículos señalados se concluye que el imputable, para ser sometido al procedimiento penal debe ser mayor de 18 años, tener capacidad psíquica normal, a más de conciencia y libertad para decidir los propios actos.

En este punto los menores son inimputables por voluntad de la ley y cuando consuman un hecho típico - penal, quedan sometidos a la jurisdicción del Consejo Tutelar para Menores Infractores, institución que les aplica las medidas educacionales adecuadas. Además, los Consejos Tutelares intervienen

drá cuando un menor infrinja un Reglamento de Policía y actúe de manera tal que haga presumible alguna tendencia a causar un perjuicio a la sociedad. (Artículo primero de la Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores, publicada el 2 de agosto de 1974 en el Diario Oficial).

a) Estado de Inconciencia. La ley establece cuando un sujeto no es imputable. En el artículo 15 fracción II consigna los trastornos mentales transitorios consecutivos al empleo de sustancias tóxicas, o bien, provenientes de infecciones tóxicas patológicas. Mas si su consagración obedece al efecto de privarlo de la capacidad intelectual y volitiva al tiempo de realizar la acción.

Cabe hacer notar que el Código Penal del Distrito Federal, no incluye en los casos de imputabilidad el padecimiento de una enfermedad mental permanente, pues sólo hace referencia al trastorno mental involuntario de carácter transitorio, con lo que se coloca en la situación de aceptar "la existencia de delitos sin culpabilidad" (6), pues en los artículos 67 a 69 reglamenta como pena la reclusión de enfermos mentales y sordomudos, en establecimientos especiales, cuando contravengan lo preceptuado por la ley penal.

En el caso que nos ocupa para realizar las operaciones de banca y crédito se requiere no sólo de tener una capa-

cidad psíquica normal a más de conciencia y libertad para decidir los propios actos, sino también una cantidad de conocimientos para poder efectuarlos, por lo que el caso del estado de inconciencia es inoperante.

b) El Miedo Grave. La fracción IV del artículo 15 del Código Penal establece como excluyente de responsabilidad.

"El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor".

En la fracción transcrita se habla del miedo grave y de fundado temor que técnicamente no puede identificarse. El miedo grave constituye una causa de inimputabilidad; el temor fundado puede originar una inculpabilidad.

El miedo grave obedece a procesos causales psicológicos, mientras el temor encuentra su origen en procesos materiales. El miedo se engendra en la imaginación, va de dentro para afuera y el temor de afuera para adentro. En el temor, el proceso de reacción es consciente; con el miedo puede producirse la inconciencia o un verdadero automatismo y por ello constituye una causa de inimputabilidad; afecta la capacidad o aptitud psicológica.

En el delito que estamos estudiando, el transgresor

del artículo 89 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito deberá ser declarado imputable o inimputable, igual que se hace con todo sujeto violador de cualquier precepto penal.

c) La Sordomudez. Está considerada como una causa de responsabilidad social y se encuentra contemplada en el artículo 67, cuyo texto es el siguiente:

"Art. 67. A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo necesario para su educación o instrucción".

Cabe hacer notar en el precepto transcrito que es muy genérico pues no hace referencia al momento en el cual el individuo ha perdido sus facultades fonéticas o auditivas, pensamos que es importante la mención pues no todo sordomudo, al cometer el ilícito, carece de la total educación e instrucción, de tal manera que tiene la capacidad para conocer la ilicitud de la conducta realizada, tal sería el caso del sujeto que posteriormente a su educación sufre la enfermedad y por lo tanto tiene la capacidad de valorar si su conducta ataca o no un bien jurídico; otro caso sería el del sujeto reincidente. Por lo expuesto creemos que las medidas correctivas, en estos casos, no tendrían justificación y por lo tanto ope-

ra la aplicación de la pena.

"Art. 68. Los locos, imbéciles, o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que haya ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán reclusos en manicomios o departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos, con autorización de facultativo, a un régimen de trabajo.

En forma igual procederá el juez con los procesado o condenados que enloquezcan, en los términos que determina el Código de Procedimientos Penales".

Contienen una problemática especial ambas soluciones, pues abarcan el campo constitucional y procesal. El sujeto carente de salud mental que ha infringido una ley penal no es posible someterlo a un proceso que debe reunir de manera indispensable varios requisitos de solemnidad. En el caso de que el individuo se le ordenara una reclusión indeterminada se estaría violando la Constitución. en cuanto al tiempo permitido para la detención de una persona.

En conclusión, la ley penal vigente considera responsable socialmente al individuo que delinque siendo su estado mental anormal de manera permanente y por su peligrosidad se

les aplica no una pena sino una medida de seguridad. Por tanto el menor de edad está fuera del ámbito penal por ello su responsabilidad se limita al aspecto social. Se considera al menor de edad que no ha alcanzado el mínimo de madurez para entender y querer en el campo de la ley penal, además en esta etapa es capaz de asimilar las correcciones por ello se les pone a disposición de los Consejos Tutelares para Menores Infractores en los cuales se promoverá la readaptación de los menores por medio de tratamientos, medidas correctivas y vigilancia.

### **3. LA CULPABILIDAD.**

La culpabilidad, comprende el examen de la parte interna de un hecho ilícito del cual el sujeto ya es considerado físicamente su autor. Una vez que han quedado satisfechos estos presupuestos, es el momento de investigar si lo ejecutó culpablemente. La consistencia de la culpabilidad la encontramos en el juicio de reproche que se hace al sujeto por haber actuado contrariamente a la norma.

Carlos Fontán Balestra afirma: "En la declaración de culpabilidad hay, indudablemente, un elemento valorativo, puesto que la culpabilidad implica el análisis de la situación subjetiva ante el hecho, que ha de ser enfrentado con la ley penal". (7)

Cabe citar algunos conceptos sobre la culpabilidad, en los que se advierte la influencia normativista.

Jiménez de Asúa señala que "en el mas amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (8)

Por otra parte Mezger explica "La culpabilidad es el conjunto de presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (9)

Cuello Calón sostiene que "una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada". (10)

Existen dos teorías para explicar la naturaleza de la culpabilidad: la psicológicas y la normativa.

a) Teoría Psicológica. La teoría psicológica, es la tradicional de la doctrina y la cual parte de la base de considerar el nexo psíquico entre el agente y el resultado producido. Cuando se dice que existe una relación psíquica entre el sujeto activo y el resultado, decimos que hay culpabi-

lidad. Esta teoría es aceptada por varios autores sin embargo se contrapone a la teoría normativa.

Así tenemos que Castellanos Tena entiende que los seguidores de esta teoría afirman que "La culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad ya supuesta; su esencia se agota en el proceso intelectual volitivo que se desarrolla en el autor. El estudio de la culpabilidad supone el análisis del psiquismo del agente con el objeto de investigar en concreto, cuál ha sido su conducta con relación al resultado objetivamente delictuoso". (11)

Podemos ver que la tesis tradicional atribuyó todo lo subjetivo de carácter interno a la culpabilidad, partiendo de ahí para afirmar que la culpabilidad no podría ser otra cosa que la relación psíquica del sujeto activo con el resultado. Pero esta afirmación se derrumba con los estudios realizados posteriormente por los alemanes que plantean el problema, aún sin solución por los partidarios del psicologismo, de encontrar en dónde está la relación psíquica en el caso de culpa inconsciente o sin representación. Por lo que en su mayoría los penalistas alemanes afirman que la culpabilidad es fundamentalmente valorativa.

b) Teoría Normativa. Esta corriente encuentra su

base la existencia de ciertas normas. Reinhard Frank fue el primero en exponer que la culpabilidad no es sólo nexó psicológico, sino además, un juicio de reproche que hace al sujeto por la realización de su conducta o hecho injusto.

Esta teoría no dice que junto a la norma de Derecho hay una norma de deber que impone al individuo conformar su proceder interno en tal forma que corresponda a la conducta externa impuesta por la norma jurídica. Si bien, la culpabilidad, de acuerdo con esta teoría, consistirá en un reproche dirigido al sujeto por haber producido un resultado contrario a lo que establecía la norma de deber; por lo tanto; la culpabilidad supone un juicio de referencia y de valoración mediante la cual determina que el autor del hecho típico, y antijurídico lo ha ejecutado culpablemente.

Al respecto Luis Fernández Doblado opina que "para esta nueva concepción, la culpabilidad no es solamente liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del autor; es algo más, es la valoración de un juicio de reproche de ese contenido psicológico, que no viene a ser sino el presupuesto de la misma valoración o el contenido del juicio de culpabilidad". (12)

Ricardo Nuñez nos dice que "si las circunstancias internas y externas acompañantes de su acción delictiva demues-

tran que a dicho autor le era exigible otro comportamiento psíquico distinto del observador". (13)

Podemos observar que para la tesis normativista, lo que convierte una conducta antijurídica en culpable es tan sólo la reprochabilidad.

Has Welzel piensa que la naturaleza de la culpabilidad se caracteriza lo más propiamente posible a través de la palabra "reprochabilidad" -continúa diciendo mas adelante que-"la culpabilidad, en su más propio sentido, es solamente la reprochabilidad, como valoración de la voluntad de acción".(14)

Esta teoría no ha permanecido estática ha seguido evolucionando en el pensamiento de los estudiosos del Derecho Cabe citar el pensamiento de Graf Zu Dohna, que va más allá de lo que expuso Frank y sus seguidores. Llevo a cabo la distinción por primera vez lo que debía ser la valoración en si, o sea, la reprochabilidad y lo que realmente era objeto de ella; voluntad de acción.

En nuestra opinión, oyendo la opinión de los especialistas nos acogemos al normativismo ya que satisface con mayor claridad los problemas que acarrea el estudio de la culpabilidad. La teoría psicológica su problema se encuentra en buscar dónde está la relación psíquica en el caso de la culpa in-

consciente o sin representación.

### **FORMAS DE CULPABILIDAD.**

Se ha considerado por la doctrina tradicional el dolo y la culpa como las únicas formas posibles de culpabilidad, señalando que hay dolo en una conducta cuando su autor encausa su voluntad hacia la ejecución de un hecho típico y antijurídico, y que hay sólo culpa en aquellos casos en donde, aún sin pretenderse el resultado típico y antijurídico, éste se produce porque el sujeto activo actuó sin tomar las precauciones que el caso requería, o sea, que su conducta fue imprudente o negligente.

Por lo anterior podemos afirmar que el autor únicamente se le podrá declarar culpable si el hecho pasó por su conocimiento y fue ordenado por su voluntad; o si omitió su deber de cautela, procediendo con ligereza, desinterés o desprecio hacia la posible lesión del orden jurídico.

Cuando ambas formas de culpabilidad se dan surge una tercera forma compuesta de culpabilidad: La preterintencionalidad.

a) Dolo. De acuerdo con lo expuesto, una noción completa del dolo requiere de conciliar la representación

(elemento intelectual) y la voluntad (elemento volitivo). Así, Mangiore lo define como la libre y consciente determinación de la voluntad encaminada a causar un resultado contrario a la ley penal. (15)

Cuello Calón afirma que "Puede definirse el dolo como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito. (16)

Welzel sostiene que "dolo es conocimiento y querer de la creación del tipo". (17)

Como se puede observar, todas las definiciones aportadas, en esencia, son coincidentes. En ellas se hace referencia a lo que es esencial en el dolo; sus dos elementos, conocimiento (o elemento intelectual) y voluntad (o elemento volitivo).

La diversidad de teorías ha enriquecido la doctrina con muchas clases de dolo, algunas de ellas con escasa utilidad práctica. Sobre las especies o clases de dolo cada una propone su propia clasificación, por lo que sólo debemos considerar las de riguroso valor dogmático:

- a) dolo directo
- b) dolo eventual

En el dolo directo el agente se representa el resultado y lo quiere, es decir, dirige su voluntad al resultado delictuoso, por lo que hay una relación entre la intención y el resultado. En el dolo eventual, el sujeto se representa como posible un resultado y lo acepta aun cuando no haya tenido la voluntad de quererlo.

En nuestro derecho positivo no se define el dolo, sino que sólo se hace alusión a el artículo 8º, al decir que:

"los delitos pueden ser intensionales..."

En el comportamiento que estudiamos, sólo se presenta el dolo directo, que se concreta en la intención definida y rectilínea de efectuar habitualmente operaciones de banca y crédito, sin tener el carácter de sociedad nacional de crédito.

b) La Culpa. La culpa constituye la segunda forma de culpabilidad. La elaboración de un concepto aceptable de la culpa exige armonizar los elementos intelectual y volitivo, con el deber de cautela de todo individuo, por lo que al igual que en el dolo, respecto a la culpa también se han aportado muchos conceptos basados en las diversas teorías que la fundamentan.

Mezger afirma que: "actua culpablemente, el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición de un resultado". (18)

Para Jiménez de Asúa, culpa "es la producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendría, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo". (19)

Existen dos clases de culpa: la consciente y la inconsciente. En la primera -a semejanza del dolo eventual- el sujeto se representa como posible un resultado derivado de su conducta, pero difiere en cuanto a que no lo quiere y lejos de aceptarlo abriga la esperanza que no se produzca. En la segunda clase de culpa, el sujeto no se representa las consecuencias posibles de su conducta pudiendo haberla previsto y evitado.

Cabe hacer notar que cuando el resultado no previsto se considera imprevisible, se esta en presencia del caso fortuito que es el límite con la culpabilidad.

Welzel considera que esta última clase de culpa carece

de elemento psicológico. (29)

Nuestro ordenamiento penal no da definición alguna de culpa en el artículo 8º, que es donde se hace referencia al tema. Sin embargo señala en que puede consistir lo que "indebidamente denomina imprudencia". Se desprende del segundo párrafo del citado artículo que se entiende por imprudencia "toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional". (21)

c) Preterintencionalidad. Esta tercera forma de culpabilidad se da cuando el agente del delito ha cometido un daño mayor al propuesto, habiendo mediado dolo respecto del resultado querido y culpa conciente o inconsciente respecto del resultado producido, no querido ni aceptado. La ultraintencionalidad viene a ser, por tanto, la suma de dos resultados, uno querido y otro no querido previsto o no previsto.

Por lo que se refiere al delito que estudiamos únicamente es posible realizarlo dolosamente, y encasillarlo en las clases de dolo citadas anteriormente, pertenece a la de dolo directo ya que la persona física o moral ajusta su comportamiento voluntariamente, además lo hace teniendo conciencia de que no media causa de licitud que lo ampare.

#### 4. LA INculpABILIDAD.

La inculpabilidad al igual que los demás elementos del delito ya estudiados, es el aspecto negativo de la culpabilidad.

El autor será inculpable si al tiempo de la acción se afectaron en su psiquis los elementos intelectual -en el caso de error-, o el volitivo - en el de coacción.

Jiménez de Azúa afirma que "causas de inculpabilidad son las que absuelven al sujeto del juicio de reproche" (22).

Las dos causas principales de inculpabilidad son la no exigibilidad de otra conducta y el error de hecho, esencial e invencible.

De acuerdo con la posición adoptada el inculpable es un sujeto capaz al cual no puede reprochársele su conducta por considerar que obro mediante error, o porque las circunstancias que rodearon su conducta impidieron la realización de otra diversa.

a) El Error. El error en general implica un conocimiento falso, una idea equivocada de la realidad. Se está

en error cuando la concepción de las cosas no coincide con lo que realmente son.

Como podemos observar el error es una causa de inculpabilidad de contenido puramente psicológico. Por lo que se refiere a la eficacia exculpante del error de derecho existen serias discusiones doctrinales; sin embargo nosotros sabemos que no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación (Artículo 21 del Código Civil para el Distrito Federal).

El error de hecho lo clasificamos en: esencial y accidental; este último se subdivide en la aberratio ictus, la aberratio in personam y la aberratio delicti.

El error esencial tiene incidencia en alguno de los elementos constitutivos del tipo por lo que dogmáticamente es el único que puede anular la culpabilidad, siempre y cuando tenga el carácter de invencible; pues de no ser así, queda subsistente la culpabilidad en su forma culposa.

"Se dice que el error es invencible, afirma E. Gómez, cuando no deriva de culpa; de tal modo que, aun con el concurso de la debida diligencia no hubiera podido evitarse". (23)

Dentro de las inculpabilidades por error esencial de hecho e invencible, existen las eximentes putativas y la obediencia jerárquica.

Se presentan las eximentes putativas cuando el sujeto cree, por error de hecho esencial e invencible, que su conducta es lícita, cuando en realidad es contraria al derecho.

En estos casos el error esta en el juicio de valoración, o sea que el sujeto estima que su conducta es lícita por estar amparado por una causa de licitud. Por lo tanto, puede hablarse de tantas eximentes putativas como causas de licitud existan.

En el caso de la obediencia jerárquica para que esta configure una inculpabilidad en virtud de un error esencial de hecho, requiere que el inferior posea el poder de inspección, pero desconozca la ilicitud del mandato, y ese desconocimiento sea esencial e invencible.

Se ha planteado la problemática de si se debe o no reglamentar el error de hecho esencial e invencible. Por su parte Jiménez de Asúa estima que "siendo el error de hecho esencial e invencible el motivo más característico de inculpabilidad, carece de importancia que se le reglamente de manera expresa, ya que cualquier forma se le deriva de "interpretación

sistemática". (24)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado que "el hecho que no se consigne en el catálogo de las excluyentes la ausencia de culpabilidad como circunstancia que impida la incriminación, no significa que no pueda dictarse sentencia absolutoria, pues sin necesidad de crear la excepción mediante la correcta interpretación del artículo 8º del Código Penal, puede dictarse sentencia absolutoria, partiendo del principio que del mismo se desprende y que predica la necesaria culpabilidad de todo delito". (25)

Contrario a estas ideas Logoz opina que "una disposición legal sobre el error podría a primera vista parecer superflua, al menos para jueces juristas, pero no todos nuestros jueces penales son juristas". (26)

Nosotros opinamos a contrario de Logoz, que no es necesario hacer referencia expresa de error de hecho esencial e invisible en los ordenamientos penales, ya que de cualquier forma las legislaciones lo aceptan como causa de inculpabilidad, aún las que sólo se desprenden dogmáticamente de otros apartados. Sin embargo aunque no todos los jueces son juristas no por ello vemos la necesidad de hacer de los códigos penales verdaderos tratados de dogmática para facilitar a los que desconocen la materia de administración de justicia, por lo

que concluimos que no es necesaria reglamentación especial.

b). La No Exigibilidad de otra Conducta.

Esta figura sólo es posible encuadrarla dentro de la tesis normativa de la culpabilidad y de acuerdo con ella se elimina la reprochabilidad de la conducta o hecho que se hace al sujeto.

Esta figura se presenta cuando en aquellos casos las particulares circunstancias que rodean al hecho no se puede exigir al sujeto activo un comportamiento a la luz del deber.

Cuello Calón sostiene: "Una conducta no puede considerarse culpable al agente, dadas, las circunstancias de su situación, no puede exigírsele una conducta distinta a la observada". (27)

La tesis normativista fundamenta la culpabilidad en la exigibilidad dirigida al sujeto para que conforme su conducta a lo establecido por las normas, es decir, no hacer cuando prohíben y hacer cuando ordenan.

Si esto lo encuadramos dentro del aspecto negativo, tenemos que la exigibilidad puede no estar motivada, debido

a la circunstancia que impiden la realización de una conducta distinta a la realizada.

En este punto cabe citar a Cortés Sánchez, que señala: "Así, frente a la fase positiva del reproche que es la exigibilidad, aparece la fase negativa, la no exigibilidad, pues no se puede reprochar lo que no se puede exigir". (28)

c) Dentro de esta figura encontramos la vis compulsiva, en la que no obstante el conocimiento de la ilicitud de su conducta, el autor será inculpable constreñido por una fuerza moral, con efecto de engendrar en su ánimo el temor fundado e irresistible de sufrir un mal inminente y grave en su persona, porque ante esa amenaza la voluntad se ve paralizada y el sujeto queda sometido a una voluntad ajena, obligándolo a actuar en contra de su deseo como único medio para evitar el injusto daño. En este caso el dolose elimina al no haber intención de delinquir, así como tampoco existe una valoración de los bienes jurídicos en conflicto porque el sujeto se encuentra constreñido y no posee la capacidad para decidir.

Por lo que se refiere al delito que estudiamos no puede operar como causa de inculpabilidad el error esencial de hecho invencible puesto que el comportamiento descrito requiere tener pleno conocimiento de su actuación.

En cuanto a la no exigibilidad de otra conducta, por ser causa general y supralegal de inculpabilidad que surge para resolver con justicia los casos prácticos que se presentan es aplicable a cualquier tipo delictivo.

Será injusto que se le reprochara su conducta a la persona física o moral que viéndose obligada a realizar operaciones de banca y crédito bajo amenaza grave, que aun cuando conoce la antijuridicidad de su conducta. También es verdad que su voluntad se encuentra coaccionada, y bien sabido es que a nadie se le puede imponer la realización de conductas heroicas.

**CITAS BIBLIOGRAFICAS**

1. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, México, 1954, p. 45.
2. Derecho Penal Mexicano, Parte General, edit. Porrúa S.A. México, 1980, p. 415.
3. Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 11ª edición, edit. Porrúa S.A., México 1977, p. 221.
4. Culpabilidad e Inculpabilidad, Teoría del Delito, edit. Trillas México 1973, pp. 42-43.
5. Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de agosto de 1974.
6. Porte Petit, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, cit. p. 46.
7. El Elemento Subjetivo del Delito, edit. Depalma, Buenos Aires, 1957, p. 15.
8. La Ley y el Delito, 3ª edición, edit. Hermes, México-Buenos Aires, 1959, p. 379.
9. Tratado de Derecho Penal, edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, t. II, p. I.

10. Derecho Penal, Parte General, 9ª. edición, editora Nacional México, 1953, t. I, p. 393.
11. La Culpabilidad y su Aspecto Negativo, Revista Jurídica Veracruzana, Xalpa, Ver. México, t. VII, núm. I, marzo 1957.
12. Culpabilidad y Error, Anales de Jurisprudencia, México, 1956, t. XVIII, p. 220.
13. La Culpabilidad en el Código Penal, editorial Palma, Buenos Aires, 1946, p. 5.
14. Derecho Penal, Parte General, edit. Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 148.
15. Derecho Penal, t. I, edit. Temis, Bogotá, 1954-1955, p. 576.
16. Derecho Penal, Parte General, 9ª edición, editora Nacional México, 1953, T. I, p. 371.
17. Derecho Penal, cit., p. 74.
18. Tratado de Derecho Penal, cit. 171.
19. La Ley y el Delito, cit. pp. 371-372.
20. Teoría de la Acción Finalista, edit. Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 32.
21. Porte Petit, cit. p. 50.
22. La Ley y el Delito, cit., p. 389.

23. Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1939, t. I, p. 544.
24. La Ley y el Delito, cit. p. 430.
25. Boletín de Información Judicial, t. XI, p. 648.
26. Citado por Porte Petit, Programa de la Parte General del Derecho Penal, México 1968, p. 661.
27. Derecho Penal, cit. p. 468.
28. Una exigente que no se omitió en la ley, Revista Criminológica núm. I, México 1962, pp. 49-50.

## CAPITULO VI

### 1. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Respecto a las condiciones objetivas de punibilidad existen en el Derecho Penal dos corrientes a las cuales haremos mención para efecto de determinar su naturaleza jurídica.

La primera que les da un tratamiento de partes integrantes del delito, o sea, de elementos necesarios sin los cuales no se integra la figura. La segunda, que sostiene lo contrario, y que sólo tiene relevancia para la actualización de la pena. Esta última corriente es la mas aceptada por la doctrina tanto americana como europea.

En opinión de Von Liszt señala que "son circunstancias extrañas independientes del acto punible mismo, y que se añaden a él". (1)

Mezger considera que son "circunstancias exteriores especialmente previstas por la ley, que conforme a su naturaleza propia yacen fuera de la culpabilidad de agente". (2)

Por lo que se refiere a la doctrina italiana, Remo Pannain afirma que: "Las condiciones de punibilidad son elemen-

tos esenciales porque, cuando se requieren, sin ellas no hay punibilidad, por tanto, no hay delito; sin embargo, no son elementos constitutivos porque no intervienen en la construcción de la figura criminosa: su función es la de acondicionar la existencia de un delito ya estructuralmente perfecto, pero no vital. Así como los varios órganos son esenciales para la existencia de un individuo, el oxígeno que debe respirar es esencial para su vida, pero no es un órgano". (3)

En nuestro Derecho Penal cabe citar la acertada opinión de Villalobos, en donde el jurista mexicano entiende que si las condiciones de punibilidad no son comunes a todos los delitos no pueden tener el carácter de esencial, a la figura delictiva, que se les pretende atribuir. (4)

En la postura contraria tenemos a uno de sus principales exponentes como es Florián, y que consiste en incluir dentro de los elementos del delito a las condiciones de punibilidad, lo cual es notoriamente errónea, en virtud de que la importancia de dichas condiciones se circunscribe sólo a la actualización de la pena.

Ahora bien, dada la falta de precisión definitiva sobre la naturaleza jurídica atribuible a las condiciones objetivas de punibilidad hoy en día, suele confundirse tanto

con el resultado de la conducta o hecho, como con los presupuestos del delito y, en ocasiones, hasta con los requisitos procesales necesarios en cada delito.

Maggiore llega a conclusiones que son determinantes para precisar la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad, las cuales son las siguientes:

"a) Las condiciones de punibilidad son solamente suspensivas, no resolutivas":

"b) La condición de punibilidad supone un delito completo en todos sus elementos esenciales; si alguno de estos falta, no habrá delito, aunque la condición se verifique".

"c) Si no se verifica la condición de punibilidad, el delito no es punible, ni siquiera como intentado. También la tentativa supone la verificación de la condición".

"d) No es punible la participación o el favorecimiento en un delito condicional, cuya condición de punibilidad no se haya verificado".

"e) El momento consumativo del delito condicional coincide, no con la consumación efectiva, sino con la realización de la condición por eso la prescripción empieza a contarse

desde ese momento". (5)

Respecto a la ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad y los efectos que le corresponden podemos decir lo siguiente:

En lo que se refiere a los autores que conciben las condiciones objetivas de punibilidad como elementos necesarios para la configuración del delito, la ausencia de estos bienes a ser el aspecto negativo de un elemento del delito y obviamente, su efecto será el de la inexistencia del delito. Al contrario de estos autores y que de conformidad con el criterio aquí sostenido, debe entenderse que las condiciones objetivas de punibilidad sólo es el aspecto negativo de circunstancias que hacen posible o no, en un momento dado, la aplicación de la pena. Decimos "en un momento dado", porque, de conformidad con el pensamiento de Jiménez de Asúa, (6) si falta uno de los elementos esenciales del delito, resulta imposible, en forma absoluta y definitiva, perseguir el hecho por no ser delictivo, en tanto que, si falta la condición objetiva de punibilidad exigida, el delito existe y lo único suspendido es la pena, la cual se actualizará en el momento que tal condición se verifique.

Para la persecución del delito respecto a la hipótesis contenida en el artículo 89 de la Ley Reglamentaria del Servi-

cio Público de Banca y Crédito, se requiere la petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien escuchará la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros (párrafo primero del artículo 92 de la misma ley), aquí estamos ante un requisito de procedibilidad.

Por lo anterior podemos afirmar que es el delito que estudiamos no existen condiciones objetivas de punibilidad.

## **2. LA PUNIBILIDAD.**

De acuerdo con lo que hemos señalado, la acción típica contraria objetiva y subjetivamente al Derecho, integra plenamente el delito, por lo tanto, debe aplicarse la pena señalada en el dispositivo propuesto. Por eso la punibilidad es la advertencia de aplicar la pena, consecuencia del acto delictivo.

La punibilidad podemos contemplarla desde dos puntos de vista como parte integrante del delito o como una consecuencia lógica y natural de éste, lo cual ha sido motivo de grandes debates entre los más conocidos penalistas, sin que se haya podido obtener una solución al problema.

De acuerdo con la tesis clásica toda norma se compone de un mandato y una sanción, varios autores al definir el

delito, incluyen la pena entre sus elementos. Sin embargo otros le dan un tratamiento independiente a los elementos necesarios.

Existe una tercera posición que ve a la punibilidad como consecuencia lógica de aquellas conductas o hechos violatorios de lo preceptuado en las normas penales, estimando que no es necesario la inclusión de la penalidad en la definición formal del delito.

Fernando Arilla Bas, estima que la punibilidad es el elemento esencial valorativo del delito, fundándose en que, si el artículo 7º del Código Penal Mexicano define al delito como "todo acto u omisión que sancionan las leyes penales", no es posible concebir dentro de nuestro derecho positivo una conducta no penada que tenga el carácter de delito". (7)

Existen otras opiniones como la de Ignacio Villalobos que considera completa la definición del delito al considerarlo como "el acto humano típicamente antijurídico y culpable" sin la inclusión de la punibilidad como elemento del delito. Asimismo el considerar a la pena como la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria ..." Un acto es punible porque es delito; pero no es delito porque es

punible. (8)

Para nosotros es de poca importancia si la punibilidad debe mencionarse en la definición del delito. Pensamos que lo importante es poder establecer en forma clara si se trata de un elemento o de una consecuencia de aquello que doctrinalmente se considera como delito.

La mayoría de los autores sostienen que un acto es delictivo siempre que cumpla con los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Por lo que la penalidad no puede tener el carácter de elemento esencial del delito, pues esta es una consecuencia de la previa integración del mismo.

Para reforzamiento de nuestra idea, existen delitos a los cuales no es aplicable la sanción penal, por mediar una excusa absolutoria. Asimismo, hay actos humanos que, sin constituir delito, las leyes los sancionan, como es el caso de las infracciones disciplinarias.

Cabe decir para reforzar la opinión adoptada, que las excusas absolutorias si liberan de la pena al sujeto que encuadre su conducta a la hipótesis prevista en la ley, pero tal gracia no favorece de manera alguna a los participantes o coautores, a los que se les aplicará la sanción en atención a que el delito perpetrado no ha dejado de serlo por la presen-

cia de la excusa absolutoria.

El artículo 89 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito señala:

"Serán sancionados con prisión de dos a diez años y multa hasta por cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo general diario del Distrito Federal, a quien practiquen habitualmente operaciones de banca y crédito en contravención a lo dispuesto por el artículo 82 de esta ley".

Analizando el artículo transcrito tenemos que:

a) La sanción privativa de libertad, así como la pena pecuniaria nos parece excesiva, tomando en cuenta que la pena privativa de libertad es de dos años a diez años, resulta que el término medio aritmético es de seis años, por lo que al exceder de cinco años, el imputado no tendrá derecho a disfrutar de libertad provisional, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 20 fracción I constitucional.

b) Ahora bien por la razón de que la pena mínima es de dos años nunca procederá sustituirla por multa, en los términos del artículo 74 del Código Penal vigente.

### 3. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Las excusas absolutorias constituyen como ya lo habíamos dicho el aspecto negativo de la punibilidad. Estas circunstancias están fundadas en razones de utilidad pública y política criminal que estiman pertinente no aplicar la pena al delincuente aunque exista delito este debe quedar impune.

Ante estas circunstancias el delito permanece inalterable; pero queda excluida desde un principio toda posibilidad de sancionar penalmente al autor por las razones ya referidas que tienen la característica de ser personales e intransferibles ya que son un auténtico perdón legal.

Jiménez de Asúa afirma que "son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública." (9)

Como podemos observar las excusas absolutorias sólo tienen relación en cuanto a la pena. La aparición de las excusas absolutorias se debe más que a razones jurídicas, a razones políticas y sociales. En ocasiones la sociedad ha considerado que por utilidad social es necesario dejar impune el delito cometido; por este motivo se han dado estas excusas absolutorias en los códigos penales.

Respecto al delito que nos ocupa es notorio que el estado tiene interés en que se castigue con severidad a quien perpetre operaciones de banca y crédito habitualmente sin ser una sociedad nacional de crédito: por ello, la ley no prevé excusa que libere de la pena al autor.

**NOTAS BIBLIOGRAFICAS**

1. Tratado de Derecho Penal, trad. de la 2ª edición alemana por Jimenez de Asúa, Madrid, 1927, T II, p. 445.
2. Tratado de Derecho Penal, edit. Revista de Derecho Privado Madrid, 1955, T. II, p. 369.
3. Manuale di Diritto Penale, Torino, 1950, t. I, p. 274.
4. Noción Jurídica del Delito, cit., p. 32.
5. Tratado de Derecho Penal, edit. Revista de Derecho Privado Madrid, 1955, t. II, p. 369.
6. La Ley y el Delito, 3ª edición, edit. Hermes, México Buenos Aires, 1959, p. 457.
7. La Punibilidad, Revista Criminalia, XXIII, México 1957, pp. 195-197.
8. Noción Jurídica del Delito, edit. Jus, México 1952, pp. 28-29.
9. La Ley y el Delito, 3ª edición, edit. Hermes, México-Buenos Aires, 1959, p. 433.

## CAPITULO VII

### FORMAS DE APARICION DEL DELITO

#### 1. ITER CRIMINIS.

El delito se engendra en la mente del sujeto y evoluciona, hasta llegar a su consumación, para lo cual recorre un camino que, en términos jurídicos, se llama iter criminis.

El iter criminis en su gradual desarrollo pasa por dos fases: una interna y otra externa. La primera que se desarrolla en un ámbito subjetivo y comienza a partir del surgimiento de la idea delictuosa como una tentación, es decir comienza la gestación del pensamiento delictuoso; sigue su camino a través de la deliberación en una lucha interna que se libra dentro del sujeto sobre si debe o no cometer el delito por último, es la etapa más importante de esta primera fase: La resolución, consiste en la decisión de cometer el delito. Esta fase interna no es punible en virtud de la máxima cogitationis poenam nemo patitur, cuyo significado es: el simple pensamiento no es punible. Rossi nos dice al respecto que "El pensamiento es libre y resiste a la acción material del hombre; puede ser criminal y no podría ser aprisionado".(1)

La fase externa se divide en varios momentos; el

primero de ellos es la resolución manifestada o manifestación, caracterizada por la exteriorización de la idea criminosa. Castellanos Tena, nos dice que cuando la idea delictiva dejó de existir en la mente y se da como pensamiento o idea exteriorizada. (2)

La manifestación no es punible por sí sola, excepción hecha de aquellos casos especiales en que su sola presencia agota un tipo penal. Por ejemplo, podemos citar el delito de amenazas, tipificado en el artículo 282 fracción I.

La segunda fase son los actos preparatorios que sirven para realizar posteriormente los actos de ejecución, éstos a la vez, se distinguen en actos equívocos (no indican claramente el propósito de delinquir) y unívocos (señalan la finalidad precisa de delinquir).

Pannain nos dice que los actos preparatorios son aquellos "a través de los cuales el agente se apresta a violar el mandamiento". (3)

Los actos preparatorios por regla general son impunes; sin embargo hay algunos que dada su acusada peligrosidad, la ley los eleva a figura delictiva, por ser, como por ejemplo la asociación delictuosa prevista en el artículo 164 del Código Penal.

Después de realizados los actos preparatorios se llega a los actos ejecutivos propiamente dichos, los cuales originan la tentativa o la consumación del delito.

## **2. LA PARTICIPACION.**

El delito, como piensa Sebastián Soler, (4) no siempre es producto de la actividad de un solo hombre, sino que con frecuencia en su realización concurren las actividades de otras personas. Existen ocasiones en que la misma figura delictiva por su naturaleza requieren la intervención de dos o más sujetos, pero hay casos en que aun cuando el tipo normalmente no necesita sino la actividad de una persona, la concurrencia se presenta, dando lugar a lo que se llama concurso eventual o participación propia.

"La participación, pues, en el sentido técnico que ha desarrollado la teoría se refiere a la cooperación eventual de varias personas en la comisión de un delito que podría ser consumado sin la intervención de todos aquellos a quienes se considera partícipes". (5)

Por lo que se refiere a los grados de participación, la doctrina acepta los de autor, cómplice y encubridor, pudiéndose distinguir dentro de la categoría de autor: el mediato, el intelectual y el material.

El Código Penal del Distrito Federal, en el artículo 13 recoge todos estos grados de participación en una sola fórmula redactada de la manera siguiente:

"Son responsables de los delitos:

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

II Los que inducen o compelen a otro a cometerlos.

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

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

En este artículo se deja de utilizar las denominaciones de autores, coautores, etc., pero han quedado implícitas en su texto, teniendo el juez la tarea en cada caso concreto de fijar la pena atendiendo al grado de participación.

Todas las acciones - nos dice Jiménez Huerta - descritas en el artículo 13, carecen de relevancia típica, cuando la acción principal reseñada en la figura delictiva hacia la

que se proyectan dichas acciones accesorias no llegan a plasmarse, al menos como acción intentada en una realidad. (6)

Establecidos los lineamientos generales del concurso de personas, tanto doctrinarios, como de Derecho positivo, procederemos a estudiar uno a uno los grados que dentro del concurso de personas admite el tipo establecido con el artículo 89 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

a) Autor intelectual es el que determina a otro a cometer un delito. Comúnmente el autor intelectual es conocido con el nombre de instigador, inductor, excitador o provocador.

Cabe señalar que en esta clase de autoría "el inductor se vale de un hombre que actúa libre y conscientemente". (7)

El artículo 89 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito admite la autoría intelectual, inclusive cuando por medio de otra persona se lleva a cabo la realización habitual de operaciones de banca y crédito por lo que podemos decir que cualquier persona es autor intelectual, cuando promueve la conducta ilícita de la persona física o moral.

b) El autor material es el que físicamente y materialmente realiza los actos ejecutivos exigidos en la figura típica, o sea, "el que integra el tipo", por lo que el artículo 89 del ordenamiento citado el autor material es el que ejecuta la descripción y penetra el tipo.

c) Coautor es el que, conjuntamente con el autor realiza la conducta o hecho descrito por el tipo penal.

Guillermo Saver define la actividad de los coautores como "la ejecución consciente". (8)

En los delitos propios, especiales o exclusivos, es menester que el coautor tenga las mismas calidades que el tipo exige del autor.

Por lo que se refiere al delito que estudiamos el coautor pueda ser cualquier persona que junto con el autor realiza la actividad delictiva.

d) En materia penal se denomina autor mediato, al sujeto que para ejecutar una conducta o hecho delictuoso, se vale de un inimputable o un inculpable, que materialmente lleve a cabo la realización del tipo. El autor mediato no delinque con otro, sino por medio de otro que adquiera el carácter de mero instrumento.

Tomando en cuenta los caracteres de la autoría mediata, podríamos decir que el delito que estudiamos admite la presencia del autor mediato.

e) Debemos hacer clara distinción entre autoría y complicidad. Autor es el que realiza la conducta principal típica y cómplice es el que ejecuta los actos de auxilio o colaboración. El auxilio puede presentarse --opina Villalobos-- desde que se inicia la secuela criminal hasta que finaliza.(9)

Aplicando estas ideas al delito en estudio, diremos que se puede dar perfectamente la complicidad.

d) EL encubrimiento, en esta materia la ley adopta un sistema mixto, considerándolo una forma de participación en el artículo 13, y como delito per se en el 400. En el primer caso la conducta de encubrir se hace consistir en ofrecer auxilio a los delincuentes, para después de ejecutado el delito; pero como el pacto es anterior al hecho delictuoso, la sola promesa constituye, en sí misma, el aporte a la ejecución del delito y el vínculo causal con el promitente. Aun cuando la ley silencia el acuerdo previo, así debemos interpretarlo, porque de otra manera estaríamos en las previsiones del encubrimiento como delito autónomo.

Esta forma de participación puede operar en el delito

que estudiamos en sus dos formas.

### **3. EL CONCURSO DE DELITOS.**

Se da el concurso de delitos cuando un mismo sujeto es infractor de varios preceptos penales. En este tipo de concurso, Castellanos Tena advierte que hay una doble o múltiple infracción, es decir, por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y, por lo mismo, se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose consecuentemente, varios intereses tutelados jurídicamente.(10)

En nuestro Derecho Positivo, el artículo 58 es el que reglamenta esta clase de concurso, disponiendo además la regla que deberá seguirse para la aplicación de la pena.

El concurso real o material se configura en el caso de que el agente hubiere cometido varios delitos mediante diversas conductas, sin que sobre ninguno de ellos se hubiere dictado sentencia. En el artículo 18 se define el citado concurso: "Hay acumulación: siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos distintos; si no se ha pronunciado sentencia irrevocable y la acción para perseguirlos no está prescrita".

La razón de la acumulación ha sido establecida no

sólo en atención a un principio de economía procesal sino también para propiciar que el juzgador conozca mejor la personalidad del infractor y pueda por esa circunstancia realizar en forma mas justa su función.

Para la determinación de la pena aplicable al concurso substancial se han seguido tres sistemas:

1. El de acumulación material, consistente en sumar todas las sanciones correspondientes a cada delito.

2. El de absorción, que más propiamente podríamos llamar de subsunción, en el cual la pena del delito mayor absorbe a las demás.

3. El de acumulación jurídica, en el cual se aplica la pena del delito más grave, pero con la posibilidad de aumentarla, conforme al prudente arbitrio del juez, en atención a los demás delitos y a la peligrosidad que previamente le haya graduado al sentenciado.

El artículo 64 de nuestro Código Penal Mexicano, tomando en cuenta los tres sistemas de punibilidad, dispone:

"En caso de acumulación se impondrá la sanción del delito mayor que podrá aumentarse hasta la suma de las sancio-

nes de los demás delitos, sin que nunca pueda exceder de cuarenta años".

De acuerdo con las bases expuestas, y meditando sobre el particular del delito que nos ocupa, nos parece correcto afirmar que puede concurrir, en forma ideal y real, con otros delitos.

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. Tratado de Derecho Penal, 3ª ed., trad. de Cayetano Cortés Madrid, 1883, p. 358.
2. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, 11ª ed., ed. Porrúa, México, D.F., 1977, p. 277.
3. Manuale di Diritto Penale, torino, 1950, T. I p. 403.
4. Derecho Penal Argentino, tea, Buenos Aires, 1956, T. II, p. 299.
5. VILLALOBOS, Dinámica del Delito, México 1955, p. 209.
6. La tipicidad, ed. Porrúa, México 1955, p. 290.
7. FRANK, cit. por JIMENEZ HUERTA, La tipicidad, edit. p. 179.
8. Derecho Penal Parte General, trad. de Juana del Rosal y José Cerezo Bosch, Barcelona, 1956, p. 324.
9. Dinámica del Delito, eit. p. 225.
10. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, cit. p. 296.

## CONCLUSIONES

1. El delito que estudiamos aparece por primera vez en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del 31 de mayo de 1941, en donde se encuentra regulado en el artículo 146.

2. Este artículo fue modificado, reformando su reglamentación original, en la que sólo existía sanción administrativa, actualmente son corporales y pecuniarias.

3. El Servicio Público de Banca y Crédito hasta antes del 1º de septiembre de 1982, era prestado por particulares previa autorización (concesión) que se hiciera a los mismos que reunieran los requisitos legales exigidos.

4. El 3 de febrero de 1983, se reformó el artículo 28 de la Constitución, estableciendo que la prestación del servicio público de banca y crédito sería prestado exclusivamente por el Estado a través de Instituciones que se establecieran conforme a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

5. De acuerdo con la clasificación del delito en orden a la conducta el delito bancario establecido en el arti-

culo 89 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, se presenta como un delito de acción, y plurisubistente, en virtud de que para su consumación requiere de varios actos.

6. En orden al resultado el delito estudiado, es de mera conducta o formal, su resultado es de carácter jurídico o sea, existe, la violación de la norma penal, es un delito de lesión y de peligro.

7. En el delito bancario estudiado no opera ninguna de las formas de ausencia de conducta.

8. Los antecedentes del tipo los encontramos en el artículo 146 de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1941, en vigor el 2 de junio del mismo año.

9. La conducta que estudiamos es antijurídica cuando la persona física o moral no tiene el carácter de Sociedad Nacional de Crédito y práctica habitualmente operaciones de banca y crédito dañando el bien jurídicamente protegido sin que medie alguna causa que funde su legitimidad.

10. En el delito en estudio estimamos que de las causas de licitud sólo opera el estado de necesidad.

11. Como en todo delito, en el caso que nos ocupa

la persona física o moral, en cada caso concreto y de acuerdo con ley, deberá ser declarado imputable o inimputable.

12. En el delito estudiado sólo es susceptible de cometerse por dolo directo.

13. En la hipótesis establecida por el artículo 89 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, no opera como causa de inculpabilidad el error esencial de hecho e invisible.

14. En la hipótesis estudiada puede operar como causa de inculpabilidad la no exigibilidad de otra conducta.

15. Serán sancionados con prisión de dos a diez años y multa hasta por cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo general diario del Distrito Federal, a quienes practiquen habitualmente operaciones de banca y crédito en contavención a lo dispuesto por el artículo 82 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

16. La sanción privativa de libertad, así como la pena pecuniaria nos parece excesiva, tomando en cuenta que la pena privativa de libertad es de 2 años a 10 años, por lo que el término medio aritmético es de 6 años por lo que no sería posible que disfrutara de libertad provisional.

17. Para la aplicación de la pena, respecto a la hipótesis estudiada no se requiere el cumplimiento de alguna condición objetiva de punibilidad, más si de procedibilidad.

18. La ley no prevé excusa que libere de la pena al autor que perpetre lo establecido en la hipótesis estudiada.

19. El delito estudiado admite la autoría intelectual.

20. La hipótesis estudiada y establecida en el artículo 89 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, autor material es el que ejecuta la descripción y penetra el tipo.

21. En nuestro delito se admite la coautoría, asimismo cabe perfectamente la complicidad.

22. Respecto al encubrimiento la ley adopta el sistema mixto, considerándolo como una forma de participación en el artículo 13, y como delito "por se" en el 400. Ambas formas pueden operar en el delito estudiado.

**BIBLIOGRAFIA**

ANTOLISEI FRANCESCO, El Estudio Analítico del Delito, Trad. de Ricardo Franco Guzmán, Edit. Anales de Jurisprudencia, México, 1954.

ANTOLISEI FRANCESCO, La Acción y el Resultado en el Delito, Trad. de José Luis Pérez Hernández, Edit. Jurídica Mexicana, 1959.

ANTOLISEI FRANCESCO, Manual de Derecho Penal, Parte General, Trad. de Juan del Rosal y Angel Torio, Edit. UTEHA, Buenos Aires, 1960.

ACOSTA ROMERO MIGUEL, Legislación Bancaria, Edit. Porrúa, S.A., México, 1986.

ARILLAS BAS FERNANDO, La Pinibilidad, Revista Criminalia, XXIII, México, 1957.

CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 8a. Edición, Edit. Porrúa, S.A., México, 1967.

CASTELLANOS TENA FRANCESCO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, IIa. Edición, México, 1977.

CASTELLANOS TENA FRANCISCO, La Culpabilidad y su Aspecto Negativo. Revista Jurídica Veracruzana, Xalapa, Ver., México, T. VII, Núm. 1 Marzo, de 1957.

CAVALLO VINCENSO, Diritto Penale, Parte General, V. 2, Napoli, 1955.

CUELLO CALON EUGENIO, Derecho Penal, T. I, 8a. Edición, Barcelona 1947.

CUELLO CALON EUGENIO, Derecho Penal, Parte General, 9a. edición editora Nacional, México, 1953, T. I.

CORTEZ SANCHEZ, Una Eximente que no se Omitió en la Ley, Revista Criminalia, Núm. I, México, 1962.

DE PINA VARA RAFAEL, Diccionario Jurídico, Edit. Porrúa, S.A., 1979.

FRANCO GUZMAN RICARDO, Delito e Injusto, México, 1950.

FONTÁN BALESTRA CARLOS, El Elemento Subjetivo del Delito, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1957.

FERNANDEZ DOBLADO LUIS, Culpabilidad y Error, Anales de Jurisprudencia, México, 1956, T. XVIII.

GABINO FRANCO, Derecho Administrativo, 13a. Edición, Edit. Porrúa, S.A., México, 1969.

GRISPIGNI FILIPO, Diritto Penale, Italiano, Milano 1947, V. II.

GARRAUD R., Traite Theorique et Practique du Droit Pénal Français, París, 1914, V. II.

JIMENEZ DE ASUA LUIS, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, Edit. Sudamerica, Buenos Aires, 6a. Edición.

JIMENEZ DE ASUA LUIS, Tratado de Derecho Penal, 2a. edición, Edit. Losada Buenos Aires, 1958, T. IV.

JIMENEZ HUERTA MARIANO, Tratado de Derecho Penal, Edit. Losada 2a. Edición, Buenos Aires, 1958.

JIMENEZ HUERTA MARIANO, La Tipicidad, Edit. Porrúa, S.A., México, 1955.

JIMENEZ HUERTA MARIANO, La Antijuridicidad, Imprenta Universitaria, México, 1952.

GOMEZ E. Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1939 T. I.

MANGGIORRE GIUSEPPE, Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1954, T. I.

MEZGER EDMUNDO, Tratado de Derecho Penal, Madrid 1955/1957, Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz.

MEZGER EDMUNDO, Tratado de Derecho Penal, Edit., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, T.I.

MANZINI VICENZO, Instituzioni di Diritto Penale Italiano, Parte Speciale, 9a. Edición, Edit., Dott. A. Milani, T. II, 1958.

PEREZ SANTIAGO FERNANDO, Síntesis de la Estructura Bancaria y del Crédito, Edit. Trillas, México, 2a. Reimpresión, Febrero de 1981.

PORTE PETIT CELESTINO, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Edit., Porrúa, S.A., México, 1982.

PORTE PETIT CELESTINO, Programa de la Parte General del Derecho Penal, México, 1968.

PANNAIN REMO, Manuale di Diritto Penale, Torino, T. I., 1950.

PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito, México, 1951.

PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, Manual de Derecho Penal Mexicano, 4a. Edición, Edit. Porrúa, S.A., México, 1978.

PETROCELLI BIAGIO, L'Antijuridicità, Padova, 1947.

PETROCELLI BIAGIO, Principi di Diritto Penale, V. I., 3a. Edición, Edit., Napolli 1950.

RODRIGUEZ MANZANERA LUIS, Criminología, 4a. Edición, Edit., Porrúa, S.A., México, 1984.

SALDAÑA JORGE, Nuestro Sistema Bancario, V. XXIII, Núm. 2, Revista Banca y Comercio.

SOLER SEBASTIAN, Derecho Penal Argentino, Tea, Buenos Aires 1956.

NUÑEZ RICARDO, La Culpabilidad en el Código Penal, Edit. Palma, Buenos Aires, 1964.

VELA TREVIÑO SERGIO, Culpabilidad e Inculpabilidad, Teoría del Delito, Edit. Trillas, México, 1973.

VILLALOBOS IGNACIO, Derecho Penal Mexicano, Edit., Porrúa, S.A., México 1960.

VILLALOBOS IGNACIO, Noción Jurídica del Delito, Edit., Jus., México 1952.

VILLALOBOS IGNACIO, Dinámica del Delito, México 1955.

VON LISZT FRANZ, Tratado de Derecho Penal, Trad. de la 2a. Edición Trad. de Jiménez de Asúa, Madrid, 1927.

SAUER GUILLERMO, Derecho Penal, Parte General, Trad. de Juan del Rosal y José Cerezo, Bosch, Barcelona, 1956.

WELZEL HANS, Derecho Penal Parte General, Edit., Depalma, Buenos Aires 1956.

WELZEL HANS, Teoría de la Acción Finalista, Edit. Depalma, Buenos Aires 1951.

#### **LEGISLACION**

Ley General de Instituciones de Crédito y organizaciones Auxiliares del 29 de junio de 1932.

Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del 31 de Mayo de 1941.

Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982.

Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985. (Nueva Ley)

Ley de Responsabilidad de los Servidores Públicos de 1982.

Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley Organica del Poder Judicial.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Código Penal para el Distrito Federal de 1931.

Código Civil para el Distrito Federal de 1932.

Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal del 2 de Agosto de 1974.

Iniciativa de Reformas y Adiciones al Código Penal, para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en Materia de fuero federal del 2 de diciembre de 1982.

Ley Organica de la Procuraduría General de Justicia del 2 de diciembre de 1971.